|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180040700** |
| DEMANDANTE | **HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ** |
| DEMANDADO | **DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA-JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ actuado en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA-JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN , con el fin de proteger su derecho fundamental al debido proceso, derecho de defensa, igualdad, mínimo vital y de petición.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se deje sin efectos jurídicos el acto administrativo por el cual fue se le retiro del servicio activo y solicita sea reintegrado a la Institución en el cargo de nivel ejecutivo.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

*“Ingresé el 5 de Agosto de 1996, como alumno a la Escuela de Policía Rafael Reyes de santa rosa de Viterbo, con fecha de alta 1 de Agosto de 1997, mis últimos cargos fueron como jefe de seguridad de la Dirección general de la policía, curso de ascenso en la escuela Gonzalo Jiménez de Quesada, al terminar el curso soy destinado a la Dirección de bienestar social asignándome el cargo por mi experiencia y trayectoria profesional nuevamente como jefe de seguridad del club de agentes y patrulleros de la policía.*

*Según mi retiro se da mediante acto administrativo resolución firmada por voluntad del Director de la policía, avalado por la acta de la Junta evaluación y clasificación, expidiendo la resolución No. 04927 de fecha 03 de octubre de 2018, donde soy injustamente retirado del servicio activo de la policía nacional, mediante la facultad discrecional por llamamiento a calificar servicios.*

*El Director de la policía como la Junta no cumplieron con lo ordenado por la Constitución y la ley, como también de analizar, estudiar la totalidad de mí hoja de vida o pedir concepto a mis jefes inmediato, me crearon falsas expectativas al llamarme al curso de ascenso que termine en forma satisfactoria, donde todos los gastos fueron sufragados por el suscrito y luego retirarme sin ninguna justificación.*

*Mediante el oficio sin número /DITAF-GRUAS-1.10 del 13 de Febrero de 2018, me informa la Policía Nacional que según procedimiento de evaluación y trayectoria profesional previsto en el numeral 2 artículo 21 del decreto ley 1791 de 2000, "usted ha sido inscrito para adelantar capacitación para ascenso en el cuarto ciclo, el cual dará inicio el próximo 9 de julio de 2018 hasta el día 25 de agosto de 2018, por lo anterior deberá preveer las acciones logísticas pertinentes para cumplir con este acto del servicio", la junta de evaluación y calificación me recomienda para curso de ascenso; entonces porgue me crean falsas expectativas y me engañan, para luego en forma oculta sea retirado sin ninguna explicación o motivo alguno.*

*El 30 de octubre de 2018, al Director de la Policía Nacional, le presente varios derechos de petición para que me sean notificadas en debida forma y tal como ordena la ley, el acta mediante la Junta de evaluación y clasificación proponen mi retiro, y asesoran al Director de policía para recomendar el mismo mediante resolución, y saber el motivo, argumento, motivación real de mi retiro, nunca contestaron mis derechos de petición.*

*A la fecha, no he recibido respuesta de mi solicitud, derecho de petición para controvertir dichas actas, en el evento que no concuerden con la realidad fáctica y jurídica que gobierna mi situación en la institución, conocer la justificación de motivos, ellos violan fundamentalmente mi derecho al debido proceso, defensa, igualdad, y más grave aún el desacato flagrante a la providencia judicial del Honorable Tribunal Administrativo, como de las altas Cortes sobre dar respuesta a los derechos de petición.*

*El retiro no obedeció a condiciones del mejoramiento del servicio, sino a móviles oscuros, la facultad discrecional no fue utilizada con el ánimo del citado mejoramiento, sino de prescindir de los servicios policiales y desconocer la trayectoria laboral con la excelente hoja de vida (Anotaciones positivas y felicitaciones), con una evaluación del desempeño policial excepcional, se puedo determinar con estas pruebas allegadas al plenario, el Director de la policía y la Junta de evaluación y clasificación toman una decisión apresurada de la administración.*

