Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020).

 **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **Radicado** | 13-001-33-33-004-2014-00151-01 |
| **Demandante** | JUAN SALAS MORALES |
| **Demandado** | POLICIA NACIONAL |
| **Tema**  | RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO  |
| **Magistrado Ponente**  | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**III.- ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

***“1.*** *–Con arreglo a los mandamientos legales se DECRETE LA NULIDAD y consecuentemente se deje sin efecto el acto administrativo señalado a continuación y por ende se excluya de la vida jurídica:*

***Resolución No. 0174 del diecisiete (17) de septiembre de Dos Mil Trece (2013), por medio de la cual se resolvió retirar del servicio al Patrullero JUAN MANUEL SALAS MORALES del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena.***

***2.*** *–Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la NACION- MINISTERIO DEFENSA- POLICIA NACIONAL, el correspondiente restablecimiento del derecho del señor JUAN MANUEL SALAS MORALES disponiendo su reintegro a la institución Policía Nacional en su grado se patrullero y si fuere el caso en uno equivalente o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo, una vez quede ejecutoriada la correspondiente sentencia.*

*3. –Que se condene a la Nación Ministerio Defensa Nacional- Policía Nacional al pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejo de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.*

*4.- Para efectos de prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

*5.- Que el tiempo en que el señor JUAN MANUEL SALAS MORALES haya estado desvinculado, en razón de los actos acusados, sean computados a su tiempo de servicios, de tal manera que para efectos pensionales se tenga como no interrumpido su tiempo de servicio desde que fue desvinculado.*

*6.- Que en dicho reconocimiento se hagan los reajustes, indexaciones y actualizaciones correspondientes de conformidad con la Ley, de manera tal que no se pierda la capacidad adquisitiva de la pensión por reconocer.*

*7.- Asi mismo, que se reconozca y paguen los intereses legales más altos previstos anualmente sobre dichas sumas de dinero actualizadas y para el mismo periodo.*

*8.- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 de la ley 1437/2011 y según jurisprudencia concordante al respecto.*

*9.- Que se ordene que el pago de la sentencia se efectué acorde con el artículo 195 del citado compendio normativo, de manera tal que en caso de mora se proceda conforme al numeral 4 del citado artículo.*

*10.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 ibidem y según jurisprudencia con el tema. “*

**1.2. HECHOS**

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

* Se señalan en los hechos de la demanda que en el año 2013 el señor JUAN MANUEL SALAS se encontraba prestado sus servicios a la Policía Nacional.
* Que mediante Resolución No. 0174 del 17 de septiembre de 2013 fue repentinamente retirado del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
* Que el soporte de la desvinculación de dicha entidad fue la sanción disciplinaria consistente en MULTA, la cual fue revocada por la Procuraduría General de la Nación y la investigación fue archivada, y por otro lado, por una investigación que se encuentra en curso del cual supo el demandante extraoficialmente.
* Asimismo, afirma que tiene derecho a ser reintegrado a un cargo igual, equivalente o superior al que ocupaba, en las mismas o mejores condiciones de trabajo y al pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de carácter laboral dejados de pagar hasta cuando será reintegrado.

 **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La demandante señaló como normas violadas las siguientes: artículo 3 del CPACA, artículos 1, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 90 de la Constitución Policita y articulo 1, 13, 14 y 15 del Decreto 1800 de 2000.

Aduce la parte demandante que existe falsa motivación al considerar que por el actor al tener dos registros negativos en su hoja de vida no puede concluir que el mismo se ve inmerso en situaciones que afectan el deber policial, afirma que el sub examine se aplica una regla cuantitativa en donde a mayor registro de afectaciones, sanciones etc., mayores serán las razones para retirarlo discrecionalmente olvidándose de que en aras de respetar los principios superiores enunciados, a la Policía Nacional le corresponde una análisis de fondo teniendo en cuenta los siguientes aspectos: i. Que los registros negativos tengan un arraigo probatorio, ii) Que no resulta razonable que se utilice la facultad discrecional sobre la base de que el actor *“suscribió voluntariamente una CONCERTACIONES DE LA GESTION”* y se haga alusión de que el suscribió dicho documento y no de que la Junta fue la que recomendó tal situación, iii) señala que la sanción disciplinaria fue el soporte del retiro discrecional, pero que dicha sanción obedeció a un procedimiento que culminó con la misma y el demandante cumplió con la sanción, por lo que no es procedente que se utilice como soporte para el retiro del servicio, pues a su juicio resulta desproporcionado que una conducta sancionada disciplinariamente con una multa termine como soporte de un hecho tan grave como el retiro discrecional del servicio.

