



218

Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

Cartagena de Indias D.T y C, Nueve (09) de marzo de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2019-00049-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<b>Retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional.</b>
<b>Sentencia No</b>	<b>040</b>

### 1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, a través de apoderado judicial, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL).

### 2. ANTECEDENTES

#### - HECHOS

Se tendrán como hechos de la parte demandante, los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se sintetizan así:

-El señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLO, en el año 2018 se encontraba vinculado a la POLICIA NACIONAL, como patrullero, y el día 03 de septiembre de la misma anualidad, mediante la resolución No. 384 de la referida fecha, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, suscrita por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de la época, fue retirado del servicio activo de dicha institución.

-Argumentó la parte demandante, que no se puede predicar que dicho retiro obedeció a acciones del señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, contrarias al deber policial, que desvirtuaran el buen servicio policial, en tanto los actos que le fueron atribuidos para sustentar su retiro carecen de soporte probatorio, algunos son inexistentes, otras no debieron ser reveladas ya que de acuerdo a las indicaciones de la jurisprudencia no era permitido, otras son desconocedoras de la dignidad, debido proceso, derecho a la defensa, y en general, existe una gran desproporción entre los hechos reseñados para sustentar el retiro discrecional y el ejercicio mismo de dicha facultad.

-Así mismo alegó, que el señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, 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 sea reintegrado, como consecuencia de la nulidad del acto acusado.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

**- PRETENSIONES**

1-Que se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 384 de fecha 03 de septiembre de 2018, por medio del cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al Patrullero DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA.

2-Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, reintegrar al señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, en su grado de patrullero o 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 DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a pagar los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación, hasta que se produzca el reintegro.

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

5-Que, se declare que el tiempo durante el cual el demandante estuvo desvinculado, en razón de los actos demandados, sean computados para efectos pensionales, como si no se fuera interrumpido su tiempo de servicio.

6-Que, las sumas reconocidas sean reajustadas, indexadas o actualizadas de acuerdo a lo establecido en la Ley.

7-Que, se ordene reconocer y pagar los intereses legales más altos previstos anualmente sobre dichas sumas de dineros actualizadas y para el mismo periodo.

8-Que, se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y de acuerdo a la jurisprudencia alusiva a esto.

9-Que se ordene el pago de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 195 del CPACA.

10-Que se ordene actualizar las sumas reconocidas de acuerdo a lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y de acuerdo a la jurisprudencia alusiva a ello.

**- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**

Considera la apoderada judicial del accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

**Constitucionales:** artículos 01, 02, 06, 13, 25, 29, 48, 53 y 90; artículos 5-2, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**Legales:** artículos 3 de la ley 1437 de 2011; decreto 1800 de 2000, artículos 1, 13, 14, 15.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, se desconoció su derecho de defensa y audiencia, los cuales a su vez hacen parte del debido proceso, pues la forma de encausar la disciplina era utilizar los medios correctivos que consistía en reportar la situación a su juez disciplinario natural, es decir, a la Jefatura Control Disciplinario de la Policía, para que de



219



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

conformidad con la ley 1015 de 2006 y 734 de 2002 lo investigara dándole la oportunidad de defenderse y si es el caso sancionarlo; sin embargo lo que hizo la Policía fue efectuar periódicamente esos registros y dio por cierta la ocurrencia de unos hechos que se adecuan a la descripción típica de una falta disciplinaria, amen, que quien hizo esos registros no tenía funciones o atribuciones disciplinarias en esos momentos.

En el presente asunto lo procedente era aplicar la acción disciplinaria para luego de ello efectuar las afectaciones que conllevaban a disminución de puntos, conforme el artículo 18 de la resolución 04089 de 2015 emanada de la Dirección General de la Policía Nacional.

**- CONTESTACIÓN**

Manifiesta la entidad que el accionante fue retirado de la institución por voluntad del director general de la policía nacional, decisión que se motivó en razones de mejoramiento del servicio Policial y sustentado en los artículos 1, 2 numeral 5 y 4 de la ley 857 de 2003.

La junta de evaluación y clasificación para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la policía metropolitana de Cartagena, el día 31 de agosto de 2018, mediante acta 006 sometió a consideración de sus integrantes la trayectoria e historia laboral del accionante, quien ascendió al grado de patrullero mediante resolución 04402 de 30 de octubre de 2011 y en fecha fiscal del 01 de diciembre de 2011, registrando un tiempo en la institución de 08 años 07 meses y 20 días.

Luego se evalúan los formularios de seguimiento del actor, de los años 2016, 2017 y 2018. Donde los miembros de la junta directiva evidencian que al uniformado se le registraron 31 anotaciones de afectación al servicio que presta la policía. Estas anotaciones fueron notificadas al patrullero sin que se observara mejoría o interés en subsanar su comportamiento y condiciones profesionales. Agrega que la buena conducta, felicitaciones y ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad en la Policía, pues la eficiente prestación del servicio es una obligación.

Teniendo en cuenta que el accionante no cumplió con los compromisos concertados, brindándole a la comunidad percepción de seguridad, y pese a que se le llamo la atención varias veces para que cambiara las estrategias que le permitieran obtener mejores resultados operativos, que no llegare retrasado al servicio policial y que cumpliera con los acuerdos pactados en las concertaciones; no se evidencio ningún cambio y con sus resultados cada vez más está lejos de cumplir.

La actitud del accionante vulnera la confianza depositada por la comunidad en la Policía Nacional, perturbando la buena marcha de la institución y su misión institucional, lo cual se ve comprometido por el actuar del demandante, demostrando falta de compromiso, mística, disciplina y vocación policial.