*El retiro se hizo, no con el objeto de ejercer la facultad discrecional que posee el nominador, ni para mejorar el servicio, en realidad obedeció a la simple recomendación basada en una lista de funcionario sin ningún miramiento legal o factico y con abuso del poder discrecional, pasando por alto la inmediatez del retiro existe en mi folio de vida felicitaciones, anotaciones positivas, calificación excepcional, lo cual enerva la eficiencia, eficacia y confiabilidad del acto administrativo.*

*Respetuosamente me permito manifestar que la decisión que ha adoptado el DIRECTOR DE LA POLICIA NACIONAL por recomendación de la Junta en las actas como resolución que no conozco, no tengo notificación, publicidad v contradicción en lo legal; me afectan gravemente en mi derecho de defensa para contradecirla y para defenderme en un debido proceso; violan en forma flagrante mis derechos fundamentales CON UN PERJUICIO INMINENTE E IRREMEDIABLE por dichas actas y resolución desconocidas, al no cumplir con el requisito establecido en el artículo 21 numeral 6 del decreto 1791 de 2000.*

*No se me da a conocer realmente que el acta de la Junta de evaluación y clasificación, esgriman motivo alguno para efectos de apreciar la existencia de una razón para llamarme a calificar servicio. Por ninguna parte de las precitada Junta o resolución, se me informa el motivo del retiro. No se aprecia una razón, para que se declare que no pase el estudio de la trayectoria profesional para ascenso y existan conceptos desfavorables secretos, anónimos o investigación.*

*No existe ningún soporte del estudio de mi trayectoria profesional hecha por el Director General de la Policía Nacional, sale a relucir su evidente forma subjetiva, arbitraria v clara intención de apartarse de lo ordenado por la Constitución, la lev, precedente y la administración pública; por eso reclamo mi derecho al debido proceso, y que justifiquen mi retiro, me amparo en igualdad de condiciones en esta sentencia, así:*

*"el manejo en esas condiciones dado al oficial, resulta contrario a principios y valores previstos en la carta política, (respeto a la dignidad humana v derecho al trabajo en condiciones dignas v justas) y desborda las mínimas condiciones de trato considerado y esperado en las relaciones laborales. En esas condiciones, aparece evidente el desvío de poder alegado en la demanda. Se impone, en consecuencia, revocarla sentencia del Tribunal, y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda" (Radicación número: 25000-23-25-000-2002-04391-02(0075-08)*

*No conozco el acta de recomendación v resolución de mi retiro, para saber las razones que justifican el retiro del servicio; circunstancia, que desde la perspectiva Constitucional de las altas Cortes, debe ser entendida como una flagrante vulneración al debido proceso del actor, en el entendido que no tuve oportunidad de controvertir sus razones ante la respectiva Junta. Y es que, a pesar la referida norma jurídica sigue estando vigente, su aplicación exegética o literal, en un momento dado puede generar decisiones arbitrarias frente a los administrados v por ende contrariar los postulados constitucionales.*

*(…)*

*La forma como me están retirando del servicio activo, por existir una recomendación oculta de dicha Junta y perder mi trayectoria profesional para ascenso sabiendo que cumplí a satisfacción y con excelentes resultados mi curso de ascenso, o por existir conceptos desfavorables secretos, ahora tengo que asumir una lucha jurídica que he asumido para el reconocimiento de mis derechos en un Estado Social de Derecho, se me discrimina y se me retira sin ningún miramiento Constitucional y legal, se me excluye de mis derechos por parte de la entidad accionada en forma arbitraria, discriminatoria y fraudulenta.*

*Se niegan a informarme de los actos administrativos (acta y resolución), dejándome en un plano de incertidumbre laboral, defensa, v a reconocer el debido proceso*

*Evidentemente, el Director de la Policía Nacional como dicha Junta desconocen toda mi hoja de vida como trayectoria profesional y el precedente jurisprudencial; con mi tutela amparado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en este fallo como cosa juzgada, en firme y ejecutoriedad reconozca mis derechos Y SE DÉ CUMPLIMIENTO al principio de notificación, publicidad y contradicción. Entonces, con mi tutela, solicitamos:*

