

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022).

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2020-00183-00²
DEMANDANTE: JOSÉ MANUEL VIVEROS GALLO
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
POLICÍA NACIONAL**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor José Manuel Viveros Gallo, identificado con C.C. No. 1.033.700.384, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErfxgxyCQt5AkzIUbjkKOFoBawaVvlwSEiTJUgzCwzh5PQ

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 528 del 10 de diciembre de 2019, proferido por el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, por medio del cual se dispuso el retiro del señor José Manuel Viveros Gallo, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
2. Que como consecuencia de lo anterior se reintegre al señor José Manuel Viveros Gallo, al cargo y grado que venía ostentando o a otro equivalente con funciones afines a las que aquel desempeñaba, sin que se entendiera que existió solución de continuidad.
3. Que se reconozca y pague todos los haberes dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta la fecha del reintegro, incluyendo los aumentos que se hubieren decretado. Los valores reconocidos deberán ser indexados a la fecha de reintegro.
4. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los términos previstos en los artículos 187, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA).
5. Que se actualicen las condenas a que hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA, y se reconozcan los intereses legales y moratorios en los términos allí previstos.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen brevemente:

1. El señor José Manuel Viveros Gallo ingresó a la Policía Nacional como alumno del Nivel Ejecutivo, a partir del 04 de mayo de 2009, siendo dado de alta como patrullero el día 01 de diciembre de 2012.

2. El demandante prestó sus servicios a la Policía Nacional durante nueve años, tiempo en el que fue reconocido con 3 condecoraciones y 31 felicitaciones.
3. Mediante Resolución No. 421 del 528 de 10 de diciembre de 2019, el demandante fue retirado del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, atendiendo la falta de compromiso, responsabilidad e idoneidad y la pérdida de la confianza.
4. Durante los años 2017 a 2019, el demandante obtuvo una calificación superior a 1980 puntos, y fue clasificado superior.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 33, 53, 74, 83-85, 89-92, 95, 116, 122-124, 228-230, 23 y 237 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Ley 1437 de 2011.

1.1.4 Concepto de violación.

Aduce la parte demandante que el acto acusado adolece de falsa motivación y desconocimiento de normas del orden superior. Como fundamento de ello sostiene que la entidad demandada, al expedir el acto administrativo, no atendió los requisitos generales de racionalidad, justicia, igualdad y proporcionalidad, toda vez que, pese a que las últimas evaluaciones efectuadas al demandante determinan una clasificación fue superior, se dispuso su retiro del servicio del accionante por no atender la concertación de la gestión durante los últimos años.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La **Policía Nacional** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda³. Como fundamento de defensa arguye que el acto administrativo demandado atiende a todos los presupuestos de existencia, validez y eficacia, y con apego a las normas legales y al precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Asimismo, destaca que el retiro del servicio

³ Documento 9 del expediente digital.

del demandante se dio con ocasión del incumplimiento a la concertación de la gestión y al mejoramiento del servicio policial.

De otra parte, destaca que, el acto administrativo de retiro del servicio por voluntad de la Dirección General debe contener los motivos sobre los cuales se funda el retiro, es decir, porque se considera afectado el servicio y se busca el mejoramiento del servicio. Sobre el particular, resalta que el acto administrativo demandado da cuenta que el retiro del servicio del demandante se produjo como consecuencia de la pérdida de confianza, toda vez que con su actuar incumplió su juramento de salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Destaca que, para retirar del servicio activo al personal uniformado de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, no exige la existencia de una condena penal, pues lo que se persigue con el ejercicio de aquella es la buena prestación del servicio, no la penalización del actuar del policial, siendo así una facultad independiente que no deriva de un fallo penal o disciplinario.

Finalmente, manifiesta que, tanto en el acto administrativo acusado como en el acta de la Junta de Evaluación y Clasificación, se indicaron los motivos que dieron lugar al acto administrativo acusado. En efecto, el actuar del demandante dista de los postulados y principios éticos y morales fijados por la institución, y da cuenta de ello, los múltiples llamados de atención y anotaciones negativas.

