



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, diecinueve (19) de diciembre dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08001333300620170029000
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	XAVIER ENRIQUE GAZABÓN PALMA
Demandado	Nación - Ministerio De Defensa Nacional – Policía Nacional
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por Xavier Enrique Gazabón Palma, contra la Nación- Ministerio de Defensa, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

La parte actora pretende dentro del presente proceso que se declare la nulidad del Acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2.104 del 24 de abril de 2017, la cual evaluó la trayectoria policial de Xavier Enrique Gazabon Palma y recomendó al Comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla su retiro de la institución.

Y la nulidad de la Resolución No. 0000064 de 25 de abril de 2017, por la cual se retiró del servicio activo de la policía Nacional al demandante, y en consecuencia se ordene a la accionada reintegrarlo y reincorporarlo en el cargo de patrullero, sin solución de continuidad para todos los efectos, pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde el momento del retiro.

II. HECHOS

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

-. El señor Xavier Enrique Gazabón Palma, ingresó a la Policía Nacional como patrullero el día 6 de junio de 2007 mediante Resolución No. 01853 de 5 de mayo de 2007, prestando su servicio en la ciudad de Cartagena y trasladado por las necesidades del servicio a la ciudad de Barranquilla.

- El día 6 de abril de 2017 el demandante fue capturado en el municipio de Palmar de Varela (Atlántico), por el presunto delito de hurto calificado, siendo puesto a disposición de las autoridades competentes, en donde se dictó medida de aseguramiento en su contra.
- Con disposición No. 1757 de 7 de abril de 2017 el Director General de la Policía Nacional, suspendió del servicio al demandante en aplicación a lo señalado en los artículos 50 y 51 del decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000.
- La Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes, recomendó el retiro de la institución del actor mediante acta No. 0130 MEBAR GUTAH -2.014 de 24 de abril de 2017.
- Mediante resolución No. 0000064 de 25 de abril de 2017 el comandante de la Policía de Barranquilla retira del servicio al actor por la casual "*voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional*" teniendo en cuenta la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación.

- **CONCEPTO DE VIOLACION**

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Considera que el acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2-104 de 24 de abril de 2017, transgrede las disposiciones constitucionales por cuanto se desconocieron las obligaciones contenidas en ella como son dar protección al derecho de defensa, debido proceso e igualdad, toda vez que la evaluación realizada a la trayectoria policial del demandante no se realizó de acuerdo a los postulados del decreto 1800 de 2000. Igualmente existe una violación a los referidos constitucionales por parte de la Resolución No. 0000064 de 25 de abril de 2017.

Con dicha Resolución el comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla está usurpando las funciones del Director General de la Policía Nacional, quien adoptó una decisión de suspensión de funciones y atribuciones contra el demandante por pesar una medida de aseguramiento en su contra, decisión que no podría ser revocada para efectuar el retiro del servicio por parte del comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla quien actuó como delegatario del Director General de la Policía Nacional, sino que dicha competencia la tenía éste último.

Por otro lado, encontrándose el demandante dentro de un rango de clasificación superior durante su trayectoria policial, tal como lo dispone el decreto 1800 de 2000, no debía ser retirado del servicio, sino que ameritaba ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determinara la Dirección General de la Policía Nacional.

- CONTESTACIÓN

La Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional se opone a todas y a cada una de las pretensiones, debido a que carecen de fundamento y respaldo probatorio, razón por la que debe mantenerse la legalidad del acto administrativo demandado, el cual fue expedido legalmente conforme a las normas aplicables al presente caso, y en consecuencia deben negarse las mismas.

Aduce que la causal de retiro invocada en el acto administrativo demandando es diferente a las demás que describe el estatuto de carrera para el personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, ya que cuando la causal consiste en la *voluntad del Gobierno Nacional* o del *Director General de la Policía Nacional*, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículo 2º de la ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del decreto 1791 de 2000 es necesario la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o Director General, previa recomendación de retiro realizada mediante acta por la Junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional para el caso de oficiales hasta el grado de coronel, y evaluación y clasificación para suboficiales y miembros del nivel ejecutivo. De lo que para el caso en concreto, el acto fue expedido por el señor comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla conforme al inciso 2º del artículo 4 de la ley 857 de 2003.

Frente a los hechos indica que, el actor durante su actividad institucional fue objeto de múltiples llamados de atención y para el año previo al retiro se hicieron 14 registros negativos, y que la hoja de vida fue evaluada en forma íntegra, Frente a los demás hechos manifiesta no constarle.