Por lo anterior, en acta 006 de agosto 31 de 2018 la junta de evaluación y clasificación del personal de suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía de Cartagena, procedieron por unanimidad a recomendar al comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena, el retiro del servicio activo del actor conforme los artículos 55 y 62 del decreto 1791 de 2000 y la ley 857 de 2003 parágrafo 1 del artículo 4.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

**- TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 06 de marzo de 2019. Mediante auto del 07 de marzo de 2019, se admitió la demanda y se notificó mediante estado 029 de 2019.

Por auto del 19 de septiembre del 2019, se cita a las partes a audiencia inicial para el 22 de octubre del mismo año, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se decretó la práctica de unas pruebas y se señaló el 23 de enero de 2020 como fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

Surtida la audiencia de pruebas, en ella se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos escritos dentro de los 10 días siguientes.

**- ALEGACIONES**

**DEMANDANTE:** alega que en la etapa de pruebas se trajeron a tres testigos que conocieron de primera mano la labor profesional del accionante y dieron fe de su excelente desempeño, además la misma policía nacional se había encargado de exaltar el excelente desempeño del actor como profesional de la policía en los últimos años de servicio, sin embargo este aspecto no fue tenido en cuenta al momento de aplicarle el retiro.

El consejo de estado ha sido coherente al enfatizar en la necesidad de considerar la importancia de la hoja de vida del policial como criterio de evaluación al momento de pretender hacer uso de la facultad discrecional.

Por ultimo señala que algunos registros negativos no podían ser dejados por escritos en el formulario de seguimiento dada la levedad de los hechos, sin embargo ello se hizo, por lo tanto esas anotaciones al final se enmarcaban como una presunta falta disciplinaria y en esa medida era inapropiado el proceder a registrarlos como aspecto negativo en la vida profesional del actor, primero porque entrañaban una violación a las garantías del mismo, y segundo, porque permitían instrumentalizarlos para fines de retiro de retiro discrecional.

**DEMANDADO:** Sostiene los mismos argumentos expuesto en la contestación de la demanda, que la causal de retiro fue por razones del servicio y en forma discrecional del Gobierno Nacional y que se encuentra probado que el acto de retiro se basó en la recomendación de la junta de evaluación y clasificación, a su vez edificada en la configuración de unas circunstancias que minaron gravemente la confiabilidad del evaluado, el servicio policial que prestaba a la comunidad y a la imagen de la policía nacional, por lo que se entiende que el acto administrativo demandado fue debidamente motivado, que está conforme a los hechos que sirvieron de causa y fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 44 del CPACA y que obedece al mejoramiento del servicio.

Finaliza sus alegatos manifestando que la parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo atacado.

**CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.** No emitió concepto.

220



**3. CONTROL DE LEGALIDAD**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

**4. CONSIDERACIONES**

**- PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde al Despacho determinar la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 384 de fecha 03 de septiembre de 2018, expedida por la POLICIA NACIONAL, por medio del cual se resolvió retirar del servicio activo de dicha institución al Patrullero DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, y si procede su reintegro al cargo que venía ocupando al momento de su desvinculación y el consecuente reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su retiro de la Policía Nacional, hasta su reintegro a dicha entidad.

**- TESIS**

El Despacho no accede a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

En el presente caso se pudo establecer que el acto administrativo de retiro del actor que originó el presente medio de control, y expedido bajo la facultad discrecional del Director de la Policía Nacional, cumplió con las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, así como la de guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen, características que guardan concordancia con las jurisprudencia aplicables en el caso específico tanto de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Igualmente, el accionante no pudo demostrar que la causa del retiro no fue el mejoramiento del servicio, ni pudo demostrar los cargos de nulidad invocados, razón por la cual se denegaran las pretensiones de la demanda

A las anteriores conclusiones arriba el Despacho teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, normativos y probatorios que a continuación se exponen:

**- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

La Corte Constitucional en Sentencia SU172/15, donde realizó unificación de jurisprudencia en materia de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional donde fue magistrada Ponente la doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, con fecha dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015), estableció unas subreglas que esta casa judicial procederá a aplicar para resolver el presente caso en las líneas siguientes.





**La facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo**

***Discrecionalidad y arbitrariedad***

En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y celeridad de la función pública<sup>1</sup>, se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

En el derecho administrativo *clásico*, la facultad discrecional de la Administración está sustentada en la separación de poderes *pura y simple*. Por tanto, según esta visión, los actos discrecionales de la Administración pública no pueden ser susceptibles de control judicial, pues ello implica la intromisión de esa Rama del Poder, en aquella. Por la misma razón, tampoco es exigible la motivación de los mismos, por lo cual la arbitrariedad de algunos actos discrecionales queda, entonces, fuera del alcance de cualquier tipo de control.

Desde otra visión, que predica una separación de poderes *recíproca o de controles mutuos*, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.

Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los

<sup>1</sup> Artículo 209 de la Constitución.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Así, para esa Corporación<sup>2</sup> ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Para Cassagne<sup>3</sup>, la arbitrariedad es un concepto amplio *“y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad”*. Por tanto, según la sentencia C-031 de 1995, hasta *“en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho”*.

Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica *“una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”*<sup>4</sup>.

### **La policía nacional y su función constitucional**

El artículo 2º de la Constitución consagra los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales están, entre otros, los de servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Igualmente, se precisa que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado.

Así, para el cumplimiento de las finalidades señaladas, la Carta prevé en el artículo 218 que la función primordial de la Policía Nacional es *“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”*. De lo anterior, se deduce que la actividad y funcionamiento de la institución policiva tiene un fundamento constitucional.