1.2.2 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, que estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho, mediante proveído del 15 de octubre de 2021, corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora⁴: El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda. Justamente, señala que la decisión adoptada en el acto acusado

⁴ Documento 18 del expediente digital.

desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar el retiro discrecional del servicio, toda vez que el demandante fue calificado durante el periodo 2017 a 2019 como superior, de lo que se infiere, que la entidad demandada no tuvo en cuenta la trayectoria y hoja de vida del accionante, por tanto, se trata de una decisión caprichosa y soportada en motivos distintos a la mejora del servicio. En consecuencia, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

La **entidad demandada y el agente del Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer la legalidad de la Resolución No. 528 de 10 de diciembre de 2019, por medio de la cual se retiró del servicio, por voluntad de la Dirección General, al patrullero José Manuel Viveros Gallo.

En consecuencia, se deberá analizar si el retiro del servicio del demandante se ajustó o no al ordenamiento normativo, y en tal caso, si es procedente el reintegro al servicio y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor José Manuel Viveros Gallo estuvo vinculado con la Policía Nacional, desempeñándose en los siguientes cargos y periodos⁵:

GRADO	FECHA INICIO	FECHA FINALIZACIÓN
Auxiliar de policía	16-03-2007	16-08-2008
Alumno nivel ejecutivo	16-01-2012	30-11-2012
Patrullero	01-12-2012	11-12-2019

⁵ Según consta en certificación visible en página 28 del documento 1 del expediente digital.

2. Mediante Acta No. 0968/-GUTAH-SUBCO-2.25 de 06 de diciembre de 2019, la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, decidió recomendar el retiro del servicio al patrullero Juan Manuel Viveros Gallo, por voluntad de la Dirección General.
3. Que el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante Resolución No. 528 de 10 de diciembre de 2019, retiró del servicio activo al patrullero Juan Manuel Viveros Gallo.

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 El concepto de policía en el ordenamiento constitucional colombiano.

La jurisprudencia ha sostenido que el concepto de policía es de naturaleza constitucional⁶, en tanto se refiere al conjunto de potestades y funciones estatales **dirigidas a la preservación del orden público y la convivencia pacífica entre las personas**; al tiempo que se trata de un servicio público primario, a cargo de la fuerza pública⁷.

También ha sostenido que la reseñada preservación del orden público representa el fundamento y el límite de las competencias de policía en un Estado social de derecho⁸, pues aquel se compone por *“las condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental⁹, necesarias para la convivencia y la vigencia de los derechos constitucionales¹⁰, al amparo del principio de dignidad humana^{11”}¹². Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha considerado que este deber de protección es función, principalmente, de las autoridades de Policía por ser las encargadas de garantizar el derecho constitucional fundamental a la salvaguarda de todas las personas dentro del territorio de la República¹³.*

⁶ Cfr. Sentencias C-082 de 2018 y C-128 de 2018.

⁷ Cfr. Sentencias C-123 de 2011, C-199 de 2001, C-572 de 1997 y C-128 de 2018.

⁸ Sentencia C-128 de 2018.

⁹ Bajo el entendido de que la sanidad medioambiental integra la salubridad pública, pero es un concepto más amplio.

¹⁰ “(...) orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

¹¹ “El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

¹² Sentencia C-225 de 2017.

¹³ En la sentencia C-020 de 1996, la Corte estableció que *“el servicio público de Policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de Policía no pueden concurrir los particulares, y*

A su vez ha destacado que la noción de policía puede adoptar varias acepciones en el régimen constitucional colombiano¹⁴¹⁵, en efecto “[l]as atribuciones estatales en materia policiva se ejercen mediante tres clases de facultades: (i) el poder de policía, (ii) la función de policía, y (iii) la actividad de policía. Cada una de estas competencias es ejercida por diferentes entidades del Estado, así: el poder de policía lo ejerce el Congreso de la República, de manera excepcional lo hacen las asambleas y los concejos; la función de policía es la gestión administrativa concreta de las autoridades de la rama ejecutiva; y la actividad de policía es la que realiza el cuerpo de policía para aplicar materialmente las medidas dispuestas en ejercicio del poder y la función de policía.”¹⁶

2.3.2. Naturaleza jurídica de la Policía Nacional

El artículo 2 de la Constitución consagra los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales están: servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros. La misma disposición asigna a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado.

Con tal fin, el artículo 216 de la Constitución instituyó la Fuerza Pública conformada por las fuerzas militares y la Policía Nacional. Por su parte, el artículo 218 constitucional dispone que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil, a cargo de la Nación y tiene como objetivo principal mantener “*las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para*

así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que ‘la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional’ (subraya fuera del texto)”. Ver sentencia C-252 de 1995, reiterado en sentencia C-128 de 2018.