Fundamenta su defensa en que la decisión fue dictada por autoridad competente con la observancia de normas legales y los requisitos señalados en la misma, e indica que no señala la norma violada por los actos administrativos demandados y que frente a los procedimiento y condiciones establecidas por la norma en cita, el decreto 1800 de 2000 no son antagónicas ni difieren de aquellas a las que se refiere el decreto 1791 de 2000, toda vez que para el procedimiento discrecional adoptado por esta última, así como la resolución 0445 del 16 de abril de 2014 no se requiere sino que la Junta de Evaluación y Clasificación se reúna, valore los elementos objetivos, la razones del servicio y la hoja de vida, y de esta manera sugiera al competente tomar la decisión del retiro del servicio. Recalcando que los actos preparatorios o de trámite no requieren notificación al evaluado para aplicarle la medida discrecional.

Dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio es viable ejercer la facultad discrecional, pues su comportamiento y la evaluación de su trayectoria,

comprometió de manera grave el servicio institucional. Atentado directamente contra la misión de la policía nacional que emerge del artículo 218 del CN.

Precisa que en cuanto al hecho de haber sido retirado por el comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla, cuando se encontraba suspendido del cargo por decisión del Director General en virtud de la medida de aseguramiento proferida por una autoridad judicial con fundamento en el artículo 50 del decreto 1791 de 2000, obedeció a la potestad administradora del personal la cual es discrecional, y la suspensión constituye, por su parte, un deber que deviene como consecuencia de una situación penal ajena a la actividad administradora de la entidad. Por lo que las controversias que se pudieran surgir en virtud de la delegación no existen.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 02 de octubre de 2017, correspondiendo por reparto a este Despacho su conocimiento, siendo admitida mediante auto de 8 de noviembre de 2017, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término legal presentando excepciones de fondo, a las cuales, se dio traslado¹ mediante fijación en lista. Una vez vencido el anterior término se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial², en la que se decretaron pruebas documentales, prescindiéndose de la audiencia de pruebas y disponiendo que una vez recaudadas éstas se correría el respectivo traslado, término que una vez se venciera se dispondría de la audiencia de alegaciones y juzgamientos.

Allegadas las pruebas pendientes se dio traslado mediante fijación en lista³ del 21 de agosto de 2019, y se ordenó mediante auto⁴ de 29 de agosto de 2019, la presentación por escrito de los alegatos dentro de los (10) días siguientes. Término que se encuentra vencido.

- ALEGACIONES

Como alegato el apoderado del actor, manifiesta que en el presente proceso está claramente demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, denotando una flagrante violación debido proceso del demandante y de los derechos constitucionales a la igualdad, al trabajo, a la defensa y contradicción. Teniendo en cuenta que la Junta de Evaluación y Clasificación motivó el acto administrativo de recomendación de retiro de forma irregular y subjetiva, apartándose de los postulados constitucionales y de los

¹ Fl. 112-119 del expediente

² Acta de 2 de noviembre de 2018, folios 130-132 del expediente

³ Folios 179 del expediente

⁴ Folio 181 del expediente

pronunciamiento jurisprudenciales, tales como: las sentencias SU 091 de 2016 y SU 172 de 2015 en la que se indica la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública con la finalidad de garantizarle el debido proceso. Reiterando lo esbozado en la demanda.

Por su parte el apoderado de Nación- Ministerio de Defensa –Policía Nacional, reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda, en especial haciendo énfasis en que los presupuestos para la expedición del acto demandado están dados, encontrándose legalmente expedido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora judicial delegada para este despacho no rindió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

Esta judicatura advierte antes de resolver el fondo del asunto, que la parte actora pretende con la demanda, la nulidad del Acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2.104 del 24 de abril de 2017, de la Junta de Evaluación Clasificación, la cual evaluó la trayectoria policial de Xavier Enrique Gazabon Palma y recomendó al Comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla su retiro de la institución, por ser violatoria del debido proceso, derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, dicho acto administrativo es de los llamados autos de trámites, pues con ellos no se crea, modifica o extingue una situación jurídica al actor, por lo que no es susceptible de control judicial, siendo procedente el rechazo de demanda frente a la misma dando aplicación al artículo 169 de la ley 1437 de 2011.