**2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 292-311)**

En sentencia de fecha cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, señalando que bajo ninguna perspectiva los motivos que generaron las dos afectaciones en la hoja de vida del demandante resultarían suficientes para declarar que se está afectando el buen servicio, así como tampoco se coarta la seguridad de la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia, máxime cuando el retardo contabilizado en minutos fue a la formación y no a la prestación del servicio, por lo que a su juicio con la Resolución No. 0174 de 2013 fue arbitraria y desborda los límites previsto en la potestad de retiro discrecional, desconociendo que esta implica el ejercicio de los atributos de la decisión dentro de los limites justos y ponderados,

**3. LA APELACIÓN (fs. 313-318)**

La demandada en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia manifestando que en el sub examine no se discute el hecho que en el acto acusado se hayan relacionado las investigaciones disciplinarias iniciadas contra el demandante, sino la legalidad de la Resolución No. 0174 del 17 de septiembre de 2013 mediante la cual se dispuso retirar del servicio al señor JUAN SALAS MORALES en la cual demás de las investigaciones disciplinarias se tomó en consideración el estudio la trayectoria policial y su historia laboral.

Señala que la sanción disciplinaria adoptada dentro de la investigación radicada bajo el No. MECAR 2012-141 si se encontraba cerrada al momento de expedir el acto administrativo en cuestión, por otro lado que la investigación No. MECAR -2013-67 se encontraba en etapa de instrucción por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por haber sido sorprendido por el sector de Bazurto realizando acompañamiento a vehículos de cargo sin contar con el permiso debido y ejecutando funciones diferentes a las que demandaba su cargo.

Por lo anterior el solo hecho de que hayan sido revocadas o archivadas las investigaciones disciplinarias citadas en el acto administrativo no desvirtúan la presunción de legalidad del mismo, por cuanto afirma que la facultad disciplinaria es autónoma e independiente de la facultad discrecional.

Por otro lado, señala que si bien en el formulario de seguimiento y control al actor de aparecían exaltaciones, no es menos cierto que no posee ninguna felicitación especial por actor meritorios o excepcionales del servicio, por el contrario, a la fecha del retiro se ameritaba una calificación mayor a los 1200 puntos para que pudiera ser considerar como excepcional.

A su turno, manifestó que no es “común y ordinario” presentarse reiteradamente retardado a la prestación del servicio policial, máxime cuando la Policía Nacional se fundamenta bajo un régimen jerarquizado y de estructura piramidal, en donde los subalternos se encuentran subordinados a los requerimientos del mando institucional

Asimismo, afirma que el acto administrativo demandado es un acto complejo compuesto además por la recomendación de la Junta Asesora de Evaluación y Clasificación para los miembros del Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de a la cual se exige estudie la trayectoria e historia laboral desde que ingresó a la Institución hasta su retiro, la cual observó que el actor incumplió con la concertación de la gestión que su jefe inmediato en donde se comprometió a llevar a cabo una serie de actividades que garantizaban la oportuna y efectiva prestación del servicio policial. Dado el incumplimiento a las exigencias del mando y a los compromisos adquiridos, fue objeto de varios llamados de atención, registros y afectaciones negativas a su formulario de seguimiento, situaciones que van en contra del deber policial.

En ese orden, consideró que las dudas o falta de confianza en los uniformados de la vigilancia como era el actor, en virtud del principio de precaución, si son razones válidas para recomendar la desvinculación del personal de la Policía Nacional, sin que se requiera que previamente se adelante un proceso penal o disciplinario que demuestre la responsabilidad del funcionario en fallas o faltas de tupo penal o disciplinario.

**4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de fecha 3 de abril de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 27 de junio de 2017 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

**5. ALEGACIONES**

**5.1. PARTE DEMANDANTE (Fl.15-30)**

La parte demandante solicitó que se confirme el fallo impugnado.