¹⁴ La sentencia C-024 de 1994 hizo una primera presentación del tema señalando cuatro significaciones: “El concepto de Policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la Policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de Policía. En tercer término, la Policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la Policía judicial”.

¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2017, C-490, C-492 y C-790 de 2002, C-110, C-1444, y C-1410 de 2000, SU-476 de 1997, C-366 de 1996, C-024, C-044 y C-226 de 1994 y C-557 de 1992 y de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena sentencia de abril 21 de 1982. Reiteradas en sentencia C-128 de 2018.

¹⁶ Sentencia C-211 de 2017.

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, 1091 de 1995 y 1791 de 2000, en los 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.

2.3.2 Del retiro del Servicio

Sea lo primero indicar que 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.

La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras 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 la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. En este sentido, el artículo 44 del C.P.A.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, por voluntad de la Dirección General, se dispuso con fundamento en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto 1791 de 2000, en cuyo tenor se establece:

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

1. Por solicitud propia.
2. Por llamamiento a calificar servicios.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica.
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
5. Por destitución.
6. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Por voluntad ~~del Gobierno para oficiales~~ y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, ~~los suboficiales~~ y los agentes.
7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.
8. Por incapacidad académica.
9. Por desaparecimiento.
10. Por muerte.”.

Y, el artículo 62 ibídem en su redacción inicial, disponía:

“(…) ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, ~~el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o~~¹⁷ la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, ~~los suboficiales~~, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación ~~de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales~~ e de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva ~~para los demás uniformados.~~”.

Por su parte, el artículo 49 el Decreto 1800 de 2000¹⁸, establece las clases de Juntas que se conforman en la institución, en los siguientes términos:

“ARTICULO 49. CLASES DE JUNTAS. Para efectos de Clasificación y Evaluación, se establecen las siguientes Juntas:

1. Para Oficiales
2. Para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes.

PARAGRAFO. La integración, funcionamiento y sesiones de estas juntas, las determinará el Director General de la Policía Nacional.”

Ahora bien, el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000¹⁹, asigna a las Juntas de Evaluación y Clasificación para cada categoría, las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 22. EVALUACIÓN 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

¹⁷ Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C253-03](#) de 25 de marzo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expresa la Corte en los considerandos de la Sentencia, “*El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000*”.

¹⁸ “Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”

¹⁹ “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”

funciones:

1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.
2. Proponer al personal para ascenso.

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

PARAGRAFO 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional.

PARAGRAFO 2. El Director General de la Policía Nacional señalará las funciones y sesiones de la Junta de Generales, cuyas decisiones en todo caso se tomarán por mayoría de votos." (Se resalta).

De la normatividad antes transcrita se observa que una de las causales para disponer el retiro del Personal de Agentes de la Policía Nacional, es la voluntad de la Dirección General, quien discrecionalmente y por razones del buen servicio puede disponer en cualquier momento la desvinculación del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que obre con recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, en otras palabras, el Director General de la Institución, previa recomendación referida, tiene la facultad de retirarlos del servicio sin explicar o motivar la decisión, pues las medidas adoptadas en ejercicio de la facultad discrecional se presumen ajustadas a la normatividad y motivadas por el buen servicio público.

Tratándose del retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En cuanto a este tema del retiro por voluntad de la Dirección General, ha estimado la jurisprudencia que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. Bajo ese contexto, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo 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.

Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, 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 la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En este sentido, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de esta causal de retiro la jurisprudencia de la Corte Constitucional 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 institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar del servicio a los miembros de la Fuerza Pública; **(ii)** 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; **(iii)** el 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 a 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 encuentra 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; **(v)** el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro²⁰.

En sentencia de unificación de tutela²¹ la Corte Constitucional propuso el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- “Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.
- La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.
- El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.
- El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional²². 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.
- El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.
- Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.
- Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las

²⁰ Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ SU 172 DE 2015

²² Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

Sin embargo, atendiendo el efecto de las sentencias que profiere la Corte Constitucional previsto en el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia²³, este Despacho hace suyo el pronunciamiento el salvamento de voto de la mencionada providencia, según el cual:

“...no encuentro acertado que no obstante que esta Corporación en sentencia C-525 de 1995 declaró la exequibilidad, sin condicionamiento alguno, de los artículos 11 y 12 del Decreto 573 de 1995 que permiten, en su orden, el retiro discrecional de los agentes de policía y de los oficiales y suboficiales de dicha institución de forma discrecional, con la única exigencia previa de que se emita una recomendación en ese sentido por un comité de evaluación creado con esa finalidad, en la práctica, vía acciones de tutela (no en todas las Salas de Revisión) se establecieron pautas, requisitos, trámites y procedimientos que desdican no solo los efectos del pronunciamiento efectuado por la Corte de declarar la norma ajustada a la Carta, sino las líneas argumentativas que, a modo de “ratio decidendi”, lo justificaron, lo cual, ha venido generando situaciones complejas como la aquí dilucidada en la que, vía sentencia de unificación, no obstante que el actuar de la entidad nominadora se ajustó, en principio, a los dictados del ordenamiento legal respectivo, como lo corroboraron los jueces especializados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, en sendas instancias revisaron el asunto, la Corte concluye que se han desconocido formalidades adicionales impuestas por las salas de revisión en casos concretos, muchas de las cuales no se desprenden del contenido normativo del precepto correspondiente, ni de las razones que justificaron su declaratoria de exequibilidad. Decisión esta última que, en realidad, es la única que ha debido servir de precedente, junto con sus considerandos, para orientar las particularidades de la actuación administrativa que se adelanta en estos casos.”²⁴

La Corte Constitucional en la sentencia SU-288 de 14 de mayo de 2015 señaló:

“[...] En la sentencia SU-053 de 2015, reiterada en la SU-172 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional, hizo un análisis normativo de la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo, señalando las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad, resaltando la función constitucional de la Policía Nacional, y haciendo una línea jurisprudencial tanto de fallos en control abstracto como en control concreto de

²³ **ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** <CONDICIONALMENTE exequible> Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

²⁴ Salvamento de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo a la sentencia SU172/15. Referencia: Expediente T-4076348.

este Tribunal comparándola con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado.

Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional, concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:

8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

8.2. 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 [...].”

Al respecto, el H. Consejo de Estado²⁵ ha señalado respecto al tema en discusión:

“(...)

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

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

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

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

²⁵ CE, S2, SS “B”, sentencia de 3 de agosto de 2006. Rad. 0589-05.

(...)

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida. De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICIA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la tratinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas. Como corolario del punto precedente, no se trata de invertir la carga de prueba sino de hacer realidad la noción de presunción de hecho en que se fundamentan los actos discrecionales, toda vez que venía ostentando rasgos similares a la presunción de derecho y que se reflejaban en la dificultad de destruir el supuesto de mejoramiento del servicio. En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que como se anotó deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa

(...)"

De lo expuesto, se concluye que el retiro del servicio de un policía por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, debe cumplir un requisito de tipo objetivo, como lo es, el concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional; y uno de tipo subjetivo, que se refiere a la trayectoria del policial retirado, pues la facultad discrecional no es absoluta, por lo tanto, no le permite a las autoridades actuar soberanamente. Al contrario, debe tener presente que sus poderes no son un fin en sí mismos sino un medio al servicio de la sociedad, y, por lo tanto, son válidos, siempre que la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, y cuya finalidad sea la adecuada y buena prestación del servicio.

La Corte Constitucional sobre el tema, sintetizó que un acto de retiro de la Policía Nacional se ajusta a la Constitución cuando se cumple con:

“(1) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad²⁶;
(2) establece la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo²⁷;
(3) tiene la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional²⁸; y
(4) se muestra el informe reservado al afectado, en los eventos en que dicho documento es el sustento del retiro discrecional del servicio, toda vez que el secreto operara frente a terceros, pero no ante el servidor público.”

3. Caso Concreto

Manifiesta el accionante que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad, por falsa motivación, por cuanto, la entidad demandada no tuvo en cuenta la trayectoria y la hoja de vida del señor José Manuel Viveros Gallo. Destaca que el actor durante los últimos años de servicio fue evaluado con calificación superior y fue felicitado y condecorado en múltiples ocasiones.

Se acreditó en el proceso que el señor Juan Manuel Viveros Gallo prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 16 de marzo de 2007 hasta el 11 de diciembre de 2019, siendo su último grado el de Patrullero. Igualmente, se demostró que el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante Resolución No. 528 de 10 de diciembre de 2019, retiró del servicio activo al demandante por voluntad de la Dirección General.

