

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020).

Expediente : **11001-3342-046-2017-00288-00**
Demandante : **JOSE ALEJANDRO MELO PINZON**
Demandado : **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
POLICIA NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor José Alejandro Melo Pinzón, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.42-62 y 160-202).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del oficio S2016 19622 DIPON DITAH de 18 de julio de 2016.

Se declare la nulidad de las Actas 002 ADEHU GRUAS 2.25 de 18 de junio de 2016, 001 ADEHU GRUAS 2.25 de 27 y 28 de junio de 2016 y 014 ADEHU GRUAS 2.25 de 17 de julio de 2016.

Se declare la nulidad del Acta No. 001 – APROP-GRURE-2-22 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional de 16 de enero de 2017.

Se declare la nulidad de la Resolución 1947 de 27 de marzo de 2017, por medio de la cual, se retira del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, al señor Francisco Javier Gutiérrez Chaves.

A título de restablecimiento del derecho solicita "... reintegrar al señor Mayor José Alejandro Melo Pinzón al servicio activo de la Policía Nacional, con la misma

antigüedad y precedencia en el escalafón de oficiales que tenía al momento de su retiro.

Declarar que el señor José Alejandro Melo Pinzón ha superado la trayectoria personal, policial y profesional necesaria para el ascenso al grado inmediatamente superior de acuerdo a las pruebas documentales que demuestran tal situación.

Convocarlo a realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel, denominado "academia superior de Policía.

Se ordene (...) elaborar nuevas actas de cada cuerpo colegiado en el que indiquen que el señor Melo Pinzón supera ampliamente los requisitos para concursar previo para asistir al concurso reglamentario y su posterior ascenso con la fecha fiscal, prelación y antigüedad frente a sus compañeros del curso que le corresponde (...)

Ascenderlo al grado de teniente coronel, y a los grados que hayan obtenido sus compañeros de curso conservando siempre la misma precedencia en el escalafón de oficiales de la Policía Nacional, que tenía al momento de la primera evaluación de su trayectoria profesional y personal.

Pagar la totalidad de los haberes dejados de percibir desde la fecha que debió producirse su ascenso al grado de teniente coronel (...)

Pagar una indemnización equivalente a la totalidad de los haberes dejados de percibir desde la fecha de la notificación de su retiro (...)

Se declare que no ha habido solución de continuidad y que así se haga constar en su hoja de vida.

Que se ordene que las sumas que se reconozcan como indemnización no se descuente suma alguna, de igual manera que no se haga doble erogación por concepto de pago de cuota a CASUR y a los servicios médicos de sanidad.

Que todos los pagos que se ordene hacer a favor del actor, le sean cubiertos en moneda de curso legal en Colombia, ajustando su valor con base en el índice de precios al consumidor (...)

Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente proceso, en la forma y términos señalados en el CPACA."

1.3 Hechos.

Relata el demandante que se vinculó a la Policía Nacional el 9 de julio de 1996, con un tiempo total de servicios de 20 años, 5 meses y 7 días.

Mediante acta de 16 de enero de 2017, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, recomendó el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Mayor José Alejandro Melo Pinzón.

Por Resolución 1947 de 27 de marzo de 2017, se retiró del servicio activo de la Policía Nacional "por llamamiento a calificar servicios" al demandante.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 6, 13, 29, 47, 53, 83, 216, 218 y 220; Decretos 1791 de 2000 y 1800 de 2000 y Ley 857 de 2003.

Manifiesta que la entidad saltó todos los protocolos constitucionales y legales, pues según considera, para la expedición del acto de retiro, *"se motivó pero con más de lo necesario y con una composición gramatical que la hace inteligible... este anormal comportamiento, el motivar producir el acto complejo con ese exceso de motivación, además de violar los derechos del actor, constituye un acto de temeridad y mala fe..."*

Afirma que, en el proceso de evaluación de la trayectoria del actor, los integrantes de las juntas, excedieron el ámbito de sus competencias, pues con la motivación del acto complejo, hay una extralimitación en el ejercicio de sus funciones, generándose una evidente nulidad.