Decisión que no fue proferida en la etapa procesal correspondiente, pero que no configura ninguna causal de nulidad frente a lo actuado, por lo que esta judicatura encontrándose en el estudio de fondo del presente proceso procederá a estudiar únicamente la legalidad del acto administrativo definitivo, esto es la Resolución 0064 de 2017, que dispuso el retiro del servicio del señor Xavier Enrique Gazabón Palma, también demandada, la cual definió la situación jurídica del actor respecto a su vinculación con la entidad y tiene como fundamento el acto de tramite (acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2.104 del 24 de abril de 2017, de la Junta de Evaluación Clasificación).

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar si el demandante Xavier Enrique Gazabón Palma tiene derecho a que la entidad demanda lo reintegre al cargo de patrullero sin solución de continuidad desde su retiro, en caso de que haya lugar a la declaratoria de la nulidad de la resolución 0064 de abril 25 de 2017, por haberse expedido con vulneración a derechos fundamentales al debido proceso, derecho a la defensa y contradicción, teniendo en cuenta la facultad discrecional que ostenta la Policía Nacional, para el retiro del servicio de sus agentes.

- TESIS

Para este Despacho, la decisión contenida en la Resolución 0064 de 25 de 2017 proferida en razón a la facultad discrecional de la Policía Nacional, otorgada por la Ley, cuya finalidad es el mejoramiento del servicio, se encuentra motivado en razones objetivas y hechos ciertos, con la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación, tal como lo dispone la norma vigente, encontrándose así dentro de los límites justos y ponderados, cumpliendo con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que hubo el respeto de los procedimientos previos de evaluación, y de las acciones judiciales de defensa correspondientes, por lo que no se vislumbró violación al debido proceso, ni derecho a la defensa y contradicción, al momento de su expedición.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Artículo 218 Constitución Nacional

“La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial 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. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

LEY 1791 DE 2000, MODIFICADA POR LA LEY 857 DE 2003

ARTÍCULO 62. Retiro por voluntad del gobierno, o de la dirección general de la policía nacional.

Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva. (Subrayado Del Despacho)

Artículo 22. Numeral 3.

De La Trayectoria Profesional. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

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

La corte constitucional⁵ unificó jurisprudencia y sentenció:

Siguiendo esa tesis, que hoy por hoy es mayoritaria en el Consejo de Estado 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.

64. 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 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.

66. 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 esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer 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:

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU 053 DE 2015

- i. *Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse 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.*
- ii. *La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.*
- iii. *El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.*
- iv. *El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. 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 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.*
- v. *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.*
- vi. *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.*
- vii. *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.*

*De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la **Sentencia SU-556 de 2014**, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución.*

Posteriormente la misma Corporación, precisó⁶:

"En cuanto al fundamento jurídico que da soporte a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección de la Policía Nacional el mismo se encuentra contenido en los artículos 7 y 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003 para el caso de Oficiales y Suboficiales y por los artículos 54 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 7797 de 2000 para el caso del personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, extractos normativos que permiten al Ejecutivo y a la Dirección General de la Policía Nacional, utilizar este mecanismo para hacer efectivo el buen servicio público que debe prestar la Policía Nacional, dando de esta manera cumplimiento expreso a lo previsto por la Constitución Política en su artículo 278, respecto al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de que los habitantes de Colombia convivan en paz, que no son más que verdaderas razones del servicio.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia su -091 de 2016,

En ese entendido prosigue: (...) "el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro.

Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; (h) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; del retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple o cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentre justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y por tanto, del interés general; (y) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza o causar una asignación de retiro"⁷.

Lo anterior bajo el entendido de que la administración goza de una discrecionalidad relativa, lo que significa que está sujeta a los límites que fijan la ley y la Constitución, impidiendo así la posibilidad de adoptar decisiones administrativas injustificadas y arbitrarias; esta posición se encuentra fundada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (antes artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo) en virtud del cual: *"En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa"*⁸.

Por último dispuso⁹:

"Por otro lado, y con respecto a los estándares mínimos de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional, propuso esta Corporación, recientemente 817 sentencia SU-772 de 2015, lo siguiente: (i) se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos; (ii) la motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; (iii) el acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución, esto es, el mejoramiento del servicio; (iv) el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional; (v) la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y los cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la

⁷ Corte Constitucional, sentencia CSU 0091 DE 2016

⁸ ibidem

⁹ ibidem

arbitrariedad; (vi) el afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro, por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado; (vii) si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado; (viii) si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos."

