

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-31-003-2007-00067-01
Accionante	JUAN PABLO MOLANO LOZADA Alternativa.i@hotmail.com
Accionada	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL debol.notificacion@policia.gov.co
Tema	RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO- FACULTAD DISCRECIONAL
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha dos (02) de noviembre de dos mil once (2011)¹, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.²

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El 18 de enero de 1993, el demandante, Señor MOLANO LOZADA JUAN PABLO fue seleccionado para adelantar estudios en la Escuela de Oficiales de la Policía "General Santander" y una vez concluida la etapa de formación, el 02 de noviembre de 1995, el Gobierno Nacional le otorga el grado de Subteniente de la Policía Nacional, y a partir de esa fecha es trasladado a prestar los servicios del Estado en la Policía Nacional, adquiriendo diversos ascensos y reconocimientos.

¹ Folios 273 cdr.2

² Folios 2-25 cdr.1

- Durante el año 2006 permanece como comandante de la Base Antinarcóticos Puerto de Barranquilla, donde se mantiene hasta que sale a disfrutar de vacaciones en el mes de agosto de ese año.
- El 12 de septiembre de ese mismo año, se le trasladó a la Base Portuaria de Antinarcóticos con sede en Cartagena, como comandante permaneciendo en ese cargo hasta el día 27 de Noviembre, cuando sale con 80 días de vacaciones no solicitadas ordenadas por la Dirección Antinarcóticos.
- Que el día 04 de enero de 2007 es notificado de su retiro de la Institución por voluntad del Gobierno Nacional.
- Se refiere en el libelo, que, durante la vida laboral al servicio de la Policía Nacional, el Señor JUAN PABLO MOLANO LOZADA, fue un oficial excepcional y eficaz para la institución, al obtener un sin número de Anotaciones Positivas, felicitaciones públicas que recibió de sus superiores, a quien siempre le evaluaron su desempeño personal y profesional entre superior y excepcional; y académicamente realizó un sin número de cursos de capacitación incluidos 2 ascensos.
- La revista Semana realizó una investigación acerca del paramilitarismo en la Costa Atlántica, donde se afirma que, entre los principales aliados en el Narcotráfico, han sido la Policía Antinarcóticos de la Costa Atlántica.
- Que pasadas siete semanas de la publicación de la revista "Semana", seis semanas después de la investigación y tres semanas siguientes a la reunión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, a decir el 15 de Diciembre de 2006 es elaborado y firmado por el Ministro de Defensa el Decreto 4470 de 2006, por medio del cual se retira del servicio activo a un personal de Oficiales de la Policía Nacional encontrándose el Señor Capitán JUAN PABLO MOLANO LOZANO, todos ellos tenían en común haber sido Comandantes y/o Subcomandantes de los puertos marítimos de la Costa Atlántica, mencionados por la denuncia de la revista "Semana".

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de:

- (i) El Decreto 4470 del 15 de Diciembre de 2006 aprobada y firmada por el Señor Ministro de la Defensa, por medio del cual el Gobierno Nacional retira de la Policía Nacional a unos oficiales entre los cuales está mi representado.
- (ii) El acta 007 de 2006 por medio del cual la Junta Asesora para el Ministerio de Defensa para la Policía Nacional recomienda el retiro de mi representado.

Como restablecimiento del derecho se solicita:

- (iii) Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, el Reintegro del Señor MOLANO LOZADA JUAN PABLO, en el mismo cargo que desempeñaba en el momento del Retiro o a otro de igual o superior categoría y remuneración, declarándose la no solución de continuidad en la relación laboral para todos los efectos legales y prestacionales.
- (iv) Pagar a modo de Indemnización, con sus aumentos anuales de Ley los salarios, prestaciones legales y/o extralegales dejadas de percibir entre el retiro y el Reintegro.
- (v) Se ordene pagar a la entidad demandada, los valores cancelados por el actor, por concepto de gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, que le correspondan cancelar entre el retiro y el reintegro.
- (vi) Ordenar el pago del ajuste al valor preceptuado por el artículo 178 del C.C.A.
- (vii) Ordenar el pago de los intereses conforme al art 177 del CCA, a partir de la ejecutoria de la Sentencia.
- (viii) Ordenar el pago de las costas.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 13, 1, 2, 6, 25, 123 y 209 de la Constitución Política; Código Contencioso Administrativo; Ley 875 de 2003; Decreto Ley 1791 del 2000; DL 2400 de 1968.