Argumenta que, la decisión tomada en cada una de las juntas, de las que no conoce su contenido, obedeció a conceptos desfavorables de algunos oficiales, situación que vislumbra un abuso o desviación de poder. Además, señala que, no se evidencia el más mínimo indicio penal, disciplinario, laboral o ético que argumentara el no llamamiento a curso de capacitación para ascenso.

1.5 Contestación de la demanda.

La Policía Nacional, mediante apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirmando que el proceso de selección que culminó con el no llamamiento a calificar servicios, está contenido en los decretos 1791 y 1800 de 2000, que trae consagrada una facultad discrecional, de acuerdo a las necesidades del servicio, potestad que no significa arbitrariedad, sino de obrar razonablemente haciendo un estudio cuidadoso de las condiciones profesionales, morales e intelectuales de cada uno de los convocados por cumplir con el requisito inicial del tiempo en el grado que se ostente, requisitos que se evalúan de conformidad con la disponibilidad de vacantes, con el escalafón del grado y con las precedencias de los demás miembros aspirantes al ascenso; *"además tratándose de ascenso al grado de teniente coronel, al cual aspiraba el demandante, la ley establece en favor de la administración, la discrecionalidad de escoger libremente entre los mayores que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas*

en el decreto de carrera que regula al personal uniformado al servicio de la institución”.

Asegura que, la trayectoria profesional, policial y personal que aduce el actor, calificada en nivel superior, durante la prestación de su servicio y durante su permanencia en el grado de Mayor, no implica que obligatoriamente deba ser promovido o ascendido.

Por último, destaca que su representada no ha violentado, transgredido o amenazado el derecho al debido proceso del actor, teniendo en cuenta, que en cada una de las actuaciones surtidas, se cumplieron con las exigencias previstas en la norma, sin obviar ni pretermittir etapas o procedimientos, por tanto, los actos acusados están amparados de presunción de legalidad.

1.6 Audiencia inicial

El 18 de octubre de 2018, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de pruebas. No obstante, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el auto que denegó el decreto de unas pruebas documentales, por tanto, se surtió el mismo ante el superior. Resuelta la decisión por el Tribunal administrativo, se fijó fecha y hora para continuar con el trámite de la audiencia de pruebas, diligencia que se celebró el 12 de diciembre de 2019, en la cual, se cerró el periodo probatorio y se concedió un término de 10 días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

La entidad demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Se circunscribe a dilucidar, si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al servicio activo de la Policía Nacional con la misma antigüedad y precedencia en el escalafón de oficiales que tenía al momento del retiro y, al reconocimiento y pago de todos los haberes salariales y prestacionales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo retirado del servicio.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Hoja de vida del señor Melo Pinzón (fs.20-26).
- ✓ Resolución No. 3280 de 7 de junio de 2017, por la cual, se reconoce y ordena el pago de asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 70% al señor Melo Pinzón José Alejandro (fs.27-28).
- ✓ Acta 02-ADEHU-GRUAS-2.25 de 18 de junio de 2016 expedida por la junta de evaluación y clasificación para oficiales de la Policía Nacional, por la cual, se estudia la trayectoria profesional de mayores de la Policía, entre otros (fs.83-85).
- ✓ Acta 01-ADEHU-GRUAS-2.25 de 27 de junio de 2016 expedida por la junta de generales de la Policía Nacional, por la cual, se propone seleccionar o no ante la junta asesora del ministerio de defensa para la policía nacional, entre otros, a un personal de mayores aspirantes a realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso (fs.87-89).
- ✓ Continuación Acta 01-ADEHU-GRUAS-2.25 de 28 de junio de 2016, por medio de la cual, acordó no seleccionar, entre otros, al señor mayor Melo Pinzón José Alejandro, para que presente el concurso previo al curso de capacitación para ascenso "academia superior de policía" (fs.93-94).
- ✓ Acta 014-ADEHU-GRUAS-2.25 de 17 de julio de 2016 expedida por la junta asesora del ministerio de defensa para la policía nacional, con el fin de recomendar al gobierno el nombre de un personal de tenientes coroneles para que realicen los cursos reglamentarios para ascenso, y mayores para que presenten el concurso previo, en la que se acordó no recomendar, entre otros, el nombre del señor mayor Melo Pinzón José Alejandro (fs.97-101).
- ✓ Oficio No. S-2016 196222 / DIPON-DITAH-1.10 de 18 de julio de 2016, por medio del cual, se le comunica al señor Melo Pinzón, que las juntas acordaron, no selecciona y no recomendar su nombre, para presentar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso (fl.103).
- ✓ Acta 01-APROP-GRURE-3.22 de 16 de enero de 2017 proferida por la junta asesora del ministerio de defensa nacional para la policía nacional, por la cual, se consideró, entre otras, recomendar el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor mayor José Alejandro Melo Pinzón (fs.107-114).