Ahora bien, por otro lado, pero en el mismo sentido el Consejo de Estado, en relación con la desvinculación de integrantes de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, la Sección Segunda, dijo en sentencia del 25 de noviembre de 2010:

"(...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad (...)"

En cuanto al normal o buen desempeño de los miembros de la Policía Nacional en sus cargos, la misma Sección Segunda de esta Corporación ha dicho:

"Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

En el caso de la Policía Nacional, como en el de otras instituciones de seguridad nacional, el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, que implican que los altos mandos puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, lo cual justifica que bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad el nominador pueda ejercer la facultad de libre remoción¹⁰.

En ese orden de ideas, la Sala afirma que aparte de la consideración de la hoja de vida del actor, en la que si bien, la gran mayoría, de anotaciones pudieron ser positivas, no es una garantía de estabilidad o inamovilidad del uniformado, puesto que, es lo mínimo esperado en su desempeño normal, es decir, que tenga un comportamiento ejemplar que no necesite alguna anotación negativa en su hoja de vida."

Así mismo, la Sección Segunda de la misma Corporación sentenció:

"En cuanto a esta objeción lo primero que se debe advertir es que tal como lo ordena el artículo 278 de la Carta Política¹¹, es por ministerio de la ley que se debe organizar el cuerpo de Policía, con el fin primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas como también asegurar que los habitantes del territorio nacional convivan en paz. Por tanto, para hacer efectiva la referida misión constitucional que le asiste a la Policía como garante de un orden justo, se requiere de la existencia de ciertas

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección 3, rad. 2001-03004-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Constitución Política. Artículo 218. «La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial 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. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario»

facultades que deben propender por obtener un mejor servicio y que es necesario radicar en sus máximas autoridades.

Entre esas potestades se encuentra el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional; que se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal, con el objeto principal de velar por la seguridad ciudadana. Lo anterior, sin olvidar que la discrecionalidad del retiro del servicio, encuentra su regla y medida en la razonabilidad, que a su vez implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados¹².

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, el actor a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita la nulidad de la Resolución No. 00064 de 25 de abril de 2017, mediante el cual se dispuso el retiro del actor, previa recomendación de la Junta de Valoración y Clasificación, por ser expedida transgrediendo el debido proceso, el derecho a la defensa y de contradicción.

-Hechos Probados

-. Que el día 24 de abril de 2017 se realizó la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes y en ella se recomendó el retiro por voluntad de la Dirección General del PT Gazabon Palma Xavier Enrique, quien fue dado de alta como patrullero mediante Resolución No. 04853 del 5 de mayo de 2007, prestando su servicio a la Institución por nueve (9) años cuatro (4) meses¹³.

-. En dicha Junta se indicó que fue evaluado el desempeño del demandante para los años 2015 y 2016, revisando los formularios de evaluación. Para esa época era integrante de Patrulla adscrito al cuadrante 6-12-1, Estación de Policía los Almendros del Distrito de Policía No. 6 Municipio de Soledad. Observándose que para el año 2016 registra anotaciones de niveles de ineficiencia e incumplimiento de la prestación integral del servicio de policía, que le corresponde ejecutar con los compromisos adscritos como miembro de la institución. Los cuales son descritos a folio 25-26 y *rev.*

-. Asimismo, se evaluó el comportamiento del señor Gazabon Palma Xavier Enrique por medio de los informes allegados a la oficina de atención OAC- MEBAR, la oficina de control interno disciplinario y lo comunicado en sitios web, los cuales hicieron apología a la mala conducta afectando de esta manera la imagen institucional, como llegadas tardes, trato descortés y desafiante con su superiores, desatención al llamado de la comunidad, y captura en flagrancia por el punible de hurto calificado en el municipio de Palmar de Varela.

¹² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, 16 de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-25000-2011-00580-00(2228-11)

¹³ Acta -0130- MEBAR- GUTAH-2.104 Folio 21-29 del expediente

Por lo que en fundamento de los artículos 2 y 218 del Constitución Nacional, en razón al cumplimiento misional de la institución, por consentimiento unánime consideraron viable recomendar al Comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla, el retiro del patrullero, por causal de *Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional* tal como se estableció en el acta 130 MEBAR GUTAH 21.04¹⁴.