*Las acciones ordinarias no ofrecen una protección efectiva a los derechos fundamentales, pues en líneas generales, ninguna de las dos posibilidades previamente planteadas (nulidad y restablecimiento del derecho ahora el proceso de ejecución) es idónea para la protección de los bienes jurídicos que se encuentran de por medio (...) pues implicaría no solo un mayor alejamiento del accionante respecto de sus compañeros de curso sino una imposibilidad de continuar de manera normal son su carrera llegar a permitir que en actividad el interesado no pueda arribar a sus aspiraciones profesionales y económicas.*

*Dejo constancia que informe en todas las instancias, que ante la eventualidad de un retiro. los efectos de una providencia favorable no pueda materializarse adecuadamente pues finalmente no se le ha permitido al interesado realizar los cursos respectivos y con ello ascender en el escalafón, de lo que colige, entonces, que la acción de tutela se constituye en el medio judicial idóneo, efectivo v oportuno con que cuenta el accionante para buscar la protección de los derechos fundamentales que considera quebrantados por las autoridades demandas..."*

*El artículo 36 del C.C.A. hoy en día artículo 47 del C.P.A.C.A. explica que los actos administrativos deben contener un mínimo de motivación que permitan dos situaciones, una, acabar con la arbitrariedad v el abuso de poder, bajo una figura que la lev se los permite, segunda que el administrado conozca las razones de su terminación con la entidad, bajo esta figura jurídica.”*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1** La presente demanda fue presentada el 27 de noviembre de 2018 (folio 58 del cuaderno principal).

**2.2** Mediante providencia del 29 de noviembre de 2018 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado (folio 60 del cuaderno principal).

1. **LA IMPUGNACIÓN:**
   1. Notificado el demandado Ministro de Defensa, Director General de la Policía y la Junta de Evaluación y Clasificación (folio 63 del cuaderno principal) el 4 de diciembre contestó manifestando lo siguiente:

*“(…) SUPUESTOS FÁCTICOS*

*PRIMERO: El Intendente Henry Fernando Marcillo Muñoz mediante Resolución número 04927 del 03 de octubre de 2018, fue retirado del servicio activo de la Institución por la causal denominada llamamiento a calificar servicios.*

*SEGUNDO: El acto administrativo en precedencia fue notificado el día 11 de octubre de 2018.*

*TERCERO: Vale la pena indicar, al despacho que el accionante se encuentra disfrutando de los TRES MESES DE ALTA, figura jurídica estatuida para los miembros de la Policía Nacional, que se les CAUSE EL DERECHO A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO o pensión para la formación del expediente de prestaciones sociales, que para el caso en estudio el ex policial, tiene tal derecho.*

*En otras palabras el señor HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ continúa percibiendo la totalidad de la remuneración devengada en actividad correspondiente a su grado, dicha afirmación se evidencia en la certificación expedida por la Tesorería General de la Policía Nacional donde se demuestra que el actor devengó para los meses de octubre y noviembre de 2018 la suma SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS TRES PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 7.817.703.45) y TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 3.179.318.58), respectivamente, es decir, se le han garantizado sus derechos fundamentales.*

*CUARTO: Según el mismo accionante, al perfeccionarse el retiro del servicio activo se están vulnerando derechos fundamentales del ex policial tales como a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital, entre otros, ante tales circunstancias acude a la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia*

*(…)*

*Lo antedicho presupone que la finalidad con que fueron previstas las causales de retiro sometidas a estudio, no es otra diferente a velar porque quienes cumplan con la labor constitucional de "mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y garantizar que todos convivan en paz", sean servidores probos, íntegros (consideraciones a tener en cuenta para el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General que se constituyen en verdaderas razones del servicio) y que si ya cumplieron con un ciclo profesional dentro de la entidad, puedan ser retirados para garantizar la promoción y renovación del personal, teniendo acceso a una contraprestación monetaria por el tiempo dedicado al servicio, como lo es la asignación de retiro (requisito para dar aplicación a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios).*

*Así las cosas, de lo expuesto con anterioridad se evidencia de manera clara y precisa que pese a conllevar el ejercicio de una potestad discrecional conferida por un mandato legal, la aplicación de las causales de retiro por Voluntad del Gobierno Nacional y por Llamamiento a Calificar Servicios, difieren sustancialmente en cuanto a su contenido, finalidad, requisitos y efectos o consecuencias.*