**5.2 PARTE DEMANDADA (Fl. 11-14)**

La entidad accionada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia de fecha 5 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, ratificando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

**IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

**V.- CONSIDERACIONES**

**1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

**2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar *si ¿Es procedente declarar la nulidad de la Resolución No.*  ***0174 del diecisiete (17) de septiembre de 2013, por medio de la cual se resolvió retirar del servicio al Patrullero JUAN MANUEL SALAS MORALES de la Policía Nacional y como consecuencia de lo anterior se orden el reintegro a la institución en un cargo de*** *equivalente o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo, igualmente que se ordene el pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejo de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro?*

En caso de ser positiva la respuesta, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

**3. TESIS**

La Sala confirmará la sentencia impugnada al considerar que la decisión adoptada por la administración de retirar del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional, resultó desproporcional y carente de razonabilidad, teniendo en cuenta, que las conductas cuestionadas del actor, no implicaron una grave afectación del servicio; y además las investigaciones disciplinarias, que motivaron la expedición del acto demandada, fueron finalmente archivadas.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

**4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

**4.1. Retiro del personal uniformado de la Policía Nacional**

El artículo 6º del Decreto Ley 573 de 1995 reguló el retiro para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional indicando que:

“*(…) Artículo 75. Retiro. Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.*

*El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte.*

*PARÁGRAFO. Los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno Nacional.”*

Posteriormente, el artículo 54 del Decreto Ley 1791 de 2000, expedido por el Presidente de la República, desarrolló el retiro en la Policía Nacional, así:

“*(…) ARTÍCULO 54. RETIRO.**Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

*(…)”.*

Luego, fue expedida la Ley 857 de 2003, por medio de la cual reguló el retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“*(…) ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

*El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.*

*El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.*

*El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.*

*(…)”.*

**4.2 Retiro de Agentes por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional**

El acto administrativo acusado fundamentó el retiro del demandante en la facultad discrecional de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, que *“modifica las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, cuyo tenor literal es el siguiente:

“*(…) ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:*

*1. Por solicitud propia.*

*2. Por llamamiento a calificar servicios.*

*3. Por disminución de la capacidad sicofísica.*

*4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*

*5. Por destitución.*

*6. Por voluntad****del Gobierno para oficiales y****del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo,****los suboficiales****y los agentes..*

*7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*

*8. Por incapacidad académica.*

*9. Por desaparecimiento.*

*10. Por muerte.*

*(...).”*

El artículo 62 ibídem en su redacción inicial, en la forma en que estaba vigente al momento en que se produjo el retiro del servicio del demandante, disponía:

***ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.****<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Por razones del servicio y en forma discrecional,****~~el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o~~****la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo,****~~los suboficiales~~****, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación****~~de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o~~****de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva****~~para los demás uniformados~~.”***

Por su parte, el artículo 49 el Decreto 1800 de 2000 “*Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional*” establece las clases de Juntas que se conforman en la institución, en los siguientes términos:

“*ARTICULO 49. CLASES DE JUNTAS. Para efectos de Clasificación y Evaluación, se establecen las siguientes Juntas:*

*1. Para Oficiales*

*2. Para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes.*

*PARAGRAFO. La integración, funcionamiento y sesiones de estas juntas, las determinará el Director General de la Policía Nacional.”*

Ahora bien, el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000 *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”* asigna a las Juntas de Evaluación y Clasificación para cada categoría, las siguientes funciones:

“*(…) ARTÍCULO 22. EVALUACIÓN DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:*

*1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.*

*2. Proponer al personal para ascenso.*

*3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.*

*PARAGRAFO 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional.*

*PARAGRAFO 2. El Director General de la Policía Nacional señalará las funciones y sesiones de la Junta de Generales, cuyas decisiones en todo caso se tomarán por mayoría de votos.”*(Se resalta).

De la normatividad antes transcrita se observa que una de las causales para disponer el retiro del Personal de Agentes de la Policía Nacional, es la voluntad de la Dirección General, quien discrecionalmente y por razones del buen servicio puede disponer en cualquier momento la desvinculación del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que obre con recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, en otras palabras, el Director General de la Institución, previa recomendación referida, tiene la facultad de retirarlos del servicio sin explicar o motivar la decisión, pues las medidas adoptadas en ejercicio de la facultad discrecional se presumen ajustadas a la normatividad y motivadas por el buen servicio público.