- ✓ Resolución No. 1947 de 27 de marzo de 2017 por la cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional "por llamamiento a calificar servicios", al señor Mayor José Alejandro Melo Pinzón (fs.119-121).
- ✓ Oficios Nos. 041133, 040898, 041753 de 9 y 11 de octubre de 2017, 038689 y 039471 de 25 y 29 de septiembre de 2017 respectivamente, 042011 de 13 de octubre de 2017, 007080 de 22 de marzo de 2017 y 006720 de 17 de marzo de 2017 (fs.206-227).
- ✓ Oficios Nos. 062806, 062972, 042197 de 16, 17 y 21 de octubre de 2019 respectivamente (fs.347-355).

2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Naturaleza de la Policía Nacional

La existencia del contrato social impone tanto al ciudadano como al Estado unos deberes y unos derechos, para este último, una de las obligaciones que emerge de dicho vínculo es la de brindar protección a los ciudadanos. En efecto, el artículo 2º de la Constitución Política estipula como fines esenciales del estado la protección a *todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades*, de lo que se infiere que para el cumplimiento de dicho fin el estado debe contar con instituciones que a través de la autoridad (fuerza) ejecuten las acciones pertinentes que permitan garantizar el mencionado propósito.

Así, el Constituyente de 1991 dispuso en su artículo 218 de la Constitución Política que la Policía Nacional tiene como fin "*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*", por tal razón, la *ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario*.

Con el fin de regular el régimen disciplinario, de carrera y prestacional, el legislador y el Gobierno Nacional, han expedido una serie de normas, entre las que se destacan los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y 1791 de 2000, en las cuales se ha determinado los grados de los miembros de la Policía, las formas de ingreso, ascenso, retiro y demás aspectos de la carrera policial.

Dado que en el presente proceso se debate la legalidad de un acto administrativo de retiro del servicio, el despacho se detendrá sólo en el análisis normativo respecto de dicho aspecto de la carrera policial, atendiendo a la multiplicidad normativa ya indicada.

Del retiro del servicio

Sea lo primero indicar que el retiro del servicio es aquella figura por medio de la cual los miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesan en la prestación de servicios por haber incurrido en alguna de las causales previstas en la ley para tal efecto.

El Decreto 1212 de 1990¹, en sus artículos 111, 112 y 115 regula aspectos relacionados con el retiro del servicio de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, disponiendo lo siguiente:

***“Artículo 111. RETIRO.** Retiro de la Policía Nacional es la situación en que por disposición del Gobierno para oficiales a partir del grado de coronel o por resolución ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, sin perder su grado policial, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamientos especial al servicio o movilización.*

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la junta asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, e inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

Parágrafo. Los retiros por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno para oficiales, se dispondrá en todos los casos por decreto del Gobierno Nacional.