De acuerdo a los planteamientos expuestos en el acápite precedente (Marco Normativo), se tiene que la entidad demandada cumplió con el requisito objetivo para que proceda el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General (facultad discrecional), dado que mediante Acta No. 0698/-GUTAH-SUBCO-2.25 de 06 de diciembre de 2019, la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y de Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, se recomendó el retiro del señor José Manuel Viveros Gallo, por razones del servicio y en forma discrecional.

Revisado el acto administrativo demandado, se observa que la recomendación de la Junta de Evaluación en lo concerniente al retiro del servicio, se produjo como consecuencia de la ejecución de comportamientos que no estaban acorde con las directrices y fines institucionales de la Policía Nacional.

²⁶“Sentencias C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-871 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.”

²⁷ “Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-432 de 2008 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.”

²⁸“Sentencia T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.”

Por otro lado, respecto del elemento subjetivo del acto administrativo, advierte el despacho que el mismo también se cumplió, como quiera que en la Resolución No. 528 de 10 de diciembre de 2019, se consignaron los motivos que dieron lugar al retiro del servicio, los cuales se sustentan en el mejoramiento del servicio.

En efecto, al revisar el Formulario II de seguimiento de Desempeño del actor (páginas 159-321 del documento 1 del expediente digital), se observa que el demandante tuvo varias anotaciones negativas por negligencia en la prestación del servicio, llegadas tarde al servicio, incumplimiento de órdenes y metas, no aportar a la prevención de delitos, inasistencia a disponibilidad, no ingresar al PSI (portal de servicios interno), incumplimiento de metas concertadas, entre otras, generándose con ello, falta de compromiso e irresponsabilidad y además causando traumatismos en la prestación del servicio.

En todo caso se resalta, que tener una hoja de vida excepcional, no implica construcción de límite alguno a la facultad discrecional que tiene la Dirección General de la Policía para retirar al personal del nivel ejecutivo de la misma, ya que la buena prestación del servicio no puede implicar un fuero de estabilidad sino el cumplimiento del deber legal que se espera y exige a este tipo de servidores públicos, y menos aún, cuando en su actuar el policial atenta no solo contra la imagen institucional sino contra la comunidad, como ocurrió en el presente caso.

Sobre el punto en comento, es preciso indicar que los miembros de la Policía Nacional están investidos de poder de autoridad, 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 administrativo demandado, la entidad demandada, además haber cumplido con el requisito previo relacionado con la recomendación de la respectiva Junta de Evaluación y Clasificación, consignó de manera clara los motivos por los cuales se retiró del servicio al demandante, los cuales guardan razonabilidad y proporción con la decisión adoptada en aquel acto, por lo que para este despacho no son de recibo las argumentaciones de la parte actora relacionadas con la aparente persecución laboral.

Al analizar en contexto todo el material probatorio allegado al expediente, observa el despacho que la información obrante en el Formulario II de Seguimiento del demandante, da cuenta que el demandante tuvo varias anotaciones negativas que claramente afectan el buen servicio, razón por la cual la Junta Evaluadora recomendó su retiro, recomendación que como se advierte, se encuentra debidamente sustentada.

Así, la presunción que reviste a la motivación del acto administrativo del servicio, esto es que aquel se produjo por razones del buen servicio y por las necesidades del servicio, no ha sido desvirtuada, comoquiera que al no encontrarse acreditado los motivos subjetivos alegados por la parte actora.

3.1. Decisión

De conformidad con los argumentos presentados y las pruebas arrimadas al proceso, se determinó que el acto acusado mediante el cual se retira del servicio al señor José Manuel Viveros Gallo, cumplió con los procedimientos y formalidades previstas en la ley, además el mismo fue motivado, y al revisar los antecedentes y circunstancias fácticas se determina que dicho acto se ajustó a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, razón por la cual, no prosperaron ninguno de los cargos expuestos por la parte demandante.

En consecuencia, se evidencia que el acto administrativo acusado no incurrió en las causales de nulidad allegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

3.2 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”²⁹.

²⁹ 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 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.

(...)

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.

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.

Así que de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas (gastos del proceso y agencias en derecho) en esta instancia, comoquiera que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se encuentran probado en el proceso que se causaron.

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

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

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

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

ad29dbd16dd81c88906225575b2c55ecbc0b61dbfbbf0e2ab33bb29aaf

37b39a

Documento generado en 18/01/2022 09:17:09 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>