**5. CASO CONCRETO**

**5.1 Hechos probados**

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- Obra en el sub examine Resolución No. 0174 del 17 de septiembre de 2013 mediante la cual la Policía Metropolitana de Cartagena retira del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, el cual fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales mediante acta No. 002 del 16 de septiembre de 2013. (Fl. 12-18)

-Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2013 el actor solicita que certifique el servicio, lugar de la facción que tenía asignada, horas de ingreso y de regreso, y si el trabajo que cumplía en esa oportunidad era individual o debía realizarlo acompañado de otras unidades, de las afectaciones de fecha 12-09-2013 y 13-09-2013 registradas en su hoja de vida, igualmente que se expidiera copia de acta por medio de la cual se le notificó que debía formar a las 5:45 pm el dia 12-09-2013 y a las 08:00 am el dia 13-09-2013. (Fl. 20-21)

-Obra en el expediente Oficio No. 0322864/COMAN-ASJUR29 del 5 de diciembre de 2013 mediante la cual la Policía Nacional le contesta la petición presenta por el actor relacionada con anterioridad (Fl. 22)

-Obra en el sub examine petición de fecha 16 de enero de 2014 presentada por el actor y dirigida al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena en la cual solicita copia autentica de la concertación de la gestión, documento donde llegue a un acuerdo con el evaluador, registros periódicos de la observación de la gestión, y documento donde se socializan las metas institucionales y estratégicas (Fl. 23-24)

-Obra en el sub examine formato hojas de servicio del señor JUAN SALAS MORALES de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional. (Fl. 75)

-Obra en el expediente Formulario I de seguimiento, año de evaluación 2013. (Fl. 77-79, 86-89)

-Obra en el expediente Acta No. 002 del 16 de septiembre de 2013 de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Metropolitana de Cartagena de Indias en la cual se le recomendó al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias retirar del servicio al señor JUAN SALAS MORALES. (Fl. 101-115)

-Obra en el expediente Formulario I evaluación del desempeño policial del 1 de enero a 13 de septiembre de 2013. (Fl. 184-187)

-Obra en el expediente providencia de fecha 11 de septiembre de 2014 por medio de la cual se revoca el fallo disciplinario de prima instancia de fecha 6 de noviembre de 2012 proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Cartagena dentro del proceso disciplinario No. MECAR-2012-141 / 70 y se absuelve de responsabilidad al señor JUAN SALAS MORALES. (Fl. 143-152, 157-161)

-Obra en el expediente Oficio No. S-2014 MECAR-CODIN-29 del 10 de abril de 2015 en el cual la Policía Nacional informa que mediante providencia de fecha 14 de julio de 2014 se dispuso el archivo definitivo de la investigación disciplinaria identificada bajo el radicado No. 2013-00067. (Fl 182)

**5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

A través del presente medio de control, el señor JUAN SALAS MORALES solicita que se declare la nulidad deResolución No. 0174 del diecisiete (17) de septiembre de 2013, por medio de la cual se resolvió retirarlo del servicio de la Policía Nacional y como consecuencia de lo anterior se ordene el reintegro a la institución en un cargo de equivalente o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo, igualmente que se ordene el pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejo de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.

El A quo por su parte, concedió las pretensiones de la demanda, señalando que bajo ninguna perspectiva los motivos que generaron las dos afectaciones en la hoja de vida del demandante resultarían suficientes para declarar que se está afectando el buen servicio, así como tampoco se coarta la seguridad de la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia, máxime cuando el retardo contabilizado en minutos fue a la formación y no a la prestación del servicio, por lo que a su juicio con la Resolución No. 0174 de 2013 fue arbitraria y desborda los límites previsto en la potestad de retiro discrecional, desconociendo que esta implica el ejercicio de los atributos de la decisión dentro de los limites justos y ponderados,

A su turno, la accionada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia manifestando que en el sub examine no se discute el hecho que en el acto acusado se hayan relacionado las investigaciones disciplinarias iniciadas contra el demandante, sino la legalidad de la Resolución No. 0174 del 17 de septiembre de 2013 mediante la cual se dispuso retirar del servicio al señor JUAN SALAS MORALES en la cual demás de las investigaciones disciplinarias se tomó en consideración el estudio la trayectoria policial y su historia laboral.

Señala que la sanción disciplinaria adoptada dentro de la investigación radicada bajo el No. MECAR 2012-141 si se encontraba cerrada al momento de expedir el acto administrativo en cuestión, y que la investigación No. MECAR -2013-67 se encontraba en etapa de instrucción por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por haber sido sorprendido por el sector de Bazurto realizando acompañamiento a vehículos de cargo sin contar con el permiso debido y ejecutando funciones diferentes a las que demandaba su cargo.

Afirma que el solo hecho de que hayan sido revocadas o archivadas las investigaciones disciplinarias citadas en el acto administrativo no desvirtúan la presunción de legalidad del mismo, por cuanto manifiesta que la facultad disciplinaria es autónoma e independiente de la facultad discrecional.