Argumenta, que los actos acusados vulneran las disposiciones constitucionales, que existió desviación del poder por la desproporcionalidad de la facultad discrecional y por el uso de esa facultad con el fin de sancionar.

Añade que, la potestad discrecional no es abstracta ni absoluta, pues las decisiones deben ser adecuados a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La Policía Nacional-MINDEFENSA contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por cuanto son debate en el presente proceso.

Afirma que no existió desviación del poder, por cuanto, se siguió el fin de la norma, que es el mejoramiento del servicio, pues con el retiro del actor no se busca sancionarlo por la denuncia publicada en revista Semana, y este artículo no es prueba suficiente de la falsa motivación del acto atacado, por cuanto no son documentos provistos de autenticidad.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia de fecha dos (02) de noviembre de dos mil once (2011), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, por considerar que, el Ordenamiento Jurídico impone la carga a la Junta Evaluadora de la Policía Nacional y a su Director General de realizar un examen a fondo de los cargos que se invocan para el retiro de los miembros de ese organismo. No obstante, dentro del presente proceso no se pudo demostrar que existió justificación para que mencionada Junta Calificadora recomendara el retiro del demandante, tampoco resulta congruente sustentar la decisión de retirar del servicio activo al actor en razones del servicio, cuando el Capitán se destacaba por sus logros y responsabilidad.

Por lo anterior considera el Despacho que en el caso sub examine ni la recomendación dada por la Junta Evaluadora ni el acto de retiro del actor estuvieron fundadas en razones objetivas y razonables.

Así las cosas, resolvió el A-quo:

“PRIMERO.- Declarase que es nulo parcialmente la Resolución No. 4470 de diciembre 15 de 2006, expedida por el Director General de la Policía Nacional, en cuanto retiró del servicio de la Policía Nacional al señor **Juan Pablo Molano Lozada**.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **condenase** a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reintegrar al actor al servicio, en el cargo

³ Folios 151-162 cdr.1

13001-33-33-003-2007-00067-01

que ocupaba al momento del retiro y en las mismas condiciones en que se encontraba, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- De igual forma, **condénese** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagarle al actor todos los haberes dejados de percibir, desde la fecha de retiro hasta la del reintegro, ajustando su valor conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

CUARTO.- Declarase que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor.

QUINTO.- La presente providencia se cumplirá en los precisos términos establecidos en el artículo 176 y 177 del CCA.

SEXTO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase al interesado el remanente -si lo hubiere-, de lo consignado para sufragar los gastos ordinarios del proceso y archívese el expediente.

SÉPTIMO.- Por secretaría expídase copias de esta sentencia para su cumplimiento conforme al numeral 2 del artículo 115 del C.P.C. (sic)"

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.⁴

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que considera que la sentencia impugnada es contradictoria pues cuando habla de los actos de naturaleza discrecional refiere que no requieren motivación, y luego determina que las entidades como la Policía Nacional y las Fuerzas Militares están obligadas a motivar en sede judicial los motivos de la decisión de retiro de sus miembros.

Arguye que el retiro aplicado por la institución Policial en el presente caso, cumplió todos los requisitos legales exigidos para la aplicación de esa medida, y la sola existencia del acta de recomendación emitida por la Junta, constituye prueba de garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa del actor.

Concluye afirmando que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto contentivo de una decisión de esta naturaleza, está obligado a demostrar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual no sucede en el presente caso.

3.5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA.

A través del auto de fecha veintisiete (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁵, el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la

⁴ Folios 151-161 cdr.2

⁵ Folio 37 cdr.3

parte demandante. Mediante auto de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES.