Ahora bien, debido a la importancia de su misión institucional y a que, ***para su correcto funcionamiento, se hace necesario el seguimiento de códigos jerárquicos, disciplinarios y éticos estrictos, la Policía Nacional cuenta con un régimen de carrera, prestacional y disciplinario especial***, cuya regulación es competencia principal del Legislador. En esa medida, se han desarrollado, por parte del Congreso o del Gobierno Nacional en uso de facultades

<sup>2</sup> Cfr. C-031 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, C-333 de 1999 y C-1161 de 2000, en ambas, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-144 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

<sup>3</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ed. Marcial Pons. Buenos Aires, 2009. Pág. 196.

<sup>4</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op., Pág. 216.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

extraordinarias, diversas normas para establecer el referido marco normativo de carrera, prestacional y disciplinario de la Policía Nacional.

Por ser pertinente, a continuación, se referenciarán las normas que han regulado específicamente el retiro discrecional de los miembros de la Policía por voluntad del Gobierno Nacional y los correspondientes estudios de constitucionalidad que la Corte Constitucional ha efectuado al respecto.

### ***Normatividad y pronunciamientos de control abstracto***

Inicialmente, el artículo 4<sup>o</sup> del Decreto 2010 de 1992<sup>5</sup>, consagró en cabeza del Director General de la Policía, la potestad discrecional de disponer del retiro de agentes policiales *por razones del servicio*, siempre y cuando mediara el concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos. Dicho artículo fue objeto de estudio constitucional y la Corte lo declaró exequible, mediante sentencia C-175 de 1993<sup>7</sup>.

Dicho fallo indicó que el fin de tal facultad discrecional era dotar a la Policía de un medio idóneo para proceder a su saneamiento, en pro del cumplimiento y desempeño eficaz de su función pública. No obstante lo anterior, se advirtió que su uso no era absoluto ni podía tornarse arbitrario, *“porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue”*.

El fin, en ese caso, se concretaba en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que el retiro discrecional debía relacionarse con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones o la observancia de conductas reprochables o irregulares.

Con posterioridad, se expidió el Decreto Ley 41 de 1994<sup>8</sup>, cuyos artículos 75 y 76, fueron modificados por los artículos 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> del Decreto Ley 573 de 1995. Esos textos normativos estipulaban que “el retiro” era la situación en que, por disposición del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional, los oficiales o suboficiales, cesaban en la obligación de prestar el servicio. Así mismo consagraban las diferentes causales por las cuales tal retiro procedía.

A ese respecto, el Decreto Ley 573 de 1995, claramente desarrolló, de forma autónoma, la causal relativa al *“retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía”*. Así, su artículo 12 previó que *“por razones del servicio y en forma discrecional el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el Artículo 50 del Decreto 41 de 1994”*.

<sup>5</sup> Artículo 4<sup>o</sup>. Por razones del servicio determinadas por la Inspección General de la Policía Nacional, el Director General podrá disponer el retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el solo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos establecido en el artículo 47 del Decreto - ley 1212 de 1990.

<sup>6</sup> *“Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.”* Este decreto fue expedido bajo un estado de excepción por conmoción interior decretado para la época, por lo tanto fue sometido a la revisión automática por parte de la Corte Constitucional.

<sup>7</sup> M. P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>8</sup> Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.



202

Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

Dicho artículo fue objeto de revisión constitucional y, mediante la sentencia C-525 de 1995<sup>9</sup>, esta Corte declaró su exequibilidad<sup>10</sup>. Ese fallo, después de diferenciar ampliamente la discrecionalidad de la arbitrariedad, explicó que para el efectivo cumplimiento de la función pública de la Policía, era necesario un medio especial para la remoción de personal como la facultad discrecional, sin que ello significara legalizar la extralimitación de atribuciones.

En aquella ocasión, la Corte precisó que para evitar tal extralimitación, la facultad discrecional debía cumplir con los requisitos de racionalidad y razonabilidad, y en esa medida, los actos administrativos de retiro debían tener un *“mínimo de motivación justificante”*.

Tal mínimo de motivación justificante, según el Decreto analizado en ese momento, se garantizaba si el acto administrativo era emitido en virtud del respectivo informe del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, debido a que éste tenía *“a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación”* de un determinado agente de policía<sup>11</sup>. Este examen debía constar en un acta que detallara la evaluación de *“la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta”* y *“los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del ‘Grupo anticorrupción’ que opera en la Policía Nacional”*, entre otros documentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte precisó que para la expedición de un acto de retiro discrecional, debía seguirse un procedimiento que era verificable y enjuiciable, lo cual disipaba cualquier duda de arbitrariedad.

Más adelante se expidió el Decreto Ley 1791 de 2000<sup>12</sup>, modificado por la Ley 857 de 2003<sup>13</sup>, en lo pertinente al retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 1º de esta ley previó que el retiro se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional o de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional, según el caso.

Allí mismo se contempló que el acto de separación del cargo debe someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate *i)* de Oficiales Generales, *ii)* de miembros del servicio en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, *iii)* cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y *iv)* en caso de muerte.

Por su parte, el artículo 4º *ibidem* precisó lo pertinente al retiro de Oficiales y Suboficiales por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía, en cualquier tiempo, por razones del

<sup>9</sup> M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>10</sup> Durante este periodo hubo diversas demandas contra este artículo, por lo cual se emitieron las C-072 y C-120 de 1996, en ambas, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y la C-193 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara. En todas ellas se declaró estarse a lo resuelto en la sentencia C-525 de 1995.

<sup>11</sup> Esta Corporación en fallo C-564 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, declaró la exequibilidad de la facultad del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales para emitir sus conceptos, *“bajo el entendimiento de que las actuaciones... deben constar en acta en donde aparezcan los motivos del retiro que se recomienda, dentro de las reglas del debido proceso administrativo”* y *“precedida de la aplicación de circunstancias objetivas, justas y razonables”*.