Por otro lado, señala que si bien en el formulario de seguimiento y control al actor aparecían exaltaciones, no es menos cierto que no posee ninguna felicitación especial por actor meritorios o excepcionales del servicio, por el contrario, a la fecha del retiro se ameritaba una calificación mayor a los 1200 puntos para que pudiera ser considerar como excepcional.

A su turno, manifestó que no es “común y ordinario” presentarse reiteradamente retardado a la prestación del servicio policial, máxime cuando la Policía Nacional se fundamenta bajo un régimen jerarquizado y de estructura piramidal, en donde los subalternos se encuentran subordinados a los requerimientos del mando institucional

Asimismo, afirma que el acto administrativo demandado es un acto complejo compuesto además por la recomendación de la Junta Asesora de Evaluación y Clasificación para los miembros del Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de a la cual se exige estudie la trayectoria e historia laboral desde que ingresó a la Institución hasta su retiro, la cual observó que el actor incumplió con la concertación de la gestión que su jefe inmediato en donde se comprometió a llevar a cabo una serie de actividades que garantizaban la oportuna y efectiva prestación del servicio policial. Dado el incumplimiento a las exigencias del mando y a los compromisos adquiridos, fue objeto de varios llamados de atención, registros y afectaciones negativas a su formulario de seguimiento, situaciones que van en contra del deber policial.

En ese orden, consideró que las dudas o falta de confianza en los uniformados de la vigilancia como era el actor, en virtud del principio de precaución, si son razones válidas para recomendar la desvinculación del personal de la Policía Nacional, sin que se requiera que previamente se adelante un proceso penal o disciplinario que demuestre la responsabilidad del funcionario en fallas o faltas de tupo penal o disciplinario.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado y los hechos probados en el presente asunto, y el recurso de apelación impetrado, procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

Se advierte en el sub examine que el señor JUAN SALAS MORALES prestó sus servicios como patrullero a la Policía Nacional desde el 10 de octubre de 2003. (Fl.76)

A su turno, mediante Resolución No. 0174 del 17 de septiembre de 2013 la Policía Metropolitana de Cartagena retira del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional al actor, el cual fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales mediante acta No. 002 del 16 de septiembre de 2013. (Fl. 12-18)

Es dable acotar que la validez del acto administrativo de retiro del servicio depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado, en otras palabras, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Ahora bien, precisa la Sala que la citada resolución de retiro del servicio se fundamenta en varios aspectos, el primero de ellos consiste en el incumplimiento por parte del actor de la Concertación de la Gestión que suscribió voluntariamente el señor SALAS MORALES con su Comandante y Jefe inmediato; en segundo lugar, a las afectaciones realizadas por la accionada en el Formulario de Seguimiento del año 2013, las cuales consistieron básicamente en el retraso o retardo en la formación en el que incurrió el señor JUAN SALAS MORALES los días 12-09-13 y 13-09-13; y finalmente, en la sanción por multa registrada en la investigación disciplinaria identificada bajo el radicado No. MECAR 2013-141, igualmente en la investigación disciplinaria que se encontraba abierta identificada con el radicado No. MECAR 2013-67 por encontrarse realizando acompañamientos a vehículos de carga sin autorización.

Teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto al incumplimiento de la Concertación de la Gestión alegada por la Policía Nacional, se observa que en el Formulario II de Seguimiento del año 2013, el día 31 de agosto de 2013 se realizó una anotación por parte del Teniendo Cristian Guevara en la cual se anotó lo siguiente: *“ Concertación de la Gestión Segundo Semestre: En la fecha se realiza la presenta concertación al evaluado, quien ha cumplido a cabalidad las ordenes, consignas emanadas, demostrando efectividad en las tareas asignadas.”*(Fl. 88), de tal manera que a juicio de esta Corporación el accionante hasta el 31 de agosto de 2013, esto es hasta un mes antes de retirarlo del servicio cumplió a cabalidad con todos los compromisos y tareas de la Concertación de la Gestión a la que se comprometió, por lo que se desvirtúa este fundamento para retirarlo del servicio.