-. Que mediante Resolución 00064 de 25 de abril de 2017, se retiró del servicio al señor Xavier Enrique Gazabon Palma, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, por razones del servicio y en forma discrecional, con fundamento en la recomendación dispuesta en el acta elevada por la Junta de Evaluación y Clasificación No. 0130- MEBAR-GUTAH- 2.104 de 24 de abril de 2017¹⁵. Decisión notificada personalmente el 3 de mayo de 2017.

-. Que en los antecedentes administrativo se observó que el señor Gazabon Palma Xavier Enrique cumplió con los requerimientos para ser parte de la Policía Nacional¹⁶

-.En los formularios de seguimiento y evaluación de los años 2007 a 2017¹⁷ el despacho encuentra acreditado que:

Año 2007 una clasificación superior, sin anotaciones negativas.

Año 2008 una clasificación superior con una (1) anotación negativa y 2 afectaciones (conductas negativas).

Año 2009 una clasificación superior con una (1) afectación por llegar con aliento alcohólico.

Año 2010 una clasificación superior, sin anotaciones negativas, una (1) afectación negativa.

Año 2012 una clasificación superior, sin anotaciones negativas, no afectaciones.

Año 2014 una clasificación superior, sin anotaciones negativas, no afectaciones.

Año 2015 una clasificación superior, una (1) anotación negativa por no llevar los controles EVA obligatorios

Año 2016 una clasificación superior, cuatro (4) anotaciones negativa por no llevar los controles EVA obligatorios, cuatro (4) llamados de atención por el incumplimiento de estrategias, por mala presentación y trato a sus superiores, llegadas tardes, falta de colaboración en el trabajo en equipo, desatención del llamado de la comunidad. Se realizaron cuatro (4) registros como medida preventiva para encauzar la disciplina "llamado de atención" que no genera antecedentes administrativos, pero su reincidencia puede ocasionar acciones disciplinarias. Se hace anotación de su

¹⁴ Folio 21-29 del expediente.

¹⁵ Folio 32 a 36 del expediente

¹⁶ CD QUE OBRA FOLIO 106, contentivo de archivos en PDF

¹⁷ CD que obra a folio 153, 155, folios 157 a 176

falta de interés por no realizar la capacitación del curso virtual del Código de Policía Nacional.

Año 2017 reporta un llamado de atención por llegar tarde sin justificación, por falta de compromiso e incumplimiento de metas. Se hizo el quinto (5º) registro de medida preventiva, llamado de atención por negligencia y falta de interés. Se hace anotación de la suspensión de la ejecución de funciones y atribuciones en razón a la Resolución 1757 de 21 de abril de 2017 y Resolución 0288 de 23 de mayo de 2017 de Destitución del cargo por falta disciplinaria (conducta descrita en la ley como delito).

Análisis Crítico de las Pruebas Frente al Marco Jurídico

Una vez observadas y analizadas las pruebas obrantes en el proceso, el Despacho estableció que el comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla en el uso de sus facultades por atribución legal y de conformidad con la resolución No. 01445 de 16 de abril de 2014 emanada de la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia, al momento de expedir el acto administrativo acusado Resolución No. 00064 de 25 de abril de 2017, lo hizo en debida forma, toda vez que ejerció la facultad discrecional otorgada por Ley para el retiro del agente de la entidad, con previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación, tal como se encuentra acreditada con el acta No. 0130 MEBAR- GUTAH 2.104 de 24 de abril de 2017.

Por lo que no es dable afirmar que en ésta, hubo una violación al debido proceso por no haber tenido en consideración las evaluaciones realizadas al actor durante los años de servicio, pues en observancia al acervo probatorio quedó acreditado que la Junta tuvo en cuenta la conducta y el comportamiento del señor Gazabon Palma Xavier Enrique para el año 2016 haciendo una descripción de cada una ellas, así como en el año 2017, incluyendo su presunta participación del delito de hurto calificado, el cual generó la suspensión del cargo al recaer sobre éste una medida de aseguramiento, puesto que fue capturado en flagrancia. Es menester precisar que como se adujo en cuestiones previas esta acta es un acto administrativo de trámite, el cual no es susceptible de control judicial, sin embargo es un requisito previo para la decisión de retiro del servicio del agente de policía, y en ella se encuentran expuestas las razones para la recomendación de retiro.