*De lo expuesto, resulta propio concluir que el retiro por Llamamiento a Calificar Servicios se constituye en la herramienta con que cuenta el Gobierno Nacional o el Señor Director General de la Policía Nacional, para garantizar la renovación o relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerárquicas propias del régimen especial dispuesto por mandato constitucional para la Fuerza Pública (artículos 217 y 218 CP.), desarrollado específicamente y en lo que corresponde al tema objeto de estudio (Policía Nacional) en el precitado Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003, normas que en armonía con otras disposiciones jurídicas especiales , componen el soporte para que el ejercicio de la potestad legal de retiro, guarde proporción no solo respecto a los fines de la norma que la autoriza, sino a los hechos que le sirven de causa9.*

*Frente a esta última consideración, es acertado afirmar que el presupuesto que da razón de ser a la aplicación de la mencionada causal de retiro, es como ya se dijo en líneas anteriores, el tener derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro como retribución a la labor desempeñada y al servicio prestado durante el lapso que a bien tuvo disponer el legislador, dependiendo la categoría o jerarquía en la que se encuentre el uniformado.*

*Así las cosas, la exigencia de haberse cumplido como mínimo dicho tiempo de servicio activo dentro de la Institución - circunstancia que de contera no conlleva el retiro del servidor, antes que ir en contra del funcionario de policía, constituye una limitante a la libre disposición del superior y a favor de aquel, en la medida que en tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de aquella, período que le asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a pensión de vejez.*

*De las anteriores situaciones administrativas, se vislumbran las diferencias existentes entre ellas porque el llamamiento y el retiro por la causal denominada Voluntad de la Dirección General se encuentran en contextos disímiles porque la primera procede siempre y cuando el uniformado haya cumplido el mínimo de tiempo de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro y la segunda tiene su génesis en la recomendación de retiro dada por un órgano evaluador que examina la trayectoria institucional del uniformado,'que en el caso bajo estudio, se materializó por llamamiento a calificar servicios porque al ostentar un tiempo de permanencia en la Policía Nacional por más de 23 años, tiene derecho a ser acreedor de una asignación mensual de retiro, tal y como se señaló en la Resolución N° 04927 del 03 de octubre de 2018.*

*Así las cosas, para esta Oficina Asesora resulta inexplicable como el actor pretende confundir al despacho alegando que fue retirado por la causal denominada Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, cuando la verdadera causa de su desvinculación fue por llamamiento a calificar servicio, sin que en ningún momento existiera una causa oscura, por el contrario teniendo en cuenta que el señor Intendente HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ ya cumplió el tiempo mínimo para ser beneficiario de una asignación mensual, la Institución Policial conforme a una facultad legal y objetiva decidió su retiro de acuerdo a los lineamientos establecidos por el alto órgano constitucional en la sentencia SU-091 de 2016.*

*Bajo ese contexto, resulta temeraria la acción constitucional pues el actor claramente es conocedor de la causal por la cual fue retirado, pero bajo sofismas distractores pretende confundir al juzgador alegando que su retiro fue concebido por la falsa motivación, cuestión que no tiene soporte jurídico, conforme lo explicado con anterioridad.*

*En virtud de las anteriores consideraciones, resulta incongruente todo lo alegado en el escrito de tutela, pues se itera, resulta inviable amparar los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital del actor, cuando su retiro nunca se originó por la Voluntad de la Dirección General sino por la causal de Llamamiento a Calificar Servicios, aspecto que demuestra el errado uso de la acción constitucional ante la ausencia de argumentos para cuestionar la verdadera causal de desvinculación, por consiguiente esta situación conlleva la declaratoria de improcedencia.*

*(…)*

*Dicho de otra manera, para que se pueda establecer la existencia de un perjuicio irremediable debe tenerse en cuenta la presencia concurrente de los elementos que lo configuren, como es la inminencia que requiere medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho para escapar de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos que hace evidente la necesidad de la tutela como mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales.*