<sup>12</sup> Los artículos 54, 55 y 62 de ese Decreto Ley, que regulaban el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-253 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, debido a que el Presidente excedió las facultades extraordinarias que le había otorgado en esa ocasión.

<sup>13</sup> 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.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

servicio y en forma discrecional, *“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”*.

Este último artículo, también fue declarado exequible por la Corte, mediante sentencia **C-179 de 2006**<sup>14</sup>. Allí se reiteró lo anteriormente expuesto por esta Corporación en torno a que el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública no desconoce los principios y derechos constitucionales, siempre y cuando esté sustentado.

En esta ocasión la Corte precisó que los actos de separación deben fundamentarse *“en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones [Fuerzas Militares y Policía Nacional], en aras de la prevalencia del interés general”*. En concordancia, insistió en que tales razones deben consignarse en los actos de evaluación emitidos por las respectivas juntas asesoras, basados en *“un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”*.

La Corte recordó que lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario, pues esto último implica un capricho individual que no está sujeto al ordenamiento jurídico y es contrario por completo a la atribución facultativa, que en todo caso, sí está cobijada por las reglas de derecho preexistentes. El fallo **C-179 de 2006** concluyó que:

*“la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”*.

De todo lo expuesto, se puede deducir que las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional estudiada, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. ***Por tanto, para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a través i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes.***

**Jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional: los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben tener un mínimo de motivación**

En varias oportunidades esta Corporación se ha ocupado de dirimir conflictos que surgen a partir de actos administrativos de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional. En esa medida, y al ser esta una sentencia de unificación, se hace necesario efectuar el recuento sucinto de esos casos<sup>15</sup>, con el fin de aclarar las reglas al respecto.

<sup>14</sup> M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>15</sup> En esta sentencia se citan los casos más relevantes que constituyen la línea jurisprudencial en materia de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional. Otros casos en los cuales se habla del tema, por ejemplo aquellos en



223



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

Inicialmente, la Corte mediante sentencia T-1010 de 2000<sup>16</sup>, conoció de una acción de tutela en la que se solicitaba la protección al debido proceso administrativo de un miembro de la Policía que, a su juicio, había sido desvinculado por el Gobierno en virtud de la facultad discrecional. En ese momento esta Corporación reiteró los pronunciamientos de constitucionalidad, arriba reseñados, y detalló el procedimiento que debe seguir la Administración en estos casos (básicamente se refirió al concepto previo de la Junta Asesora).

Sin embargo, **esa Corte encontró que el accionante atacaba los motivos del retiro en sí y no el procedimiento**, por lo cual consideró que el juez idóneo para dar luz a esa controversia era el contencioso administrativo. Por tanto declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Años más tarde, esta Corte emitió la sentencia T-995 de 2007<sup>17</sup>. En aquella ocasión un policía fue retirado del servicio sin que conociera motivo alguno que justificara dicha decisión. Por lo anterior, éste solicitó protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

A través de ese fallo, la Corte explicó que el deber de motivación de los actos de retiro discrecional tenía rango legal y constitucional, por lo cual era vinculante para todas las instituciones públicas. Adicionalmente precisó que la motivación no se agota con presentar el concepto previo de la junta asesora, sino que ésta debe documentar la realización de un **examen “de fondo, completo y preciso de los cargos”** que se le endilgan al Agente, cuyo retiro se pretende. En ese caso, la junta asesora no había efectuado tal examen, por lo cual el retiro resultaba arbitrario. En consecuencia, la Corte tuteló el derecho al debido proceso administrativo del accionante.

En la misma línea, esa Corporación profirió la sentencia T-432 de 2008<sup>18</sup>, al resolver otro caso de desvinculación de un miembro de la Policía Nacional, sin más motivación que el ejercicio puro y simple de la facultad discrecional. En este caso el agente había recibido múltiples condecoraciones y menciones de honor y contaba con una excelente hoja de vida, por lo cual había solicitado que se le precisaran los motivos que impulsaron su separación del cargo. Sin embargo, la Policía no los ofreció, debido al carácter reservado de los informes que soportaban la recomendación de la Junta Asesora.

En esa ocasión esta Corte insistió en que la recomendación de la Junta Asesora o de Evaluación debe estar sustentada en **elementos de juicio “objetivos y razonables”**. Así mismo precisó que **los informes sobre los cuales se basa el concepto de retiro deben ser puestos en conocimiento del agente**, a pesar del carácter reservado que puedan llegar a tener, pues ello es indispensable para permitir el pleno ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. En concordancia señaló que:

***“Si bien el acto no debe ser motivado en el sentido de relatar los motivos y hechos que justifican la desvinculación -lo cual le quitaría carácter reservado ante terceros al informe reservado- la norma es clara al establecer que la decisión debe estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja***

---

que operó el retiro discrecional para miembros de las Fuerzas militares o por la causal del llamamiento a calificar servicios, no son citados.

<sup>16</sup> M. P. Fabio Morón Díaz.

<sup>17</sup> M. P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>18</sup> M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

***de vida del afectado así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta.***

Por lo anterior, la Corte Constitucional ordenó a esa Institución poner en conocimiento del afectado el informe emitido por la Junta de Evaluación.

Ese mismo año, este Tribunal conoció varios expedientes acumulados, en los cuales cuatro miembros policiales habían sido retirados por voluntad del Gobierno. Todos ellos alegaban que la Administración no había motivado sus actos discrecionales. Así la sentencia T-1168 de 2008<sup>19</sup>, acuñó la relación estrecha que existe entre el respeto al debido proceso administrativo y la motivación de los actos facultativos del Gobierno. También reiteró que la discrecionalidad tiene límites claros y verificables, en tanto **los actos cumplan los requisitos de “racionalidad y razonabilidad”, la finalidad del mejoramiento del servicio y un “mínimo de motivación justificante”**.