***Artículo 112. CAUSALES DE RETIRO.** El retiro del servicio activo de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, se clasifica según su forma y causales, así:*

a. Retiro temporal con pase a la reserva.

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de general*
- 3. Por llamamiento de calificar servicios.*
- 4. Por voluntad del Gobierno para oficiales, o de la dirección general para suboficiales*
- 5. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
- 6. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial*
- 7. Por incapacidad profesional*

¹ “Por la cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”.

8. *Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.*

b. *Retiro absoluto:*

1. *Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez.*
2. *Por conducta deficiente.*
3. *Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los oficiales y cincuenta y cinco (55) años los suboficiales.”*

(...)

Artículo 115. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO. *Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, según el caso, después de haber cumplido quince años de servicio, salvo lo dispuesto en el Artículo 129 de este decreto.*

(...)”.

Posteriormente, el artículo 57² del Decreto 1791 de 2000 y el artículo 3^{o3} de la Ley 857 de 2003, contemplaron, al igual que la norma precitada, los requisitos para efectuar el retiro del servicio para el personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, advirtiendo que para que proceda dicha causal deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Que el oficial tenga un tiempo de servicios superior a 15 años y, b) concepto previo de la junta asesora del ministerio de defensa para la Policía Nacional.

Motivación del acto administrativo de retiro

Como se denotó con anterioridad, el retiro por llamamiento a calificar servicios no es otra cosa que la facultad discrecional que tiene el Gobierno Nacional o el comandante de la Fuerza para de retirar del servicio a los miembros de la fuerza pública, previamente el cumplimiento de los requisitos fijados en la Ley. De manera que por tratarse de una facultad discrecional es innecesaria la motivación del acto administrativo de retiro del servicio.

El artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que los actos administrativos discrecionales, por un lado, deben adecuarse a los fines de la norma que los autoriza. Y, de otra parte, debe existir proporcionalidad de los hechos que lo causan.

² “ARTÍCULO 57. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio.”

³ “Artículo 3°. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.”

La precitada norma denota que, en este caso, la discrecionalidad recae sobre la potestad o sobre el acto administrativo⁴, quedando allí claro, que se trata de una facultad otorgada al nominador para cuando por razones del servicio, previa autorización de la Junta de Asesora de Ministerio de Defensa, se hace necesario del mismo a un miembro de la Policía Nacional.

El llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido, ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han determinado como el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no es una potestad arbitraria, pues debe fundarse, además en la buena prestación del servicio, en criterios de razonabilidad y racionalidad. Por ello, es imprescindible para que la administración pueda hacer uso de dicha facultad, debe efectuar un análisis detallado de la trayectoria profesional y de la hoja de vida del policial a retirar.

En otrora, el ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio por "llamamiento a calificar servicios" se tornaba en arbitrario, pues se entendía que el acto administrativo no debía motivarse⁵; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-172 de 2015⁶, concluyó 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".

De esta manera, el máximo Tribunal Constitucional impuso un límite sustancial respecto de la facultad discrecional para retirar del servicio a los miembros de la

⁴ Al respecto Marín (2012) advierte que "... es la competencia administrativa la que puede calificarse como discrecional, habida cuenta que el acto es apenas un instrumento a través del cual aquella se concreta, y como tal dicho acto "no es ni discrecional, ni no discrecional", esta naturaleza la tendrá la competencia administrativa", en *Discrecionalidad Administrativa*, reimpresso 2012, Bogotá, Universidad Externado, Pág. 643.

⁵ Postura adoptada por el Consejo de Estado, entre otras providencias, en sentencia de 17 de junio de 1999, C.P. Silvio Escudero Castro, radicado interno No. 14686, Actor: Alonso Moscoso Castillo.

⁶ Sentencia de 16 de abril de 2015, Ref. Exp. No. 4.076.348.