La entidad demandada⁷ presentó alegatos finales.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión.⁸

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de acuerdo con lo descrito en el artículo 132 del C.G.P, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del CCA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

⁶ Folio 41 cdr.3

⁷ Folios 47-50 cdr.3

⁸ Folios 44-46 cdr.3

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿El acto administrativo demandado está viciado de ilegalidad por ser expedido contrariando la Ley 857 de 2003, normatividad tal que regula la potestad discrecional ejercida para el retiro por voluntad del Gobierno de Oficiales de la Policía Nacional, conforme al alcance fijado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado?

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala sostendrá como tesis que le asiste razón al demandante al solicitar su reintegro, lo cual impone modificar el fallo apelado en cuanto al restablecimiento del derecho y siguiendo las reglas y subreglas plasmadas por la jurisprudencia constitucional. En lo demás, se confirmará el fallo apelado, toda vez que el acto administrativo fue expedido sin tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que regulan e interpretan la materia, toda vez que en el presente asunto es obligatorio que el concepto previo de la Junta Asesora para ordenar el retiro del actor, contenga razones objetivas, razonables y racionales así como posteriormente se le pongan en conocimiento al afectado, ello con el propósito de respetar el debido proceso del Oficial que pretende ser retirado y que sea posible hacer un estudio de las razones que sirvieron como fundamento para que sea recomendado su retiro, y así poder verificar que no existió desviación de poder o arbitrariedad no solo por el afectado sino por el juez contencioso administrativo. Por tanto, al evidenciarse que la recomendación del retiro por la Junta Asesora de la Policía Nacional carece de explicación, de razones, de evaluación y estudios, o cualquier otro documento que sirviera de soporte para llegar a esa conclusión, es posible concluir que el Decreto 4470 de 2006 y el Acta No. 007 de 2006 se expedieron de forma ilegal.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Retiro de Oficiales y Suboficiales.

La Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.”, decreta:



13001-33-33-003-2007-00067-01

"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."

En el mismo decreto se enumeran las causales de retiro, entre las que encontramos:

"ARTÍCULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

(...)

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales."

"ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales."

5.4.2. Existencia de un precedente vinculante de la Corte Constitucional en la materia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-381/05 estableció:

"La Corte ha manifestado que el legislador, dentro de su amplio margen de libertad configurativa, "puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de trabajadores, siempre que los mismos no resulten discriminatorios. En dichos regímenes especiales, pueden estar incluidos beneficios no contemplados en el régimen general, bajo la condición de que la consagración de tales beneficios persiga la defensa de bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como los derechos adquiridos, y de que con ella no se perpetúe un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores. (...)Respecto al régimen



13001-33-33-003-2007-00067-01

prestacional de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón justamente a la naturaleza de los servicios prestados y a la finalidad establecida por la Constitución para la fuerza pública, que en el caso de la Policía Nacional no es otro que “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En lo que tiene que ver con el retiro por voluntad del Gobierno, la Corte se ha referido como a esta como una figura que busca mejorar la calidad en el servicio por parte de la Policía Nacional:

“En cuanto al fundamento jurídico que da soporte a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección de la Policía Nacional el mismo se encuentra contenido en los artículos 1 y 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003 para el caso de Oficiales y Suboficiales y por los artículos 54 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 para el caso del personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, extractos normativos que permiten al Ejecutivo y a la Dirección General de la Policía Nacional, utilizar este mecanismo para hacer efectivo el buen servicio público que debe prestar la Policía Nacional, dando de esta manera cumplimiento expreso a lo previsto por la Constitución Política en su artículo 218, respecto al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de que los habitantes de Colombia convivan en paz, que no son más que verdaderas razones del servicio.”

En ese mismo sentido, determinó unas características específicas que son propias del RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES:

- “1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.*
- 2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a la asignación de retiro.*
- 3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón.*



13001-33-33-003-2007-00067-01

4. Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.

5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.

6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyen en la vulneración de los principios éticos y morales así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.

7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.

8. **El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).**

Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio." (Se destaca)

De otro lado, la Corte⁹ precisó las hipótesis cuando se considera que ha sido desconocido el precedente constitucional, así:

"(...) cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela."