Insistió que el cumplimiento de esos tópicos implica, necesariamente, la evaluación objetiva y razonable por parte de la Junta Asesora de las **hojas de vida, las pruebas y los documentos pertinentes**. Teniendo en cuenta lo anterior, encontró que en dos de los casos, la Policía no había ofrecido pruebas de haber evaluado la hoja de vida de los agentes retirados, por lo cual ordenó su reintegro<sup>20</sup>.

En 2012, se expidió la sentencia T-638 de 2012 para resolver dos casos, también acumulados, pero en esta ocasión contra varios jueces y tribunales administrativos, acusados de desconocer el contundente precedente en materia de motivación de actos administrativos.

En ese momento los accionantes fueron un miembro el Ejército Nacional y uno de la Policía. En el primer caso, el soldado regular inició una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que el Ejército le notificó el acta que conceptuó su retiro, pero en ella sólo se consignaron las firmas de los miembros del Comité de Evaluación, sin que se vislumbrara un mínimo de motivación.

En el segundo caso, el Patrullero cuestionó en la jurisdicción contenciosa el acto de retiro, al considerar que éste se basó en una supuesta falta penal y disciplinaria que él cometió y que, sin embargo, no fue probada en el proceso sancionatorio respectivo. La Policía en su contestación a la demanda explicó que el fundamento del acto jurídico fue un informe de inteligencia de carácter reservado, que no era posible exhibir.

En el fallo de esa Corte, se reiteraron las reglas jurisprudenciales en materia de procedencia de acción de tutela contra providencias judiciales, en especial, cuando se alega el desconocimiento del precedente, y las referentes al deber de motivación de los actos de retiro discrecional. En ese sentido, ***sintetizó que un acto de retiro de la Policía Nacional se ajusta a la Constitución cuando se cumple con:***

<sup>19</sup> M. P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>20</sup> Frente a uno de los restantes encontró que éste sí conocía los motivos de la desvinculación (referidos a hechos ciertos y objetivos, relacionados con denuncias hechas en su contra por su dudoso comportamiento y lealtad policial) por lo cual el acto no fue arbitrario. Y respecto del último, la Sala de Revisión declaró la improcedencia de la acción de tutela, pues el accionante había dejado pasar el tiempo para iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin justificación alguna, con lo cual pretendía que la acción de tutela fuera un medio alternativo y no subsidiario.



224



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

- "(1) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>21</sup>;*
- (2) establece la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo<sup>22</sup>;*
- (3) tiene la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional<sup>23</sup>; y*
- (4) se muestra el informe reservado al afectado, en los eventos en que dicho documento es el sustento del retiro discrecional del servicio, toda vez que el secreto operara frente a terceros, pero no ante el servidor público."*

La Corte consideró que los jueces se apartaron del precedente establecido, sin dar una justificación razonable, por lo cual les ordenó emitir nuevas providencias.

De todo lo anterior se concluye que para la Corte Constitucional los actos de retiro discrecional en ningún caso pueden ser arbitrarios, deben estar sustentados, cumplir las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, y guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.

**Jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado: los actos de retiro no deben ser motivados, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones objetivas.**

El Consejo de Estado cuenta con innumerables sentencias relativas al retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, por tal motivo el estudio realizado en este caso se centrará, únicamente, en los pronunciamientos cuyos supuestos fácticos y jurídicos tengan plena relación con lo aquí estudiado; esto es, el retiro discrecional por voluntad del Gobierno de miembros de la Policía Nacional<sup>24</sup>.

Así, desde la expedición del Decreto Ley 573 de 1995 y su posterior declaración de exequibilidad, el Consejo de Estado entendió que para el ejercicio de la facultad de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional, **bastaba con que la Institución cumpliera los requisitos formales de la expedición del acto**, previstos en tal decreto y en la sentencia C-525 de 1995. En esa medida, inicialmente, sostuvo la tesis de que el juez contencioso administrativo, al momento de evaluar una eventual anulación, debía verificar la existencia de la recomendación previa del Comité o Junta de Evaluación, **sin importar si allí se explicaban o no los motivos del retiro.**

Siguiendo ese parámetro, en sus fallos estableció que los actos de retiro discrecionales no podían equipararse a una sanción por parte de la Policía, por lo cual no daban lugar a controversias con el subalterno. En esa medida, **no se exigía que la Institución probara una mala conducta o un error del agente para que pudiera ejercer su facultad discrecional.** En otras palabras, la honorabilidad o buena conducta no implicaba la inamovilidad de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>21</sup> "Sentencias C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-871 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo."  
<sup>22</sup> "Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-432 de 2008 M.P. Alfredo Beltrán Sierra."  
<sup>23</sup> "Sentencia T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería."  
<sup>24</sup> En ese sentido se dejan de lado las sentencias que estudiaron la discrecionalidad, pero desde el llamamiento a calificar servicio. Asimismo no hace referencia a otro tipo de retiros de los miembros de la Policía.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

Las sentencias que dan cuenta de esta tesis conocieron, en su mayoría, de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales los agentes acusaban el acto de falsa motivación o desviación de poder, ya que la Policía los había retirado por *razones del servicio*. Lo cual era incongruente con las múltiples felicitaciones y condecoraciones que habían recibido, y con sus impecables hojas de vida. Así, por ejemplo, en fallo del 21 de mayo de 1998, el Consejo de Estado<sup>25</sup>, argumentó:

*“El retiro del servicio del demandante en forma absoluta por voluntad del Gobierno, contó con el concepto previo del comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos, conforme a las disposiciones antes reseñadas. Las normas que se acusan en la demanda no tienen el carácter de sanción porque la desvinculación tiene como origen un acto discrecional plenamente justificado sin que haya lugar a controversias con el empleado, y sin que se exija prueba alguna sobre delitos o faltas, asunto que es ajeno a esta causal de retiro por voluntad del Gobierno. (...)*

*De otro lado, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, en los eventos en que se alega la desviación de poder corresponde a la parte probarlo, supuesto fáctico que no se cumplió en el presente caso, pues el demandante no demostró los fines torcidos en que incurrió la administración al adoptar la decisión acusada. (...)*

***El Director General de la Policía Nacional ejerce discrecionalmente sobre el personal de Suboficiales de la Policía Nacional según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles. Estos decretos se asumen como proferidos en ejercicio de sus potestades sobre la Fuerza Pública y en beneficio de su misión constitucional.”***

Tal posición jurisprudencial fue reiterada en varias oportunidades posteriores<sup>26</sup>, como por ejemplo en la sentencia dictada el 15 de agosto de 2002, de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>27</sup>. En esa ocasión el demandante en nulidad y restablecimiento alegó que el Comité de Evaluación no había valorado su hoja de vida para emitir el concepto previo, por lo cual se desvirtuaban las razones del *buen servicio* que, a su vez, eran el soporte del acto discrecional de retiro.

Este fallo, además de insistir en la innecesaria motivación de los actos administrativos discrecionales, agregó a la *ratio* aplicada, hasta ese entonces, que el **acta del Comité de Evaluación, por medio de la cual se emite el concepto previo, no era un acto enjuiciable**

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de mayo con radicado 16833, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

<sup>26</sup> Ver entre otras las siguientes sentencias, todas del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

- Del 31 de julio de 1997, con radicado 14608, Subsección B, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Del 21 de mayo de 1998, con radicado 16833, Subsección B, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Del 30 abril de 1998, con radicado 15257, Subsección A, C. P. Dolly Pedraza de Arenas.
- Del 17 de junio de 1999, con radicado 14686, Subsección B, C. P. Silvio Escudero Castro.

<sup>27</sup> Con radicación 05001-23-31-000-1997-1860-01(0346-02), C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

295



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

ante la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>28</sup>. Por tanto, el Consejo de Estado negó las pretensiones del actor<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, el 27 de marzo de 2003, la Subsección B de la Sección Segunda<sup>30</sup> varió esa postura *formalista*, al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual el Agente solicitaba la exposición de los motivos del retiro, debido a que tenía una excelente hoja de vida y había sido felicitado y condecorado con anterioridad cercana a su salida.

En ese fallo, se explicó que era preciso revisar la posición de los jueces administrativos en tanto la discrecionalidad, pues debían preguntarse *“hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control”*. Lo anterior, debido a la importancia de recordar que las facultades discrecionales estaban enmarcadas y limitadas por el interés general, la justicia y el respeto por los derechos fundamentales.

En esa ocasión se indicó explícitamente que *“la hoja de vida cumple un papel de importancia especial en la valoración que corresponde efectuar al juez contencioso administrativo en materia del ejercicio de las facultades discrecionales por la Administración”*. Lo anterior, ya que la proporcionalidad y razonabilidad del acto discrecional no pueden ser evaluadas en abstracto, y deben estar atadas a elementos objetivos de juicio, como las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño o los registros de los agentes. Por tanto la Subsección B encontró que el acto de retiro era incoherente e incongruente con el fin de la medida discrecional; esto es, el *mejoramiento del servicio*.

Esta otra postura, si se quiere *sustancial*, fue posteriormente reiterada<sup>31</sup>, en pronunciamientos que establecieron como *ratio decidendi* que si bien los actos discrecionales de retiro no debían ser motivados, los mismos sí debían estar sustentados en motivos ciertos y objetivos, que el juez podía comprobar a través de la apreciación, por ejemplo, de la hoja de vida, de las evaluaciones de desempeño o de los antecedentes del agente retirado. De lo anterior, da

<sup>28</sup> Esta posición fue posteriormente reiterada en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A del 12 de septiembre de 2002, con radicación 25000-23-25-000-1997-3608-01(3769-01), C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

<sup>29</sup> En su argumentación se precisó: *“Por otra parte, el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las calidades laborales del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador. La consideración discrecional compendia múltiples razones de satisfacción general, distintas de las de naturaleza disciplinaria, ya que lo que se persigue con el ejercicio discrecional para el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, no es la penalización de unas faltas, lo que explica que no se den las razones que motivaron su retiro del servicio, ni es requisito el que se haya probado una conducta irregular.”*

<sup>30</sup> Con radicación 05001-23-25-000-1997-1223-01(2366-02), C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>31</sup> Ver entre otras las siguientes sentencias, todas del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

- Del 27 de marzo de 2003, con radicación 08001-23-31-000-1999-2295-01(5003-01), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 8 de mayo de 2003, con radicación 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 3 de agosto de 2006, con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 25 de noviembre de 2010, con radicación 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10), Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

cuenta la sentencia del 3 de agosto de 2006, la Subsección B de la Sección Segunda<sup>32</sup> cuando señala que:

“...el poder discrecional no es un atributo omnimodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, **la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos**, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

**No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos**, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.”

Siguiendo esa tesis, que hoy por hoy es mayoritaria en el Consejo de Estado<sup>33</sup>, es claro que al controlar la legalidad de los actos de retiro, se hace indispensable que el juez verifique por sí mismo todos los documentos que el afectado aporte o solicite a fin de demostrar la ilegalidad de su retiro<sup>34</sup>.