*Igualmente, es menester aclarar que el accionante se encuentra percibiendo una remuneración al estar en el interregno de los tres meses de alta, tal y como se colige a continuación:*

|  |  |
| --- | --- |
| *Mes* | *Salario Devengado* |
| *Octubre-2018* | *$ 7.817.703.45* |
| *Noviembre-2018* | *$3.179.318.58* |

*Entonces, se puede afirmar sin temor a equívoco que en ningún contexto se configura la vulneración al derecho fundamental del mínimo vital, pues el actor una vez finalice el período de los tres meses de alta, empezará a devengar una asignación de retiro de carácter mensual reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), situación que oculta el actor con ánimo infundado y temerario de generar un pronunciamiento judicial errado por parte de la señora Juez.*

*Por lo anterior, no considera esta Secretaría, que frente al caso sometido a consideración de la Honorable Juez, se esté ante el acontecimiento de un perjuicio irremediable o de una amenaza inminente e INJUSTIFICADA, que amerite la procedencia de la tutela como mecanismo para acceder al reconocimiento de la pretensión solicitada por el Intendente (R) HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ, máxime cuando el mismo no ha acudido a otras vías de protección jurisdiccional que son las idóneas para resolver la litis que infundadamente se propone en la presente acción y que por lo mismo genera su improcedencia, teniendo en cuenta que ésta es un mecanismo de protección subsidiario. Además, los hechos constitutivos del perjuicio irremediable por no estar exentos de prueba, deben acreditarse con lo que en esta parte bien puede afirmarse que esa carga probatoria le incumbe al actor.”*

*4. OTRAS CONSIDERACIONES*

*Resulta pertinente aclarar al despacho judicial, que el actor acude a múltiples sofismas distractores para lograr la procedencia de sus pretensiones, entre ellos, que presentó un derecho de petición el día 30 de octubre de 2018, el cual aduce nunca fue contestado, aseveración que es falsa porque el señor Mayor Oscar Andrés Rivera Rojas en su calidad de Jefe del Grupo de Reubicación Laboral, Retiros y Reintegros de la DITAH11 mediante el Oficio No. S-2018-063347 /APROP-GRUE 1-10 de fecha 23 de noviembre de 2018, brindó respuesta al tutelante en el sentido que su retiro se configuró por la causal de llamamiento a calificar servicios por tener el tiempo mínimo de servicios para ser beneficiario de una asignación de retiro, consistente en veintitrés (23) años, un (01) mes y cero (0) días.*

*Con respecto a dicha respuesta, nótese que el Intendente (R) Henry Fernando Marcillo Muñoz no quiso notificarse personalmente porque presuntamente la respuesta dada no correspondía a la información solicitada, situación frente a la cual el estafeta (mensajero) de la Policía Nacional dejó constancia escrita, sin embargo la Institución Policial en aras de garantizar el debido proceso del accionante le notificó al mismo la referida decisión al correo "*[*cristianfer\_@hotmail.com12*](mailto:cristianfer_@hotmail.com12)*", sobre este punto, es importante aclarar al despacho que las peticiones increpadas por vía derecho de petición resultaban erradas, pues al accionante no se le podían entregar las actas de la Junta de Evaluación y Clasificación porque como se ha dado a conocer en el todo el escrito, su retiro se concibió por la causal de llamamiento a calificar servicios y no por la Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, que sí requiere de la reunión de dicho órgano.*

*Para finiquitar, la acción constitucional resulta improcedente, pues la figura del llamamiento a calificar servicios se constituye en una terminación normal de la situación administrativa laboral con la Institución, sin que la misma se constituya en un despido, exclusión, ni mucho menos un sanción generada por una investigación penal, disciplinaria o administrativa, por tal razón reitero la solicitud de denegar declarar improcedente el amparo deprecado.*

*5. PETICIÓN*

*Respetuosamente le solicito su Honorable despacho, no conceder las pretensiones incoadas en el escrito tutelar ante la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no se vislumbra la existencia de vulneración de los derechos fundamentales del Intendente (R) Henry Fernando Marcillo Muñoz.*

*Igualmente también el Director de Talento Humano contesto haciendo las siguientes afirmaciones:*

*CONSIDERACIONES FRENTE A LOS HECHOS Y PRETENSIONES INVOCADAS*

*POR EL ACCIONANTE DE TUTELA*

*En lo que concierne a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, es de indicar que el señor Intendente HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 04927 del 03 de octubre de 2018, proferida por el señor Director General de la Policía Nacional de Colombia (Encargado), por Llamamiento a Calificar Servicios, de conformidad con lo establecido en los artículos 54, 55 numeral 2 y 57 del Decreto Ley 1791 de 2000, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, los cuales expresan:*

"ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio

El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, Suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacionaf

"ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:

(...)