Así mismo, revisada las evaluaciones del actor entre los años 2007 a 2017, esta judicatura encuentra que desde su ingreso tuvo varias anotaciones tanto positivas como negativas como positivas, sin embargo, las anotación positivas no son una garantía de estabilidad o inamovilidad del uniformado, puesto que, es lo mínimo esperado en su desempeño normal, es decir, que tenga un comportamiento ejemplar que no necesite alguna anotación negativa

en su hoja de vida, de acuerdo a lo considerado por el Consejo de Estado, previamente expuesto.

Es menester indicar que en virtud de la sentencia SU 053 de 2015 la Corte Constitucional, señaló que no es necesario que el acto acusado, esté motivado en el sentido de exponer las razones, para efectuar el retiro del servicio por voluntad de la Dirección de la Policía Nacional, debido a que ésta es en razón a la facultad discrecional otorgada por la Ley. No obstante es necesario que la motivación del mismo se sustente en razones objetivas y hechos ciertos, y exista la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación, tal como lo dispone la norma vigente, y como en efecto se observó en el presente caso. Encontrando así, que tanto el acta expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación tiene una exposición clara de las razones de tipo objetivas para la recomendación de retiro, como la misma Resolución que ordena dicho retiro, cuya motivación es lo expuesto en dicha acta.

Decisión que para este Despacho, se encuentra dentro de los límites justos y ponderados, en observancia a los fines del estado y a la misión de la institución policial conforme lo dispone el artículo 218 de la Constitución Política, cuya finalidad es el mejoramiento del servicio. Cumpliendo de esta manera con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad que para el presente caso es verificable a través *i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes*¹⁸.

De otro lado, el acta levantada por la Junta de Evaluación y Clasificación, se puso a disposición del afectado, una vez notificado el acto administrativo de retiro, para que sirvan de base al momento de evaluar, si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad, de conformidad con lo señalado por la Ley y la Corte Constitucional, cumpliendo con el debido proceso, para el presente caso.

Ahora bien, respecto de la falta de competencia alegada, se precisa que es el Comandante de la Policía quien debe expedir el acto de retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, toda vez que la recomendación de la Junta de Clasificación y Evaluación va dirigida a él, y está facultado en virtud del artículo 55 numeral 6 del decreto 1791 de 2000, artículo 4 de la ley 857 de 26 de diciembre de 2003 y la Resolución 01445 de 16 de abril de 2014 emanada por la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia. Y en lo referente a la suspensión del cargo por la medida de aseguramiento decretada contra el actor, no tiene incidencia respecto al retiro discrecional pues estamos frente a dos situaciones administrativas distintas y la competencia no se ve afectada.

¹⁸ Sentencia SU 053 DE 2015

Por todo lo anterior, es claro que en el sub lite, no se encontró configurado la aducida violación del debido proceso, ni la falta de competencia. No logrando demostrar así, por parte del actor, la existencia de algún vicio que afecte la validez del acto administrativo acusado y su expedición esto es Resolución No. 00064 de 25 de abril de 2017.

Por las anteriores razones las súplicas de la demanda serán denegadas, declarándose así mismo, inepta demanda respecto a la pretensión nulidad del Acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2.104 del 24 de abril de 2017, de la Junta de Evaluación Clasificación, por ser un acto de trámite, el cual no es susceptible de control judicial.

- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida, teniendo en cuenta que no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE inepta demanda respecto de la pretensión de nulidad del Acta No. 0130 MEBAR – GUTAH 2.104 del 24 de abril de 2017, de la Junta de Evaluación Clasificación, por ser un acto de trámite, el cual no es susceptible de control judicial. De conformidad con lo considerado en las *cuestiones previas*.

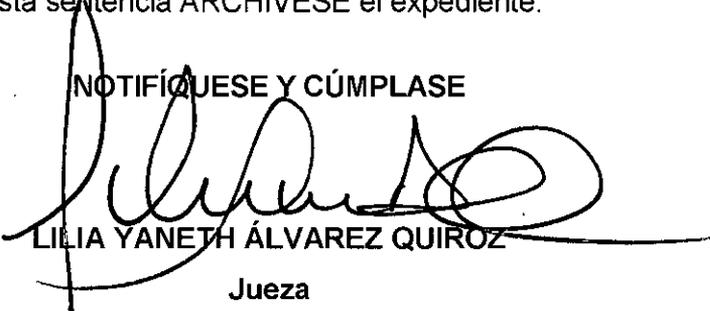
SEGUNDO: DENÍEGUESE las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A. y C.A.

QUINTO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

Jueza