De todo lo precedente, se puede concluir entonces que la mayoría de los pronunciamientos del Consejo de Estado expresan que los actos de retiro no son susceptibles de motivación. Sin embargo, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente.

Frente a la forma de hacer esa verificación, inicialmente, ese Tribunal se inscribió en una postura que podríamos llamar **formalista**, la cual establecía que, al ser esa la única exigencia legal, bastaba con que se demostrara tal concepto para que el juez administrativo entendiera que el acto era legal.

Posteriormente, tal postura varió hacia una, si se quiere **sustancial**, que predica que, si bien los actos de los Comités de Evaluación no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, pueden

<sup>32</sup> Con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05). Subsección B. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>33</sup> Si bien pueden encontrarse sentencias disidentes.

<sup>34</sup> Ver por ejemplo la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12). Subsección A. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.





226

Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro. Tal postura es actualmente la mayoritaria.

**Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible**

De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.

Lo anterior, debido a que ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, *el mejoramiento del servicio*, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápite atrás.

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de tal función unificadora, propuso el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- 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. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.
- 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.
- El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.
- 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<sup>35</sup>. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el

<sup>35</sup> Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

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.

- 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. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.
- 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. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.
- 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. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

A partir de los antecedentes y las consideraciones expuestas, procede esta Casa Judicial a efectuar el análisis del caso concreto para establecer que el uso de la facultad discrecional en retiro del actor como miembro de la Policía Nacional, como es el caso que nos ocupa, estuvo encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, *el mejoramiento del servicio*, y que las razones expuestas son ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y que además tales razones fueron conocidas por el afectado.

### **CASO CONCRETO**

El señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, ingresó a la Policía Nacional como auxiliar de policía 07 de octubre de 2008, luego fue alumno nivel ejecutivo y posteriormente ascendió a nivel ejecutivo en fecha 01 de diciembre de 2011 (fl 33). Fue retirado mediante resolución No. 384 de 03 de septiembre de 2018, que se le notificó personalmente el día 04 del mismo mes y año, por voluntad de la Dirección General Policía Nacional; teniendo en cuenta que el accionante registra 31 anotaciones de afectación al servicio.

Solicita en consecuencia la parte actora que sea declarada nula la Resolución No. 384 de fecha 03 de septiembre de 2018, proferida por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena, brigadier general Luis Humberto Poveda Zapata, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General al patrullero DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, y se proceda a reintegrar al actor al estado en que se encontraba al momento de producirse su retiro, sin solución de continuidad y pagándosele los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir desde su retiro.

Por su parte la Policía Nacional, se opone a las pretensiones del actor, sosteniendo que el retiro del demandante se hizo previa recomendación de la junta de la clasificación de la institución, como quiera que el patrullero URRUCHURTO PINILLA no cumple de manera eficiente y eficaz con la

227



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

prestación del servicio policial, los cuales se constituyen en elementos objetivos irrefutables que permiten inferir la inconveniencia para la institución y el servicio que se presta a la comunidad, el mantener en el servicio activo a este funcionario; y que ello es suficiente para que se pierda la confianza en él y su retiro sea recomendado para el mejoramiento del servicio policial, es claro entonces que el retiro se debió a la necesidad del servicio.

Observando las pruebas obrantes en el expediente como son copia de la Resolución No. 384 de 03 de septiembre de 2018 que retiró del servicio al actor (folios 23 a 31); extracto de la hoja de vida del señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA (folios 33 a 35); Formulario II de seguimiento (folios 37 a 76); formulario I evaluación del desempeño policial (fl 155 a 158, 169 a 174, 176 a 179, 185 a 187); y junta de evaluación y clasificación No. 006 de 31 de agosto de 2018 (cd anexo folio 198); los cuales confrontados bajo los lineamientos expresados en la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional Sentencia SU172/15, se colige que se cumplen con las subreglas que hay que tener en cuenta para proferir estos tipos de actos administrativos.

En primer lugar, el acto administrativo de retiro del señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, por voluntad del Director de la Policía Nacional, aunque no se exige que estén relatadas todos los motivos que llevaron a su retiro; si existe unas razones claras por la cual se tomó dicha solución y además que están sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, como tener registrada treinta y un (31) anotaciones de afectación al servicio y pese haber sido notificado de cada una de ellas en legal forma, no mostró mejoría o interés en subsanar su comportamiento y condiciones profesionales, es otras palabras, no cumplió con el plan de concertación acordado y las metas planteadas para lograr los fines de la institución. Ahora bien, sin que necesariamente haya una sentencia ejecutoriada en contra, sanción o proceso disciplinario en su contra; lo anterior si es razón suficiente para hacer uso de la facultad discrecional de retirarlo del servicio, puesto que al criterio de esta Casa Judicial, rompe con la confianza que deben ser depositarios especialmente los miembros de la Policía Nacional, que deben obrar como garante del mismo.

La motivación, además, se fundamenta en el concepto previo que emitió la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional que obra en cd anexo folio 198; y además se le dio a conocer al señor DILSON JAVIER URRUCHURTO PINILLA, como se observa en el expediente y en su hoja de vida ya citada especialmente la notificación personal que se le hiciera del acto de retiro donde quedaron consignadas todas las razones y que obra a folio 32 del expediente. Además, que el concepto emitido por Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, se inició por sometimiento a estudio de la trayectoria institucional del accionante, y no como culminación de ninguna actuación administrativo como sería un proceso disciplinario o denuncia penal.