2. Por llamamiento a calificar servicios.

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

ARTÍCULO 57. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado

por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

"Articulo 2o. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3o del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más. por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas".

*La resolución en mención, fue notificada personalmente al accionante de tutela, el día 11 de octubre de 2018.*

*De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, vigente al momento del retiro del accionante de tutela, por la causal de Llamamiento a Calificar Servicios, este procedía previo cumplimiento de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, situación que fue tenida en cuenta, en el caso concreto del señor Intendente (R) HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ, toda vez, que al momento de su retiro por la causal en mención, acreditaba un tiempo de servicio de veintitrés (23) años y un (1) mes.*

*Por lo expuesto, no es cierto que al accionante de tutela, se le esté vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, cuando su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por la causal en mención, le generó el derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, y por ende, a la prestación de los servicios médicos por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, y bienestar social, de acuerdo al régimen especial de la Policía Nacional.*

1. **LAS PRUEBAS:**

**4.1** Copia de servicios prestados y deducciones de demandante (folio 12 del cuaderno principal).

**4.2** Extracto de hoja de vida (folio13 a 16 del cuaderno principal).

**4.3** Hoja de Vida de Marcillo Muñoz Henry Fernando (folio 17 a 21 del cuaderno principal).

**4.4** formularios de seguimiento II (folio 22 a 32 del cuaderno principal).

**4.5** oficio 009729 de 6 de julio de 2018 de la dirección General de la Policía Nacional (folio 33 a 35 del cuaderno principal).

**4.6** Copia certificación laboral (folio 35 del cuaderno principal).

**4.7** copia de portal del servicio interno. (folio 37 a 40 del cuaderno principal)

**4.8** derecho de peticion radicado el 30 de octubre de 2018. (Folio 41ª 45 del cuaderno principal)

1. **CONSIDERACIONES:**
   1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2.** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es debido proceso, defensa, igualdad, mínimo vital y peticiónn; toda vez que la entidad accionada vulnero sus derechos al proferir el acto administrativo que dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional.

Así las cosas, cabe preguntarse: **¿Se le están vulnerando los derechos fundamentales al accionante, por parte de la entidad accionada, al expedir el acto administrativo que dispuso el retiro del servicio activo de la institución?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa por las siguientes razones:

La acción de tutela tiene carácter residual o subsidiario, de modo que puede acudirse a ella a falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho. En efecto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que es el procedente; o en caso opuesto, establecer si existió o no la violación del derecho y entrar en consecuencia a tutelarlo o a desestimar la pretensión; y si el caso puede ser ventilado por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela es la más indicada para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

El numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que: “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[[1]](#footnote-1)”* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

Ciertamente, en el caso sub examine el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, pues para impugnar los actos administrativos existe otro mecanismo de defensa judicial que es la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales; igualmente puede solicitar las medidas cautelares que considere necesarias. Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

El medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado “*…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa[[2]](#footnote-2).”*

Es decir, para que proceda la tutela transitoria se requiere que el daño aún no se haya causado y que de causarse no pueda remediarse. Cabe anotar que, el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, pues según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** NIÉGUESE la Acción de Tutela impetrada por HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante HENRY FERNANDO MARCILLO MUÑOZ y al Ministro de Defensa**,** Director General de la Policía y a la Junta de evaluación y clasificacióny/o a quien haga sus veces.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JBR

1. Según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (**Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**).

   La definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional así:*“...es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. ...la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. para evitar un perjuicio irremediable cuando concurran los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (****Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.)*** [↑](#footnote-ref-1)
2. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-2)