Por su parte, el Consejo de Estado, ha expresado que, si bien el ordenamiento jurídico colombiano respalda el retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, lo cierto es que no se trata de **atribuciones arbitrarias**, sino que deben mediar razones de servicio y ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Al

⁹ Sentencia SU- 091/2016.

respeto señaló recientemente¹⁰:

“26. Ahora bien, la causal de retiro por voluntad del Gobierno o la Dirección General de los miembros de la Policía Nacional prevista en el ordenamiento jurídico, constituye una herramienta para el adecuado funcionamiento de la fuerza pública, y el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales para acudir a dicha figura de retiro¹¹. El ejercicio la facultad discrecional, no es un castigo, sino una medida pensada en beneficio del interés general, y en el mejoramiento del servicio. Es independiente de la facultad disciplinaria¹²; razón por la cual, nada obsta para emplearlas incluso de manera concomitante¹³, sin que su ejercicio dependa la una de la otra, tampoco exige que previamente se adelante investigación disciplinaria.

27. Los actos administrativos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que el demandante demuestre en el curso del proceso¹⁴ que infringieron las normas en que debían fundarse o que fueron expedidos irregularmente con falta o falsa motivación, desviación de las atribuciones, desconocimiento del derecho de defensa o audiencia etc. En ningún caso pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sustentados y cumplir las exigencias de objetividad, razonabilidad y razonabilidad¹⁵; guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.

*28. Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶ como la del Consejo de Estado¹⁷ han señalado que para que opere la causal de retiro aludida, si bien no se necesita exponer o justificar exhaustivamente los propósitos que animaron la manifestación de voluntad de la administración, pues se entiende que se actúa en aras del buen servicio público, **sí es necesario que el acto se encuentre respaldado en un análisis objetivo y razonable de los documentos del personal cuyo retiro se recomienda por parte de la junta de evaluación y clasificación respectiva, de manera que se garanticen los derechos fundamentales del policial¹⁸**. (Se destaca)*

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados.

- Diplomas, calificaciones y ascensos adquiridos por el demandante.¹⁹

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 4 de febrero de 2021. C.P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Rad. 05001-23-31-000-2009-01441-01(1208-14)

¹¹ Sentencia SU237/19

¹² Está dirigida a la investigación y sanción de faltas disciplinarias

¹³ Radicado 11001-03-25-000-2012-00449-00(1890-12), 9 de julio de 2015

¹⁴ Radicado número: 54001-23-31-000-2001-00693-01(2251-10), 21 de noviembre de 2011

¹⁵ Corte Constitucionalidad Sentencia SU-172 de 2015. Consejo de Estado radicación 11001-03-15-000-2019-04179-01(AC) providencia del 30 de enero de 2020

¹⁶ SU 053 de 2015 y SU 172 de 2015

¹⁷ fallo de 6 de septiembre de 2018,

¹⁸ Radicación: 11001-03-15-000-2020-00420-01. Providencia del 11 de junio de 2020

¹⁹ Folios 49 -95 cdr. Puebas 1

- Proceso disciplinario bajo el radicado No. DECAQ-2003-10 de fecha 11 de octubre de 2004 adelantado en contra del Sr. Juan Pablo Molano Lozada, donde se responsabilizó disciplinariamente al actor, por violar las disposiciones penales o del Estatuto de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos o demás normas relacionadas con la materia.²⁰
- Proceso disciplinario No. 056/96 de fecha 17 de octubre de 1996, donde se encuentra responsable disciplinariamente al Sr. Molano Lozada, por haberse ausentado injustificadamente de sus labores.²¹
- Evaluación de desempeño policial realizado al demandante con una calificación de superior y excepcional en los años 1996 a 2005.²²
- Misiva expedida por la Procuraduría General de la Nación, donde le solicita al Despacho la copia de la cédula de ciudadanía del actor, pues sin este documento no es posible expedir los antecedentes disciplinarios solicitados. No reposan más pruebas relacionadas con este punto.²³
- Decreto No. 4470 de 15 de diciembre de 2006 expedido por el Presidente de la República de Colombia donde se retira del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno al Oficial Juan Pablo Molano Lozada.²⁴
- Acta No. 007 de 2006 expedido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional donde se recomienda el retiro del actor, por no haber objeciones por parte de la Junta Asesora.²⁵
- Extracto de la revista Semana, el cual contiene la columna periodística titulada: "El computador de Jorge 40".²⁶