Obsérvese que el accionante registra 7 evaluaciones del desempeño policial (cd anexo fl 198), desde el 03 de enero hasta 11 de noviembre de 2016; 03 al 31 de diciembre de 2016; 11 de enero a 30 de mayo de 2017; 03 de junio de 22 de junio de 2017; 8 de julio a 31 de diciembre de 2017; 11 de febrero al 16 de marzo de 2018; 18 de marzo al 26 de agosto de 2018; de los cuales en cuatro (4) clasificaciones obtuvo puntaje 1171 o superior, en el resto obtuvo puntaje cero (0); de lo anterior se infiere que la buena conducta del patrullero no fue constante en los últimos tres años, aunado a ello, de la hoja de vida y el Formulario II de Seguimiento, se extrae que el accionante fue felicitado y condecorado en varias ocasiones, pero de igual forma registra anotaciones negativas y llamados de atención; por ello el Despacho reitera y existe fundamento para señalar que el





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

correcto comportamiento del patrullero no era permanente y muchas veces presentaba falencias en la prestación del servicio.

Por otro lado, los testimonios practicados en audiencia de pruebas de fecha 23 de enero de 2020, no son muy dicentes de los hechos de esta demanda, pues, en resumen, ellos manifestaron en sus declaraciones, lo siguiente:

El testigo CARLOS QUIROZ GARCIA, manifestó que tiene un negocio en el cuadrante donde laboraba el accionante y que el señor URRUCHURTO PINILLA, prestaba un buen servicio como policía.

Por su parte el testigo JORGE QUINTANA SOSA, refirió que es veedor ciudadano, que el accionante es buen patrullero y fue uno de los policías que le hacían ronda y cuidaban después que recibió un atentado, que el servicio prestado por el actor fue excelente; cuando el apoderado de la Policía le preguntó si sabía cuáles eran las labores o funciones que desempeña un agente de policía para determinar que el servicio prestado era excelente, respondió que *“es de común, si usted sabe cómo te tratan, yo no necesito saber cuáles son las funciones de policía si me están prestando un buen servicio”*.

Finalmente el testigo GLIBER DURANGO FERNANDEZ, relató que tiene una discoteca en el cuadrante donde el accionante prestaba sus servicios y se desempeñaba de la mejor forma, servicial y cuando le pedía acompañamiento el patrullero se lo brindaba.

Así las cosas, de lo narrado por los testigos se colige que ellos solo conocieron someramente la labor externa que prestaba el accionante como policía, pero desconocen el comportamiento al interior de la institución, verbigracia, si cumplía o no con las metas planteadas, las concertaciones acordadas, proponía e implementaba nuevas estrategias para mitigar la acción delincencial en el cuadrante, si presentaba baja operatividad, si hacía uso de la herramienta tecnológica de evaluación del desempeño policial para notificarse de las evaluaciones realizadas, si efectuaba acciones disuasivas y preventivas en los sectores financieros con el fin de contrarrestar el delito, etc. Es de resaltar que de las 31 anotaciones por afectación al servicio que registra el señor URRUCHURTO PINILLA, los testigos no se pronunciaron de ninguna de ellas y mucho menos tienen conocimiento de las mismas. Por los anteriores motivos, las manifestaciones de los testigos no demuestran nada respecto el desempeño del patrullero en la prestación del servicio policial.

En conclusión, luego de analizar el acervo probatorio, se puede concluir que aunque no hayan investigaciones disciplinarias, denuncias o sanciones contra el actor, y en el evento de que haya habido o no investigación de tipo disciplinarias o penal, no se puede concluir que la institución no pueda desvincular a un miembro de sus filas, precisamente porque no es este el fundamento o la justificación al retiro prenombrado, pero que su accionar estaba afectando el buen servicio de esa entidad; pues no fue responsable en el cumplimiento de directrices y compromisos adquiridos con la institución, lo cual causó la pérdida de confianza generada por el demandante, quien asumió una actitud negligente impactó negativamente la correcta prestación del servicio, por lo tanto, considera el Despacho que la actuación que se tuvo en cuenta para el retiro del señor URRUCHURTO PINILLA, resulta conveniente y necesaria.

Por otro lado, en gracia de discusión, el buen desempeño en su labor y de una buena hoja de vida, por si solas no generan un fuero de estabilidad que permita desvirtuar sin ninguna otra consideración la presunción de legalidad de los actos que llaman a retirar del servicio a un agente.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00

En ese orden, el H. Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda, de fecha 16 de Noviembre de 2006 y con ponencia de JAIME MORENO GARCIA ha sostenido que:

"En cuanto a la trayectoria profesional del demandante: Aunque la Sala ha considerado en varias oportunidades que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, ni constituye, por sí sola, causal de anulación del acto, en este caso, resulta necesario resaltar la sobresaliente trayectoria profesional del demandante, la cual se evidencia en su hoja de vida y en el cuadro comparativo de los Tenientes Coroneles que, en su oportunidad, también estuvieron aspirando y fueron convocados a curso de ascenso...." (Subrayas fuera de texto).

La Corte Constitucional, al respecto concluyó:

En definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta<sup>36</sup>.

Del análisis del expediente, las pruebas aportadas y la contestación de la demanda, no se haya pruebas que hagan pensar que la Policía Nacional, se extralimitó en sus facultades discrecionales al momento de la toma de la decisión y hagan inferir que existió arbitrariedad por parte de la autoridad nominadora.

En razón de que el accionante no pudo demostrar los cargos de nulidad invocados se denegaran las pretensiones de la demanda.

## COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado<sup>37</sup> a través de su jurisprudencia.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados). Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. 28 de abril de 2016.

<sup>37</sup> Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014. Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00049-00**

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

#### **IV. LA DECISION**

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tazan en un 3% del monto de las pretensiones.

**TERCERO:** Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere, y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ**

Juez