Por otro lado, y en relación a las afectaciones anotadas los días 12 y 13 de septiembre de 2013 por el retardo de 35 y 20 minutos respectivamente, en la formación sin justificación, precisa la Sala que tal situación no constituye una vulneración al deber policial que amerite el retiro del servicio del miembro de la Policía Nacional, máxime cuando de conformidad con el artículo 36 de la Ley 1015 de 2006, presentarse de forma retardada constituye una falta leve, y la consecuente sanción sería amonestación escrita, como lo indica el artículo 39 ibidem; aunado a lo anterior se advierte que el retraso se presentó en la formación, tal como se advierte en la anotación y no en la prestación del servicio como lo afirma la entidad accionada, de tal manera que la conducta del actor no perjudico significativamente la prestación del servicio policial.

Finalmente, respecto a la sanción disciplinaria (multa) adoptada dentro de la investigación radicada bajo el No. MECAR 2012-141 y la investigación disciplinaria que se encontraba abierta al momento del retiro del servicio del actor identificada con el radicado No. MECAR 2012-67, precisa esta Magistratura que en cuanto a la sanción adoptada en la investigación disciplinaria No. MECAR 2012-141 se advierte que la misma fue revocada mediante providencia de fecha 11 de septiembre de 2014 por la Procuraduría General de la Nacional al considerar que al accionante se le investigó y sancionó disciplinariamente por el incumplimiento de una sola obligación civil, la cual no es reiterada, de manera que la conducta es atípica.

Resulta necesario precisar, que la sanción impuesta al actor, no se encontraba en firme al momento en que se expidió la Resolución de retiro, ya que dicho acto administrativo, data del 17 de septiembre de 2013; pues el 4 de junio de 2013 el señor JUAN SALAS MORALES presentó solicitud de revocatoria del fallo disciplinario de primera instancia de fecha 6 de noviembre de 2012 proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional; de tal manera que la sanción disciplinaria no se encontraba ejecutoriada, pues la Procuraduría General de la Nación sólo resolvió la solicitud de revocatoria de la misma, mediante providencia fecha 11 de septiembre de 2014.

En este orden, para esta Magistratura la Policía Nacional debió realizar una valoración de fondo respecto de la investigación disciplinaria referida en los párrafos precedentes; pues como lo afirmó la Procuraduría General de la Nacional, el incumplimiento de la obligación civil por parte del actor fue excepcional, toda vez que en su trayectoria laboral no se observó que haya sido una conducta reiterada, por el contrario, de las anotaciones realizadas en los Formularios II de Seguimiento del año 2012 y 2013 siempre se observan felicitaciones y exaltaciones por su labor y cumplimientos de funciones y tareas, y muy esporádicamente afectaciones o llamados de atención.

Por otra parte, la investigación disciplinaria identificada con el radicado No. MECAR 2012-67, también fue archivada definitivamente mediante providencia de echa 14 de julio de 2014, pues en la misma no se llegó a la imposición de cargos.

En este sentido, se advierte que como quiera que las investigaciones disciplinarias invocadas como fundamento del retiro del servicio del actor se encuentran archivadas sin haber prosperado las sanciones pretendidas, se puede concluir que las mismas no pueden ser determinantes para retirar del servicio activo al señor JUAN SALAS MORALES.

De lo anterior se concluye que la decisión adoptada por la administración de retirar del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional, no encuentra respaldo en los antecedentes, aún más cuando la labor realizada por el actor fue a todas luces sobresaliente, como da cuenta las anotaciones de felicitación que obran en los formularios de seguimiento.

Sobre este tema, es pertinente traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), en un caso similar:

“*Del ejercicio conjunto de las facultades discrecional y disciplinaria.*

*Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio del diligenciamiento disciplinario, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.*

*En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la media afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultada discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.*

*Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida”.*

Así las cosas, para esta Corporación, en el sub judice las conductas generadoras de los reproches atribuidos al actor, no entrañaron una grave afectación del servicio, lo que condujo a que el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la accionada, resultara desproporcional y carente de razonabilidad; máxime cuando las investigaciones disciplinarias que motivaron la decisión objeto de enjuiciamiento, fueron finalmente archivadas; lo que afectó la legalidad del acto de retiro.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia impugnada de fecha 5 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Cuarto administrativo del Circuito de Cartagena mediante el cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**6. Condena en Costas**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante[[2]](#footnote-2).

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**VI. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de fecha 5 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Cuarto administrativo del Circuito de Cartagena mediante el cual se concedieron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_\_*

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

 **ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

1. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B , sentencia del 9 de febrero de 2012. Expediente: 680012315000200101079 02 MP Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. [↑](#footnote-ref-1)
2. Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o. [↑](#footnote-ref-2)