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El libelo solicitó que se declare la nulidad del Decreto No. 4470 de 15 de diciembre de 2006, mediante el cual se ordena retirar del servicio activo de

²⁰ Folio 104-395 cdr. Pruebas 1

²¹ Folios 398-433 cdr. Pruebas 1

²² Folio 445-647 Cdr. Pruebas 1

²³ Folios 2-9 cdr. Pruebas 2

²⁴ Folio 23 cdr. Pruebas 2

²⁵ Folio 24-27 Cdr. Pruebas 2

²⁶ Folio 92-98 Cdr. Principal Tomo I

la Policía Nacional por voluntad del Gobierno al Capitán Juan Pablo Molano Lozada; por considerar que existió desviación del poder por uso de la facultad discrecional con el móvil de sancionar al Sr. Molano Lozada por la emisión de la columna de prensa referida en los hechos de la demanda. Se tiene que, mediante Acta No. 007 de 2006 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional recomienda y aprueba el retiro por voluntad del Gobierno al Oficial CT Juan Pablo Molano Lozada.

No obstante, considera la Sala *prima facie*, que le asiste razón al demandante, cuando pretende que se ordene su reintegro como integrante activo de la Policía Nacional, pues aunque no se pudo demostrar la existencia de la desviación de poder, no obstante el demandado incumplió con el requisito que exige la jurisprudencia para expedir de forma legal el acto administrativo acusado como es que el concepto de la Junta Asesora que sirvió de soporte al retiro se encuentre justificado objetivamente, racionalmente y razonablemente; lo cual impone confirmar el fallo apelado, por las razones que se indicarán.

5.5.2.1. Del deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio, proferidos en virtud de una facultad discrecional.

En la sentencia SU-917 de 2010, se consideró que la cláusula del Estado de Derecho -que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribida la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados- se hace efectiva al permitir a “los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder”; de manera que a la administración le corresponde motivar los actos haciendo expresas las razones por las cuales se tomó la decisión, y a la jurisdicción le compete definir si esas razones son justificadas a la luz de la Constitución y la ley.

Igualmente, se dispuso en la sentencia en mención, que la motivación de los actos administrativos no es sólo una garantía del Estado de Derecho, sino también del debido proceso y de los principios democrático y de publicidad: (i) si el acto administrativo no se encuentra motivado, el particular se halla impedido para ejercer las facultades que integran el debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada); (ii) la motivación de los actos administrativos constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas, por lo cual guarda una estrecha relación

directa con el principio democrático; (iii) la publicidad se refleja en la motivación, pues permite que el administrado se encuentre informado de las decisiones adoptadas por la administración y que tenga claridad de las razones que les han servido de sustento.²⁷

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia SU-172 de 2015 enumeró cuáles eran los estándares mínimos de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional:

*“(i) se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos; (ii) la motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; (iii) el acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución, esto es, el mejoramiento del servicio; (iv) el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional; (v) **la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad; (vi) el afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro, por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado; (vii) si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado; (viii) si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos.”** (Negritas fuera de texto)*

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado en providencia del año 2020, determinó:

“[L]a causal de retiro por voluntad del Gobierno o la Dirección General de los miembros de la Policía Nacional prevista en el ordenamiento jurídico, constituye una herramienta para el adecuado funcionamiento de la fuerza pública, y el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite

²⁷ Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



13001-33-33-003-2007-00067-01

las competencias legales para acudir a dicha figura de retiro. El ejercicio la facultad discrecional, no es un castigo, sino una medida pensada en beneficio del interés general, y en el mejoramiento del servicio. Es independiente de la facultad disciplinaria; razón por la cual, nada obsta para emplearlas incluso de manera concomitante, sin que su ejercicio dependa la una de la otra, tampoco exige que previamente se adelante investigación disciplinaria. Los actos administrativos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que el demandante demuestre en el curso del proceso que infringieron las normas en que debían fundarse o que fueron expedidos irregularmente con falta o falsa motivación, desviación de las atribuciones, desconocimiento del derecho de defensa o audiencia etc. **En ningún caso pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sustentados y cumplir las exigencias de objetividad, racionalidad y razonabilidad; guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.** (...) Del análisis integral del acervo probatorio se evidencia que el acto administrativo demandado fue expedido por autoridad competente, en ejercicio de la facultad discrecional y previa observancia de las exigencias previstas en las normas (...), mediaron razones de servicio y previamente a su expedición el Gobierno Nacional contó con el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional. **Ciertamente, la referida Junta, mediante el acta 006 de de 2009, recomendó el retiro del servicio del Capitán Valencia Sáenz, pero no de manera caprichosa, sino con base en el examen de las anotaciones del formulario de seguimiento y evaluación desempeño laboral, que registraron aspectos positivos, pero también negativos, consistentes estos, en los bajos resultados operativos, específicamente, en el año 2008.**"²⁸(Negritas fuera de texto).

Es menester poner de presente que en el caso de marras no se evidencia el cumplimiento de los requisitos resaltados en líneas anteriores, pues, aunque mediante Acta No. 007 de 2006 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional recomendó el retiro por voluntad del Gobierno al Sr. Juan Pablo Molano Lozada, se hizo exclusivamente bajo la siguiente razón:

"Se somete a consideración de la Junta Asesora y al no haber objeción alguna se recomienda y aprueba por unanimidad."

A su vez, al interior del expediente no se evidencian otras actas o informes de evaluación donde quede constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado, en el cual se haya analizado el formulario de seguimiento y evaluación de desempeño laboral, su hoja de vida, informes entre otros documentos, por lo que, no fue posible para el mismo conocer si las razones de su retiro del servicio activo se trataron de hechos objetivos, o por el contrario, fueron decisiones arbitrarias por parte de la administración. De igual forma, era necesario para el juez contencioso administrativo conocer las razones que tuvo la Junta

²⁸ C. de E, Sección quinta, Sentencia de 30 de enero de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-04179-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Asesora para la recomendación del retiro, a fin de concluir si el uso de esa facultad discrecional fue razonable o no.

Fijémonos que, aunque se trae el acta de la Junta Asesora a través de la cual se recomendó el retiro, esta dice simplemente que no cuenta con objeción alguna, ello permite a la Sala afirmar que ese órgano se conformó con la evaluación que realizó el órgano directivo sin dejar evidencia de una evaluación propia y en contraste con otros documentos pertinentes tales como hoja de vida, evaluación de desempeño y otros. La Sala considera que el rol que debe ejercer la Junta Asesora en la toma de decisión de un retiro no puede limitarse a certificar las razones que da otro órgano o a conformarse con esa evaluación preliminar, por el contrario, debe asumir una postura propia, realizar su propia evaluación con base en todos los documentos pertinentes.

En ese sentido, se vulneró el debido proceso al demandante, comoquiera que desconoció los informes, evaluación y soportes donde la Junta Asesora expone las razones con base en las cuales otorgó la recomendación de retiro. Es por esto también, que la Sala puede afirmar que no se encuentra debidamente motivado el acto administrativo demandado, pues el acto de retiro se conformó con un concepto de la Junta Asesora que carece de soporte, de una evaluación propia y sin contraste con la hoja de vida, evaluación de desempeño del demandante.

De esta manera, y de conformidad con lo sostenido en la sentencia T-297 de 2009, para efectos de respetar el derecho fundamental al debido proceso en estos casos, debe acreditarse el cumplimiento de los siguientes supuestos: (i) la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto; (ii) la recomendación en comentario debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio; y (iii) el informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, tienen que ponerse en conocimiento del afectado.