Fuerza Pública. Pese a la existencia de un requisito previo - límite formal -, como lo era la autorización previa o la recomendación de la Junta Asesora, la carencia de motivación en muchas ocasiones resultaba siendo un argumento mayor para convertir dicha potestad en arbitraria.

La Corte Constitucional en sentencia SU-091 de 2016 unificó criterios respecto del llamamiento a calificar servicios. En dicha oportunidad, la Corte, luego de establecer las diferencias entre el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios respecto del retiro por voluntad del Ministerio de Defensa, de la Dirección General o del Comando, respectivamente; determinó que los actos administrativos por retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no requieren motivación, dada su naturaleza.

En efecto, en dicha oportunidad la Corte precisó que el llamamiento a calificar tiene como finalidad la renovación del personal de las Fuerza Pública, constituyéndose en la herramienta que permite el relevo en beneficio del mejoramiento y la excelencia institucional. Asimismo, ratificó que la motivación expresa del llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la figura del llamamiento a calificar servicios. De este modo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional refirió que el acto de llamamiento a calificar servicios, no requiere motivación adicional a la extra textual, es decir, a la determinada en la Ley, cual es, el mejoramiento del servicio y la renovación del personal.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditado que el señor José Alejandro Melo Pinzón, prestó sus servicios a la Policía Nacional por un periodo de 20 años, 5 meses y 7 días, siendo su último grado el de Mayor.

Mediante Resolución No. 1947 de 27 de marzo de 2017, el Ministro de Defensa Nacional, retiró del servicio activo de la Policía Nacional "por llamamiento a calificar servicios", al Mayor José Alejandro Melo Pinzón, retiro que fue recomendado por la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, mediante Acta No. 001 – APROP-GRURE-3.22 de 16 de enero de 2017.

El demandante afirma que los actos acusados desconocieron el derecho al debido proceso e incurrieron en falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia y expedición irregular.

En lo que refiere al cargo de falta de competencia, es pertinente indicar que, el artículo 1º de la Ley 857 de 2003, determina que el retiro de los oficiales de la Policía Nacional, se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

En virtud de lo previsto en el artículo 1º de la citada ley, el presidente de la República expidió el Decreto 1338 de 2015, que en su artículo 7º, se delegó al Ministro de Defensa Nacional, entre otras, la facultad para “retirar del servicio activo al personal de oficiales correspondiente a los grados de subteniente a teniente coronel de la Policía Nacional, inclusive...”.

Conforme a lo anterior, y atendiendo que, la Resolución No. 1947 de 27 de marzo de 2017, por la cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional, “por llamamiento a calificar servicios” al señor José Alejandro Melo Pinzón, fue proferida, por el Ministro de Defensa Nacional, en uso de las facultades legales conferidas por el artículo 1º de la ley 857 de 2003, en concordancia con el artículo 7º del decreto 1338 de 2015, infiriéndose que aquella fue proferida por el funcionario competente, de manera tal, que el cargo por falta de competencia deberá desestimarse.

En lo que refiere a la expedición irregular, encuentra el despacho que los argumentos expuestos por el actor no son de recibo, pues afirma que, la evaluación de la trayectoria profesional y policial en el año 2012, no cumplió las disposiciones constitucionales y, que el retiro recomendado en el acta 005 ADEHU APROP GRUE 3-22 de 19 de febrero de 2015, no fue comunicado al actor, argumentos que carecen de validez, comoquiera que en primer lugar, la evaluación de la trayectoria profesional no fue efectuada en la fecha indicada por el demandante, según se constata del acta 002-ADEHU-GRUAS-2.25 de 18 de junio de 2016, además no indica que tipo de disposiciones fueron incumplidas y, en segundo lugar, el acta que aduce, recomendó su retiro, no coincide con el acta que realmente, recomendó tal actuación, por tanto, denota el despacho que es un error de transcripción, razón por la cual, dichos argumentos no pueden considerarse válidos en lo que al cargo de expedición irregular respecta, pues según se evidencia, se trata de un proceso diferente que quizás esté adelantando el apoderado de la parte actora.