Por tanto, al no existir informes o documentos que hayan servido como fundamento a la Junta Asesora para efectuar la recomendación de retiro,

esto es, al no evidenciarse un examen completo de las razones que se invocan para el retiro, e incluso, evidenciándose en este caso que la Junta Asesora no realizó una evaluación propia, se violó en su totalidad el principio constitucional al debido proceso del actor, así como, los preceptos e interpretaciones impuestas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así también es oportuno mencionar, que la Corte Constitucional ha dicho:

“Como consecuencia de los elementos expuestos, se consideró por parte de esta Corporación que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.”²⁹

Pues bien, en el *sub examine* se tiene que las motivaciones que llevaron al retiro del actor fueron afirmaciones abstractas, como es la afirmación de la Junta Asesora “...al no haber objeción alguna...”, además que el concepto de la Junta Asesora carece de cualquier sustento, aspectos que no permiten definir las razones objetivas del retiro del servicio activo del accionante.

5.5.2.2. Del restablecimiento del Derecho

La Corte Constitucional en sentencia de unificación 054 del 2015, fijó las reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como restablecimiento del derecho, ratificando los criterios plasmados en la sentencia SU 556 -14.

Así las cosas, se modificará el fallo apelado en cuanto al restablecimiento del derecho, en el sentido de precisar que el reintegro del actor se hará teniendo en cuenta la subreglas impartidas en las sentencias SU - 556 del 2014 y SU – 054 del 2015, esto es; (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a

²⁹ Sentencia T-265 de 2013

pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Igualmente se dispondrá a condenar a la entidad demandada, a pagar y descontar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, siempre que los mismos no se hayan efectuado.

Para tal efecto, se declarará que el tiempo laborado, se debe computar para efectos pensionales una vez se efectúen los descuentos a la seguridad social de ser procedente.

En virtud de lo anterior, como se anticipó, se impone modificar la parte resolutive de la sentencia de fecha dos de noviembre de 2011, en cuanto al restablecimiento del derecho y se confirmará en todo lo demás, pues, conforme se verificó, el acto fue ilegalmente expedido, al no encontrarse motivado y de acuerdo con el procedimiento exigido para estos casos, en tanto no cumplió con el lleno de requisitos establecidos por el precedente jurisprudencial.

5.6. CONDENAS EN COSTAS.

Habida cuenta que para el presente proceso tiene lugar la aplicación del artículo 55 de la Ley 446 de 1998, según el cual solo hay lugar a la condena en costas de acuerdo con la conducta de las partes y en el *sublite* no se advierte obrar temerario de alguna de ellas, se tienen que concluir que en este caso no hay lugar a imponer costas.

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia proferida el dos (02) de noviembre de dos mil once (2011), por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:



13001-33-33-003-2007-00067-01

“PRIMERO.- Declarase que es nulo parcialmente la Resolución No. 4470 de diciembre 15 de 2006, expedida por el Director General de la Policía Nacional, en cuanto retiró del servicio de la Policía Nacional al señor **Juan Pablo Molano Lozada**.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **condénase** a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reintegrar al actor al servicio, en el cargo que ocupaba al momento del retiro y en las mismas condiciones en que se encontraba; siempre y cuando el empleo no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y a título indemnizatorio; pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, desde la fecha del retiro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

TERCERO.- De igual forma, **condénase** a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar y descontar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, siempre que los mismos no se hayan efectuados.

CUARTO.- Declarase que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor y que el tiempo laborado, se debe computar para efectos pensionales una vez se efectúen los descuentos a la seguridad social de ser procedente.

QUINTO.- La presente providencia se cumplirá en los precisos términos establecidos en el artículo 176 y 177 del CCA.

SEXTO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase al interesado el remanente -si lo hubiere-, de lo consignado para sufragar los gastos ordinarios del proceso y archívese el expediente.

SÉPTIMO.- Por secretaría expídase copias de esta sentencia para su cumplimiento conforme al numeral 2 del artículo 115 del C.P.C. (sic)”

SEGUNDO: Sin condena en costas, por 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 la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-31-003-2007-00067-01.

Firmado Por:

José Rafael Guerrero Leal
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **717627ca2b746621836a78dfc1d70e91370ad507353863d15980b4e305558166**

Documento generado en 27/08/2021 02:02:38 PM