Ahora bien, es preciso señalar que el demandante con anterioridad a los hechos que dieron origen al retiro del servicio, tuvo calificaciones superiores, como se evidencia en los formularios de evaluación y seguimiento para los años 2012 a

2015⁷. Sin embargo, ello no implica límite alguno a la facultad discrecional que tiene el Gobierno Nacional para retirar al personal de Oficiales de la Policía Nacional, ya que como bien lo ha reiterado la jurisprudencia, *“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”*.

Así, se evidencia que el servicio prestado por el demandante era eficiente; sin embargo, su no continuidad se debió a factores relacionados con la estructura piramidal de la entidad, razones de conveniencia institucional y a las necesidades del servicio, sin que ello implique sanción alguna de un lado, o la obligación necesaria e indiscutible de llegar a los más altos rangos, de tal suerte que, si bien por derecho debería ser así, por discrecionalidad no lo es. Allí influyen otras circunstancias que son de la esfera y el resorte del Ejecutivo y cuya aplicación en manera alguna implica arbitrariedad dada la naturaleza del cuerpo armado al que pertenece el actor.

Debe recordarse 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 de los deberes por parte del funcionario. Se puede decir en el mismo sentido que por el hecho consistente en las buenas calificaciones y trayectoria en la entidad demandada del actor, él tiene un derecho de estabilidad.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles. En ese orden, se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley.

Ello implica que la discrecionalidad no opera de manera idéntica, cuando hay lugar a ello, en tratándose de un empleo público de carácter civil, que de naturaleza militar, por tratarse de un cuerpo armado de estructura piramidal no deliberante es decir que no se puede reunir fuera del orden de la autoridad legítima, sus miembros no pueden sufragar mientras estén activos en el servicio y en ningún caso pueden intervenir en actividades de partidos políticos; obligada a la noción de obediencia

⁷ Visible en medio magnético CD (fl.47)

debida; es decir, los miembros de grados inferiores deben siempre obedecer las órdenes de su superior inmediato (sólo en el caso de la fuerza pública, nunca en el de los civiles); sin embargo, las órdenes que vayan en contra de los derechos humanos pueden ser alegadas por el subalterno. Precisamente estas distinciones y diferencias se complementan con el fuero militar de que gozan; es decir, ésta no responde ante la justicia penal ordinaria, sino que lo hace ante los tribunales militares.

Sobre el punto en comento, es preciso indicar que los miembros de la Policía Nacional están investidos de autoridad⁸, por ello, la sociedad exige respecto de aquellos, un mayor compromiso frente al cumplimiento de la ley y la constitución, luego entonces, cualquier comportamiento de aquellos que sea contrario al ordenamiento jurídico, merece un mayor juicio de reproche institucional, judicial y social, dada la naturaleza de dicha institución.

En este orden de ideas, encuentra el despacho que, con la expedición del acto que retiró del servicio activo al actor, la entidad accionada cumplió con los requisitos objetivos señalados en la ley. Es decir, la existencia de una recomendación de retiro de la Junta Asesora y tener la edad mínima para que le sea otorgada la asignación de retiro. Además de ello, el Ministerio de Defensa consignó los motivos por los cuales retiró del servicio al demandante, los cuales guardan razonabilidad y proporción con la decisión adoptada en aquel acto.

En consecuencia, se evidencia que los actos administrativos acusados no incurrieron en las causales de nulidad alegadas por la parte demandante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquellos recae, permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda serán denegadas.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”⁹.

⁸ Es el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de Policía, a las cuales está subordinada. La actividad de Policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren.

⁹ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho¹¹.

duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

¹⁰ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
¹¹ Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez