

**HONORABLE CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA
BOGOTÁ D.C.
E. S. D.**

REFERENCIA. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL, se recurre la sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2022. Expedida por, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA RD-13001-33-33-012-2018-00106-01. **SENTENCIA No. 130/2022. SALA DE DECISIÓN No. 005.**

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS, mayor de edad, vecino de la ciudad de Cartagena, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.047.395.392 de Cartagena, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 211.438 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado judicial especial, del Señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.047.382.699 de Cartagena, domiciliado en la misma ciudad. A partir de las facultades conferidas, interpongo acción de tutela contra las providencias judiciales, **sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2022. Expedida por, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA RD-13001-33-33-012-2018-00106-01.** Por resultar violatorias a los *derechos constitucionales fundamentales* de nuestro poderdante al; **DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.** Lo anterior teniendo en cuenta que las sentencias referidas, adolecen de defecto sustantivo, por cuanto se profirieron con vulneración directa de la Constitución, y desconocen los precedentes de las Altas Cortes, tipificándose las causales conocidas como genarles y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA:

Entramos inicialmente a establecer que la actuación desplegada por el EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, al proferir la providencia accionada, se encuadra en las “CAUSALES GENERICAS y ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION” en contra de las decisiones judiciales.

Refiriéndose a la procedibilidad de la Acción de Tutela por estas circunstancias, la Guardian¹ de la Constitución tiene establecido, que como regla exepcional la acción de tutela procede contra decisiones judiciales. Su aplicación se da en fortalecimiento de la garantía del principio de seguridad jurídica. En el mismo sentido se ha expresado el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO². Dentro de estos requisitos la Corte Constitucional ha

¹ Corte Constitucional. *Sentencia C-590 de 2005*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

² Consejo de Estado. sentencias proferidas dentro de los expedientes radicados T-2188408; T-21888413; T- 2190768; T-2116104; T-2123824 y T-2139736.

distinguido unos de procedencia de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela y otros de procedibilidad de carácter específico, que tocan con el análisis del fondo mismo del amparo.

1.1. CAUSALES GENERICAS

1. La discusión que se debate encuentra relevancia constitucional.
2. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios.
3. Cumplimiento del requisito de inmediatez.
4. Si se trata de una irregularidad procesal este tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia.
5. Que la parte accionante identifique los hechos, los derechos vulnerados y que estos se hubieren alegado en la instancia.
6. Que no se trate de tutela contra tutela.

1.2. CAUSALES ESPECIFICAS

1. Defecto organico.
2. Defecto procedimental absoluto.
3. Defecto Factivo.
4. Defecto sustantivo.
5. Error inducido.
6. Decisión judicial sin motivación.
7. Desconocimiento del precedente.
8. Violación directa de la Constitución.

Se observa en la misma línea argumenativa, que el Consejo de Estado³ en reiteradas sentencias, prevee, al igual que la Corte Constitucional, la procedencia de la acción de tutela en casos excepcionales y siempre que vulneren los derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la justicia y otros.

3. FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE ACCIÓN

La presente acción, se fundamenta básicamente dentro del marco de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, en las causales específicas es decir, se estructuran: defecto factivo, sustantivo, decisión judicial sin motivación, desconocimiento del precedente, y vulneración directa de la Constitución.

³ Consejo de Estado. Sentencias referenciadas del 26 de noviembre de 2008, Sección Segunda, Subsunción "A", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, Exp. T-2188408. Sentencia SU-917 de 2010; de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsunción "A" del Consejo de Estado, en providencia del 26 de junio de 2008. Exp. T- 21888413. Sentencia SU-917 de 2010; de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en providencia del 11 de diciembre de 2008. Exp. T-2190768. Sentencia SU-917 de 2010; Exp. T-2116104; T-2123824 y T-2139736.

3.1. AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

Frente al agotamiento de los medios de control ordinarios y extraordinarios, como requisito de procedibilidad de la presente acción de tutela, cabe destacar lo preceptuado por el Numeral 11, del artículo 6° del decreto 2591 de 1991. Regulatorio de la acción de tutela. “no basta la simple existencia del medio ordinario de defensa judicial, sino que su eficacia debe ser evaluada en concreto”. De esta manera tal como lo predica QUINCHE, si el medio ordinario de defensa se encamina hacia un objetivo que no incluye la integridad del derecho fundamental vulnerado o manezado, hay lugar entonces a la protección que brinda la acción de tutela y esta no resulta improcedente⁴. Por lo que los recursos faltantes en la cuerda ordinaria, de *Queja art. 245. CPACA*, y *Suplica 246. CPACA*, no serían pertinentes en su presentación, además de que no se cumplen con los requisitos en concreto para su interposición por el tipo de providencia impugnada y la instancia en que se recurre la misma.

Frente a los recursos extraordinarios, en el trámite contencioso administrativo estos son muy específicos y concretos, los cuales determinan las causales taxativas para su aplicación. En igual sentido procesal, el *recurso extraordinario de revisión* en cuanto a sus causales, el legislador las regló muy en concreto. *Art. 250. CPACA*. Ninguna de sus 8° causales se configura en el presente caso concreto. Finalmente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, también plantea márgenes muy estrictos en su postulación, límites económicos sobre la cuantía de la condena o en su defecto de las pretensiones de la demanda, que en el caso contencioso inicial, del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, estas no llegan al monto igual o superior, de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes, exigidos en el numeral 1° del art. 257. CPACA. Que configura su procedencia.

Por lo que consideramos que la etapa procesal de la interposición de los medios y recursos ordinarios y extraordinarios se encuentra totalmente superada.

3.2. NORMAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES DEJADAS DE APLICAR

Fundamentalmente se señalan como normas inaplicadas tanto en la sentencia de primera instancia, como en la segunda proferida en segunda instancia, a los artículos 13, 29, y 229 de la Constitución Política; Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos Asamblea General de las Naciones Unidas Nueva York diciembre 16 de 1966. Ratificado en Colombia a través de la Ley 74 de 1968.

⁴ Quinche, M. (2013). *Vías de hecho acción de tutela contra providencias*. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. p. 43.

3.3. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional⁵, sostiene que el precedente es fuente formal de derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991. A pesar de que Colombia posee una experiencia muy larga que lo matricula en la familia jurídica del Derecho Romano Germánico o Continental Europeo o del *Civil Law*, en fallos anteriores a la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional ya se había expresado sobre el valor del precedente constitucional:

Cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, (...) En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, (...) por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, (...) En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez⁶.

En las providencias recurridas no solamente se inaplicarán normas sustantivas, constitucionales y legales vigentes, sino que de igual manera se desconoció el precedente jurisprudencial, contenido no solo en las sentencias de la Corte Constitucional, sino también del Honorable Concejo de Estado, adicionalmente se profirió con vulneración de la Constitución Política, e incluso en evidente contradicción con conceptos esbozados ante estas corporaciones, en casos análogos.

4. SUPUESTOS FACTICOS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

- 4.1. Como fundamentos facticos esbozados en las pretensiones tanto en el medio de control presentado ante el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, en el cual se narra que el día 15 de Diciembre de 2017, mediante Resolución 616, el señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA**, fue retirado del servicio por recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena, tal como consta en el Acta 02 del 07 de Diciembre de 2017.
- 4.2. El Señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA** fue detenido por un presunto porte ilegal de armas, tal como consta en el oficio No. 3076 del 12 de Octubre de 2017 expedido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías que a su vez decretó

⁵ Corte Constitucional. Sentencia, C-836 de 2001.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia, SU-047 de 1999.

la legalidad de la captura, no obstante, se declina la formulación de imputación y ordena libertad inmediata.

- 4.3. El demandante recibió comunicación oficial de la Policía Metropolitana de Cartagena, con radicado S-2018-015928/MECAR-29.25 del 13 de Abril de 2018, donde remiten copia de la calificación y seguimiento del año 2017, información adjuntada a la presente.
- 4.4. La Oficina de Talento Humano MECAR remitió oficio No. S-2018-014172 – SUBCOGUTAH - 29 del 03 de Abril de 2018, el la cual se Consagran copias respectivas de las minutas de servicios de la estación de policía nuevo bosque de los días 09 de noviembre al 17 de Diciembre de 2017.
- 4.5. Mediante Sentencia 13-001-33-33-012-2018-00106-00 emitida por el JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, declaró fundado el medio de control presentada a su despacho, declarando la nulidad del acto administrativo que separa al funcionario de su cargo, y condena al ministerio de defensa nacional económicamente y ordena la indemnización por violación de sus derechos fundamentales.
- 4.6. Mediante Sentencia de segunda instancia de fecha 13 de Diciembre de 2022. Expedida por, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA RD-13001-33-33-012-2018-00106-01. **SENTENCIA No. 130/2022. SALA DE DECISIÓN No. 005.** Se revoca la decisión tomada por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo Oral del Circuito en primera instancia, resolviendo negar lo resuelto en la sentencia del veintiocho 28 de junio de dos mil veintiuno 2021.
- 4.7. Se hace necesario que en virtud de los elementos constitucionales y aquellos fines del Estado, sea el Honorable Consejo de Estado como órgano de cierre jurisdiccional, quien dirima las controversias conceptuales entre la primera y segunda instancia, en un nuevo proceso contencioso constitucional, en acción de tutela contra providencia judicial.

5. ACTUACIÓN – FUNCIONARIOS PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA EN EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

Se incurrió en el defecto sustantivo, porque la decisión de segunda instancia desconoció normas de rango constitucional y legal como las relacionadas en la parte inicial, y que constituyen la base de las tres (3) primeras violaciones, debido a la inaplicación de normas sustantivas erigidas en favor del particular; **por no guardar la debida congruencia entre el fallo y los hechos presentados en la demanda**, absteniéndose de aplicar normas sustantivas vigentes.

No se le dio la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, y a la igualdad, **desde la preservación del principio constitucional de seguridad jurídica** a nuestro poderdante, toda vez, que tal desconocimiento, constituye **el no cumplimiento al principio de proporcionalidad** dentro de los parámetros del Estado social y constitucional democrático de derecho en Colombia.

5.1. LA PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de primera instancia tomo la decisión de declarar la nulidad de la resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017 por medio de la cual se resolvió retirar al Patrullero Dewey Enrique Luna García del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena; principalmente con base en cuatro grandes argumentos:

- 5.1.1. Tomo su decisión apoyándose en la sentencia de la Honorable Corte Constitucional, **Sentencia SU-172 de 2015**, que estructura la acción de tutela contra providencias judiciales, y su procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública. La cual además configura precedente a aplicar en el caso concreto, y determina los canones de interpretación judicial cuando estamos frente a actos discrecionales.
- 5.1.2. Como segundo precedente a aplicar en el presente fallo de tutela, igualmente tenido en cuando para motivar su providencia el juzgado decimo segundo administrativo del circuito de Cartagena, se amparo en la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional, SU-288 de 2015. Sin quitarle mérito a la anterior sentencia, esta a su vez de ser precedente en las circunstancias del caso concreto, además configuran las sub-reglas tanto constitucionales como contenciosas, frente al deber proporcional de motivación de los actos de retiro al interior de la fuerza pública:

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACION DE LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL-Subreglas. Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. 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 afectado⁷.

⁷ Corte Constitucional, SU-288 de 2015.

- 5.1.3. El tercer argumento del juzgado de segunda instancia, se dio por establecer el contenido argumentativo al caso concreto de un precedente del Honorable Consejo de Estado, el cual configura un verdadero juicio ponderativo como límite y margen de justicia al uso excesivo y arbitrario de la discrecionalidad en sede administrativa, apoyada además en la razonabilidad y el fin de la medida que debe perseguir todo acto administrativo inclusive si es en uso de la potestad discrecional:

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 comunidad⁸.

- 5.1.4. El cuarto gran argumento, de la juez de primera instancia se basa en la mera legalidad del contraste subsuntivo normativo entre el artículo 36. Del antiguo C.C.A., sobre las decisiones discrecionales, estudiado en la sentencia del Honorable Consejo de Estado citada líneas arriba, (C.E. *Sentencia del 9 de julio de 2015*). Hoy vigente en el artículo 44 del C.P.A.C.A:

Art. 44. Decisiones discrecionales.

En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, de ser **adecuada a los fines⁹** de la norma que la autoriza, **y proporcional¹⁰** a los hechos que le sirven de causa.

Y **EL MARCO LEGAL-REGLADO** del retiro discrecional de miembros de la fuerza pública, contenidos en:

- **DECRETO LEY 1791 DE 2000.**
- Artículo 22. EVALUACIÓN DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL.
- Artículo 55. CAUSALES DE RETIRO. Artículo 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.
- **DECRETO 1800 DE 2000.**
- Artículo 49. CLASES DE JUNTAS.
- **LEY 857 DE 2003.**

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B, *Sentencia del 9 de julio de 2015 Rad. 11001-03-25-000-2012-00449-00(1890-12)*, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹ Negrillas y cursivas nuestras.

¹⁰ Negrillas y cursivas nuestras.

- Artículo 1. RETIRO. _Artículo 2. CAUSALES DE RETIRO. Artículo 4. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

Finalmente Honorable Juez Constitucional de Tutela, en su cabeza el Honorable Consejo de Estado, compartimos la sistesis argumentativa de la Señora Juez de primera instancia que motivo su decisión reconociendo los derechos de mi prohijado Señor DEWEY LUNA:

Captura de pantalla sentencia primera instancia. Pagina 19 de 23.

Así las cosas, la decisión adoptada por la administración de retirar del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional, no encuentra respaldo en los antecedentes planteados en el acto administrativo demandado, los cuales se basan en la presunta comisión de conductas reprochables por parte del actor Dewey Luna García, máxime cuando se afirma en el acto enjuiciado que la conducta por el realizada constituye un delito y que además, el haber sido capturado en situación de flagrancia, afecta notablemente la confianza de la Policía Nacional en él como servidor público dado que la imagen institucional representa uno de sus haberes más valiosos. Lo anterior contrasta con las evaluaciones del desempeño del demandante en la labor que le había sido encomendada el cual fue a todas luces sobresaliente, como da cuenta las anotaciones, 8 en total, de felicitación que obran en su hoja de vida.

Incluso, llama la atención del Despacho que la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, plasmada en Acta No. 002 (fs. 23 a 28), donde se recomienda el retiro del servicio del Patrullero Dewey Luna García, fue expedida el día 7 de diciembre de 2017, es decir, con posterioridad a la decisión de archivo por atipicidad de la conducta endilgada por la Fiscalía General de la Nación, la cual se expidió el día 12 de noviembre de la misma anualidad. Dicho de otro modo, la entidad conocía de la inexistencia de algún tipo de conducta delictiva endilgable al Patrullero Luna García al momento de efectuar la recomendación de retiro por esa misma conducta, tal como se extrae del contenido del acto demandado.

Bajo estos supuestos, debe decirse que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asistía al acto administrativo acusado, el cual se



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Décimo Segundo Administrativo
Oral del
Circuito de Cartagena
SIGCMA

Radicado 13001-33-33-012-2018-00106-00

encuentra afectado de falsa motivación razón por la cual, se anulará el acto acusado y se accederá al consecuente restablecimiento del derecho.

Se insiste, comoquiera que no se demostró por la parte demandada que la decisión de retirar al actor del servicio activo de la Policía Nacional colmó los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, en tanto que no justificó que ello era necesario en consideración a la supuesta comisión de conductas delictivas por parte del hoy actor (falsa motivación), ni se advierte la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución, esto es, el mejoramiento del servicio, el acto demandado debe ser declarado nulo.

Captura de pantalla sentencia primera instancia.

5.2. LA SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, actuando como juez de segunda instancia dentro del trámite contencioso administrativo de la referencia, con la fundamentación de su providencia del *no logra elevar las cargas de la argumentación*¹¹ *iustificadas*, predicadas en nuestro ordenamiento jurídico, porque finalmente al administrado se le genera una carga de desprotección adicional en sede judicial, Conculcándose los derechos fundamentales a la igualdad material, positivizados en el artículo 13. Constitucional. el debido proceso artículo 29. Constitucional, y acceso a la administración de justicia 229 Constitucional:

Condiciones que debe cumplir la carga argumentativa exigida para apartarse del precedente del tribunal de cierre. (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga¹².

A continuación explicaremos y justificaremos porque el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la decisión que se recurre en esta acción de tutela, providencia de fecha 13 de Diciembre de 2022. RD-13001-33-33-012-2018-00106-01. SENTENCIA No. 130/2022. SALA DE DECISIÓN No. 005. Generó una ruptura al sistema jurídico y legal colombiano, conculcando los derechos fundamentales invocados, afectando directamente los principios constitucionales-procesales de proporcionalidad y razonabilidad como andamiaje interpretativo y argumentativo a la luz del sistema de fuentes expresado por la Constitución en su artículo 230.

Configurando las causales, específicas:

(3). Defecto fáctico, (4) defecto sustantivo, (6). Decisión judicial sin motivación. (7). Desconocimiento del precedente. (8). Violación directa de la Constitución.

Que le dan la potestad al Honorable juez constitucional de tutela a pronunciarse de fondo y amparar los derechos fundamentales que han sido directamente vulnerados en la decisión recurrida.

Se hace mención también para mayor claridad, que las causales generacionales se estructuran en igual sentido, las cuales son el primer paso procesal para la admisión de la tutela contra providencias judiciales,

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-621 del 2015.

¹² Corte Constitucional-sentencia C-621 del 2015.

cumpléndose cinco de las seis causales instituidas por la jurisprudencia constitucional y contenciosa.

(1). La discusión que se debate encuentra relevancia constitucional. (2). Se agotaron todos los medios ordinarios y extraordinarios. (3). Cumplimiento del requisito de inmediatez. (5). Que la parte accionante identifique los hechos, los derechos vulnerados y que estos se hubieren alegado en la instancia. (6). Que no se trate de tutela contra tutela.

5.2.1. Los argumentos centrales de la segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar actuando en segunda instancia, tomó la decisión de Revocar la sentencia 13-001-33-33-012-2018-00106-00 del veintiocho 28 de junio de dos mil veintiuno 2021. Principalmente con base en cinco grandes argumentos adoptados en la decisión accionada:

5.2.1.1. A folio 8 de la sentencia recurrida, la sala de decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, establece su tesis sobre el caso concreto, y establece su argumentación en determinar que la decisión de primera instancia se basó exclusivamente en considerar que la exclusión del proceso penal por parte de mi prohijado Señor Dewe Luna, fue el elemento trascendental para la declaratoria de la nulidad de la citada resolución de retiro del servicio.

5.2.1.2. indicando además como sub-tesis el togado de segunda instancia que esto la valoración de la juez de primera instancia en dicho sentido, desconoce la jurisprudencia constitucional y contenciosa al respecto, toda vez que la discrecionalidad de predica positiva cuando se trata de mejorar en sentido general los actos del servicio.

5.2.1.3. Analizando esta primera argumentación del Tribunal Administrativo de Bolívar, se pone de presente: la configuración de la causal (6). *Decisión judicial sin motivación*. En los estándares argumentativos¹³, como lo ha señalado la Corte Constitucional. Pues el Honorable Magistrado Ponente centra su motivación en un aspecto de análisis aislado de la decisión de primera instancia. Ya que es claro, que la providencia del Juzgado Decimo Segundo del Circuito Administrativo de Cartagena, toma como elemento de *razonabilidad* base para el decretamiento de la nulidad de la respectiva resolución, no realiza un estudio subsuntivo del conglomerado normativo y el universo jurisprudencial, la togada de primera instancia realiza una verdadera interpretación armonica, con las normas fundantes del nuestra ley fundamental, y en la debida interpretación sistemática de todas fuentes del derecho posibles para construir una respuesta justa y correcta, la contrastación de la jurisprudencia constitucional y contenciosa

¹³ Corte Constitucional. *Sentencia T-462 DE 2003*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. *Sentencia T-388 de 2006*. M.P. Jaime Araujo Rentería.

que despliega la juez de primera instancia, y que no observa a acabadidad el Magistrado Ponente en la providencia que se recurre, es tal que no logra evidenciar las sub-reglas que exigen que los actos discrecionales de retiro del servicio deben examinarse de manera proporcional:

Sub-regla constitucional

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 retiro¹⁴.

Sub-regla contenciosa

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 decisión¹⁵

5.2.1.4. A diferencia de la interpretación del Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que la finalización y archivo del proceso penal en contra del Señor Dewey Luna, es uno de los argumentos arquimimédicos de la primera instancia para conceder el medio de control propuesto, la sala de decisión en segunda instancia no verifica de manera sistemática e integral, que en el caso concreto no podía darse la discrecionalidad abiertamente positiva, para el retiro del servicio, pues examinando la hoja de vida y trayectoria institucional de mi prohijado, se encontraban anotaciones, condecoraciones y felicitaciones por el buen servicio. Elementos valorados por la juez de primera instancia, como requisitos exigidos en el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional. Configurándose así, además la casual de (3). *Defecto factico*, como lo establece la jurisprudencia vinculante y obligatoria del Honorable Consejo de Estado:

[L]a Subsección C, de la Sección Tercera concuerda con la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado y considera que en el sub examine se dejaron de valorar aspectos relevantes para resolver el fondo del asunto, situación que conlleva el desconocimiento de los derechos de acceso material a la administración de justicia y al debido proceso, invocados en la demanda de acción de tutela, cuyo amparo será confirmado, pues se encuentra acreditado el defecto fáctico en la dimensión

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-172 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵ C.E. Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2015 Rad. 11001-03-25-000-2012-00449-00(1890-12), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

negativa estudiado. (...) [E]l Tribunal accionado efectúa un análisis restrictivo de la responsabilidad de la administración bajo el pretexto de la aplicación del “principio de congruencia”, según el cual “la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda”, ahogándose en un excesivo rigor procesal que desconoce el alcance que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han otorgado al principio “iura novit curia” para los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado, por lo cual se configura el defecto de desconocimiento del precedente judicial denunciado¹⁶.

- 5.2.1.4.** Finalmente como cuarto argumento se estructura, las causales de (4) defecto sustantivo, (7) desconocimiento del precedente y (8) violación directa de la Constitución. Realizado la interpretación constitucional y contenciosa aplicable al caso concreto, las normas de establecen el marco reglado de la discrecionalidad del retiro del servicio a miembros de la fuerza pública, al tenor legal disposiciones:

Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 22. Artículo 55. Artículo 62. Decreto 1800 de 2000. Artículo 49. Ley 857 de 2003. Artículo 1. Artículo 2. Artículo 4. Las cuales no podían aplicarse al concreto, ya que inclusive el mismo CPACA. Establece un mandato normativo en el Artículo 103. Que versa:

Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Norma que de haber sido observada el fallo de segunda instancia hubiese sido totalmente distinto, esto se evidencia con lo argumentado por el Tribunal en su providencia, ya que si bien se cita una de las decisiones más recientes y vinculantes para los actos discrecionales de retiro, proferida por el Honorable Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. 7 de 2022. Expediente: 52001-23-31-000-2009-00349-01.*

En este orden conceptual, La valoración judicial e interpretativa a dicha fuente del derecho, que le otorga el despacho de segunda instancia es

¹⁶ Consejo de Estado. *Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00037-01.* Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Subsección C. C.P. Nicolás Yepes Corrales.

totalmente distinta, tanto al entendido de la subregla contenciosa, como al entendido argumentativo de la nueva decisión que lo aplica como precedente. Esto se ve reflejado en el siguiente aparte de la decisión del Tribunal:

Captura de pantalla sentencia segunda instancia.

Finalmente, el Consejo de Estado⁷ mediante reciente sentencia de unificación de fecha de 7 de abril de 2022, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para las controversias relacionadas con el retiro del personal uniformado de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, así:

"i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

ii) En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá., D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022). Expediente: 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016). Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá., D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022). Expediente: 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016). Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



12

5.3. LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este orden de ideas, **El principio de proporcionalidad**¹⁷ opera dentro del sistema jurídico colombiano como una fuente de equilibrio entre las reglas

¹⁷ Es importante destacar la posición de GLORIA LOPERA (2005) al respecto de la trascendencia del principio de proporcionalidad y su aplicación en el sistema jurídico colombiano: “La vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados

de inferior jerarquía, entendidas como las leyes en su expresión general y las reglas de superior jerarquía, como las normas y disposiciones de derechos fundamentales sean constitucionales o sociales fundamentales.

Dentro del sistema jurídico administrativo se ejerce un medio de control de dichos postulados por ser considerado el derecho del Estado como el reconocimiento de unos principios básicos que apoyan el surgimiento del Estado constitucional de derecho. La proporcionalidad se predicará de la adecuada valoración entre los derechos constitucionales de mayor jerarquía en la aplicación de las actuaciones concretas de la administración, específicamente, no solo los actos administrativos como medio de expresión de la voluntad de la administración, sino todo actuar potestativamente reglado y facultativamente controlado por la norma fundamental de Colombia. Tipos de actuaciones como normas que expresan órdenes o mandatos que condicionan el actuar humano, generando y modificando realidades jurídicas para los administrados.

Desde la concepción moderna del derecho constitucional, este no solo se establece como medio de control social a través de la consolidación del pacto social normativo refiriéndonos a la Constitución, pues este opera, en los *órdenes administrativos concretos*, es decir, no solo se instaura como medida preventiva de las libertades públicas y los derechos fundamentales. Desde la dogmática constitucional alemana, y con el desarrollo de los tribunales federales, nos referimos al constitucional, T.F.C.A. Tribunal Federal Constitucional Alemán. Fundamentación que ha tenido gran acogida y aplicación contextualizada en el sistema jurídico colombiano, donde se le da alcance al derecho *fundamental a la igualdad en la función judicial*:

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio¹⁸.

constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumir la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Legislador democrático.”. (pp. 381-382). LOPERA, G. (2005). *El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo*. Revista Española de Derecho Constitucional. núm. 73, enero-abril, pp. 381-410.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 2001.

5.4. LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA COMO ACTO DE PONDERACIÓN ENTRE PRINCIPIOS CONTRAPUESTOS

Como la tutela contra providencias judiciales ha evolucionado con el paso del tiempo, sus desarrollos jurisprudenciales predicen que no solo se debe advertir el error o el acto en el que incurre el operador jurídico, sino que además por vía de mandato pretoriano la Corte Constitucional, indica que se puede establecer también dentro de la estructura procesal de la tutela por vía de hecho o providencias judiciales, una hermenéutica de la ponderación para armonizar concretamente tres principios, (i). *El principio de autonomía e independencia judicial.* (ii). *Principio de supremacía de la Constitución.* y (iii). *Principio de prevalencia de los derechos fundamentales:*

Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita "armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado." Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad¹⁹.

Además de esto, la decisión judicial moderna exige no sola la única respuesta correcta, sino que dentro de las posibilidades de múltiples respuestas correctas en el universo jurídico normativo colombiano, se de la respuesta más justa y correcta en términos de corrección sustancial que exigen la actividad judicial contemporánea. Lo que imprime al juez constitucional un margen de acción estructural mucho más amplio que una actuación como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se recurre en la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar:

Las normas constitucionales no tienen la estructura de reglas que se excluyen de manera absoluta y que funcionan como premisa mayor autoevidente en la elaboración de silogismos jurídicos. Por el contrario, la estructura abierta y elástica de tales normas vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre las normas en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado. Uno de los mecanismos para conservar la integridad del principio de autonomía judicial frente a la posibilidad de tutela contra sentencias judiciales es el carácter excepcional de este tipo de amparo, al

¹⁹ *Corte Constitucional-sentencia T-949 del 2003.*

condicionar su procedibilidad a la configuración de alguno de los defectos genéricos arriba mencionados²⁰.

6. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO. VIOLACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Fundamentalmente con la expedición de las providencias recurridas y la actuación de los funcionarios ponentes, se señalan tres (3) violaciones a los derechos fundamentales del actor, al debido proceso, a la igualdad, a la vida, al acceso a la justicia, porque, no obstante, estar contenidas en una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, *se enmarcan en las causales genéricas de procedibilidad²¹ de la acción de tutela*, así:

6.1. Primera Violación

Se desconocieron normas sustantivas y un expreso mandato constitucional. Se considera en la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, realizó una interpretación que a todas luces constitucionales resulta violatoria del debido proceso por cuanto con este criterio interpretativo, se desconocieron los daños antijurídicos, que lesionan flagrantemente derechos fundamentales, que según el texto constitucional superior, facultan al operador de justicia en la vista contenciosa a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial para el reconocimiento de daños antijurídicos ocasionados contra los administrados. Art. 90. Constitucional.

6.2. Segunda Violación

Se desconoció el principio de congruencia al proferir un fallo sin la COHERENCIA DECISIONAL DEBIDA²², pues omite pronunciarse sobre la totalidad de los hechos y pretensiones contenidas en la demanda:

Es un principio general, en materia de procedimiento, que por estar directamente relacionado con el debido proceso y el derecho de defensa, exige que exista la debida coherencia, en todas las sentencias, entre los hechos, las pretensiones y la decisión. Es decir, el juez debe resolver todos los aspectos ante él expuestos. Y es su obligación explicar las razones por las cuales no entrará al fondo de alguna de las pretensiones...En consecuencia, lo que se tutela en esta

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia. T-328 de 2005.

²¹ Contempladas en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional. M. P. Jaime Córdoba Triviño, y dentro del régimen excepcional planteado por el Concejo de Estado, en las sentencias proferidas dentro de los expedientes radicados T-2188408; T- 21888413; T-2190768; T-2116104; T-2123824 y T-2139736. Consejo de estado

²² Corte Constitucional. Sentencia SU113 del 2018.

sentencia es el derecho que le asiste al administrado de obtener a través de una sentencia, un pronunciamiento sobre su petición²³.

6.3. Tercera Violación

La providencia impugnada desconoce normas sustantivas anteriormente señaladas y el *principio de congruencia contenido en la sentencia T-592 del 2000, de la Corte Constitucional*, que obligan a resolver en la sentencia todos los hechos planteados por el peticionario en la demanda, para que esta guarde congruencia con lo demandado a la justicia, y se rinda culto a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia. Solo es viable apartarse de este criterio, cuando el fallador accede a una de las pretensiones, en tal evento, no es necesario pronunciarse sobre el resto de estas, pero en caso de no acceder a las mismas, está en la obligación legal de resolverlas íntegramente.

Esta omisión en el pronunciamiento y valoración de los hechos y las pruebas aportadas oportunamente al proceso condujo a desmejorar las condiciones jurídicas de protección como verdaderas *técnicas de garantía*²⁴ en palabras de LUIGI FERRAJOLI, lo que lleva a una conclusión diferente, generando la vulneración de sus derechos y disposiciones de carácter iusfundamental.

Si bien existió motivación, NO FUE LA SUFICIENTE para que se diera una congruencia real entre los dichos de la accionante ante la vista de las providencia de segunda instancia que decició el medio de nulidad y restablecimiento del derecho adoptada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, esto es, el fallador no logro elevar las cargas de la argumentación lo suficiente, para demostrar proporcionalmente su congruencia en las razones que motivaron su decisión.

7. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

En este orden argumentativo, El desarrollo final del principio de proporcionalidad en la normatividad administrativa, *se posiciona en nuestro ámbito de acción, propio a un Estado colombiano constitucional de derecho, donde los postulados de justicia material, son reivindicatorios de las mismas luchas de los derechos fundamentales del administrado u asociado,* frente a una posible carga injustificada o generación de la lesión o afectación por un daño antijurídico del Estado, siendo así, el reconocimiento vital, del principio de proporcionalidad, que como lo

²³ Corte Constitucional. *Sentencia T-592 del 2000*.

²⁴ FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 825).

indicamos del influjo de la justicia constitucional, ha permeado todo nuestro derecho, hasta llegar a los campos del derecho y la justicia administrativa, proponiendo *una especie de ponderación²⁵ administrativa y contencioso administrativa*.

7.1. CONCLUSIÓN ARGUMENTATIVA

EL FALLADOR, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, no logra equilibrar las razones a favor y en contra de los derechos fundamentales de nuestro poderdante, toda vez, que no se logró con suficiencia a la luz de los postulados del Estado constitucional de derecho y de la máxima de proporcionalidad, que para *las circunstancias del caso concreto* no se tuvieron en cuenta los supuestos facticos, normativos y jurisprudenciales configurados vinculantes y obligatoriamente por el Honorabel Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional.

7.2. VIOLACIÓN DIRECTA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

7.2.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

En efecto la Tutela bajo estudio plantea un asunto de innegable trascendencia para ésta Corporación como Juez Constitucional, como quiera que en el presente caso, se alude la violación del derecho al DEBIDO PROCESO, y de ACCESO A LA JUSTICIA en, en el trámite del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por la inaplicación de normas sustantivas, relevantes para el caso; evento que lleva a esa corporación a pronunciarse expresamente sobre las mismas y consecuentemente a analizar si el actuar del Tribunal en la providencia accionada, en la segunda instancia constituye una circunstancia para establecer que hubo desconocimiento de las mismas y se configuran en este caso, *las causales específicas de procedibilidad de la acción indicadas por el accionante*.

7.2.2. ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

Con relación a *la vulneración del derecho fundamental al debido proceso* invocado por parte del accionante se puede entender como un conjunto de garantías fundamentales que protegen al individuo del accionar de las autoridades públicas, a efectos de que se respete siempre la forma que

²⁵ “En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”. (Alexy, 2009, p. 8). En: Alexy, R. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11, enero-junio, pp. 3-14.

corresponde cada proceso, asegurando durante el mismo una pronta y cumplida justicia. Así pues, la Honorable Corte Constitucional en reiterados fallos, se ha referido al alcance de este derecho fundamental consagrado en el Artículo 29 de nuestra Carta Política.

No consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en material penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características²⁶.

7.2.3. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Concretamente el debido proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa y por ende en el derecho administrativo, se constituye como uno de los más importantes, principios generales de las actuaciones administrativas. “La tendencia de constitucionalización del Derecho Administrativo en virtud del reconocimiento de la Constitución ya no solamente como valor político sino también como norma jurídica, de aplicación directa sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley”²⁷. Es decir, aquí el debido proceso además de operar como un derecho fundamental constitucional, y como garantía de reconocimiento de los derechos subjetivos de orden público, se desarrolla como una serie de principios, básicos que forman la actuación administrativa, se miran como garantías de los administrados en miras de la efectividad de los derechos, estos se consagran en el *Artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Siendo estos principios incorporados al texto constitucional en la norma superior en el artículo 209 como rectores de la función administrativa, y son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción. Este último, no se encuentra destinado en el artículo 209 constitucional, forma parte del concepto del debido proceso que la carta de derechos consagra en el artículo 29. El cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. “Lo que en doctrina se denomina debido proceso sustantivo, que exige la conducta y actuación razonable del juez en todas las etapas del procedimiento y la razonabilidad de las normas que lo regulen”²⁸.

²⁶ Corte Constitucional. *Sentencia T-460 del 15 de julio de 1992*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ RESTREPO, 2007, p. 4.

²⁸ NOGUEIRA, 2004, pp.126-127.

En la formación de la actividad administrativa, se conjugan varios elementos, que predicen unas garantías previas, para que la actuación llegue a feliz término. Dentro de estos elementos el debido proceso opera, además de pilar fundante de la actuación administrativa y todo su despliegue, como un elemento de garantía previa, que conllevara a que el administrado dentro de la sede gubernativa, sienta que se le brindan los reconocimientos básicos para que su actuar este conforme a la Constitución y a las leyes. Concretamente la *Corte Constitucional* al destacar:

El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso²⁹.

Sobre el principio del debido proceso en la actividad de la administración, es fundamental la injerencia de este, en la consolidación de los postulados básicos para el funcionamiento del Estado de derecho, principalmente su fuerte desarrollo en la cultura jurídica anglosajona tal como lo muestra SANTOFIMIO, (2003):

Se considera que la evolución de este derecho hoy visto como un principio que encierra en sí, otros dispositivos de defensa de los derechos, tuvo su origen en el derecho anglosajón y en el *comon law*, como límite de carácter procedimental de las actuaciones tanto privadas, como aquellas que tenían trascendencia pública o colectiva. El principio, en cuanto a las actuaciones administrativas, no ostenta sus raíces en nuestro sistema jurídico. Los anglosajones lo desarrollaron partiendo fundamentalmente de conceptos no positivos, sino de simple justicia, que los elevaron a disposiciones de la vida política como la carta magna. (pp. 59-60).

Con este panorama del derecho comparado³⁰ y colombiano, vemos que el debido proceso y su concepción como derecho, mostró el camino a las garantías procedimentales de las actuaciones judiciales, y en especial referencia para el objeto de nuestro estudio a la actividad de la administración. En la actividad de la administración el debido proceso se consolida como uno de los elementos esenciales, de las decisiones que se tomen sobre las controversias entre particulares con el mismo Estado, principalmente armonizando el principio constitucional al debido proceso, y su aplicación a la actuación administrativa.

²⁹ *Sentencia C-1189 de 2005.*

³⁰ Desde una perspectiva del derecho comparado, ver a: BALLBÉ, M. (2007). *El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*. En: *Revista de administración pública*. núm. 174, septiembre-diciembre. Madrid, España. es importante resaltar los conceptos de Americanización y Europeización del derecho administrativo, tomando como eje articulador el fenómeno de la globalización.

7.2.4. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ART. 229. C. P. ACCESO A LA JUSTICIA. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE.

Sin perjuicio del lugar donde se encuentre ubicado en la Carta el derecho cuyo amparo se implora, ha dicho la Corte Constitucional en varias salas de revisión de tutelas en las cuales ha amparado el derecho a aquellos derechos y garantías, para casos concretos, que aunque no se encuentren ubicados en el título primero, en la medida en que resulta tan directa su relación con un derecho fundamental, cuya garantía no sería posible, por vía de la tutela, sin la protección de aquél; y, no en razón de que se considerase fundamental de manera general el comentado derecho³¹.

Por esa razón, este derecho se ejercita en este caso en conexidad con los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. En este asunto, se observa la vulneración al derecho al acceso de la justicia de los peticionarios, al dejarse de aplicar normas sustantivas y precedentes jurisprudenciales, que benefician la posición del tutelante, y que de haberse tenido en cuenta en la sentencia impugnada se le habrían garantizado a plenitud sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad en conexidad con su acceso a la administración de justicia.

A *contrario sensu*, al inaplicarse habilita el ejercicio de la presente acción, como único mecanismo para resarcir los derechos fundamentales del tutelante que han sido vulnerados. Elemento procesal y sustantivo de vital trascendencia, no solo para la acción de esta vista constitucional de tutela, sino de un fallo de fondo que ampare los derechos fundamentales invocados. Debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, en preservación de los principios constitucionales de seguridad jurídica y supremacía normativa de la Constitución.

8. APLICACIÓN DEL BLOQUE DE INTERNACIONALIDAD Y PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El **bloque de internacionalidad** aplicado recientemente (2018)³² en la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO en su sala plena, integra normativamente no solo las disposiciones sobre derechos fundamentales y

³¹ Corte constitucional, Sentencia C-408 de 1994.

³² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Bogotá, D.C., 19 de diciembre de 2018. Radicación: 11001 03 15 000 2018 01294 01. Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

humanos, adheridas por bloque de constitucionalidad. (Artículo 93. Constitucional). Si no que establece el *principio de irradiación* para su aplicación por las jurisdicciones internas, frente a convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Reforzado materialmente por el *principio de supremacía de la Convención*³³ Americana de Derechos Humanos.

En concreto se colige con el supuesto factico en el caso concreto, debido a que los derechos fundamentales de los cuales se dirige su protección y amparo por el Estado colombiano se reclaman en dicha dirección a la garantía universal de igualdad y al principio de justicia material, y es tal como lo postula el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Como lo dispone su Artículo 3:*

*“Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”*³⁴.

9. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

1. Debido proceso, 2. acceso a la administración de justicia, 3. a la igualdad, en conexidad material con el principio constitucional de seguridad jurídica.

10. OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Esta acción de tutela se presenta dentro de la oportunidad legal y es competente el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO para aprehender su conocimiento y fallo, cumpliéndose con el *requisito y principio de inmediatez*³⁵.

11. PETICIÓN

PRIMERO:

SE TUTELEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la justicia, y al principio constitucional a la seguridad jurídica del **SEÑOR DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA**, Toda vez que la sentencia accionada, configura un defecto sustantivo; al proferirse con desconocimiento del precedente de las altas Cortes; Honorable Consejo de

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

³⁴ Negrillas y cursivas nuestras.

³⁵ Corte Constitucional, *Sentencia SU184-2019. Sentencia T-461 de 2019. Sentencia T-380 de 2017. Sentencia T-246 de 2015.*

Estado y Honorable Corte Constitucional, y con vulneración directa de la Constitución, tipificándose las causales conocidas como genarles y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

SEGUNDO:

En consecuencia del amparo constitucional, se **REVOQUE** en todas sus partes la sentencia. **(1). sentencia** de fecha 13 de Diciembre de 2022. Expedida por, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA RD-13001-33-33-012-2018-00106-01.

TERCERO:

SE ACCEDA a la aplicación de las normas sustantivas inobservadas, y las sub-reglas constitucionales-contenciosas y al cabal cumplimiento de los precedentes judiciales y **ORDENE** la expedición de un nuevo fallo que ampare los derechos fundamentales de la parte actora en este proceso de tutela.

12. ANEXOS

1. Poder otorgado por el tutelante.
2. Sentencia de primera instancia proferida por EL JUZGADO DECIMO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.
3. Sentencia de segunda instancia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.

13. PRUEBAS

- 13.1.** De conformidad con los artículos 211, 212 y 213 del CPACA. Art. 169 del C.G.P. Se le ruega Honorable Señoría, sea solicitada copia integral digital del proceso al despacho de segunda instancia, para que pueda corroborar si llegara a ser necesario, algún elemento documental-probatorio, que logre robustecer su convicción judicial dentro de este trámite de tutela.
- 13.2.** Si así lo considera pertinente, en esta vista judicial especial de tutela, se conceda audiencia pública a esta parte accionante, para ilustrar en forma oral al Honorable Juez constitucional de tutela lo referido en síntesis escritural. *En virtud del principio de inmediación* Art. 6. C.G.P. y el Art. 216. CPACA. Audiencia que podrá realizarse por medios virtuales y tecnológicos.

14. DECLARACIÓN JURADA:

Declaramos bajo juramento que no se ha instaurado otra tutela en instancia judicial alguna por los mismos hechos y en alegación de los derechos fundamentales que se señalan vulnerados en el presente escrito.

15. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES:

Tribunal Administrativo de Bolívar. Centro Historico de Cartagena
Edificio Nacional. Correo electrónico:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Apoderado. Centro Historico de Cartagena. Edificio CitiBank Oficina. 4 E
Celular: 310 4494887. Correo electrónico: abrahambecharall@gmail.com

De los Honorables Consejeros de Estado.



ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS
C. C. 1047395392 de Cartagena.
T. P. 211.438 del C. S. J.

HONORABLES MAGISTRADOS
 CONSEJO DE ESTADO
 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
 JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA (reparto).
 BOGOTÁ D.C.
 E. S. D.

REFERENCIA. PODER ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL, se recurre la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2022. Expedida por, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA No. 130/2022 SALA DE DECISIÓN No. 5. RD- 13001-33-31-012-2018-00106-01.

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS, mayor de edad, vecino de la ciudad de Cartagena, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.047.395.392., de Cartagena, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 211.438 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado judicial especial, del Señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA**, varón mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía **Nº. 1.047.382.699**, domiciliado en la ciudad de Cartagena, A partir de las facultades conferidas, interponemos acción de tutela contra la providencia judicial. Se recurre la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2022. Expedida por, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR. SENTENCIA No. 130/2022 SALA DE DECISIÓN No. 5. RD- 13001-33-31-012-2018-00106-01.**

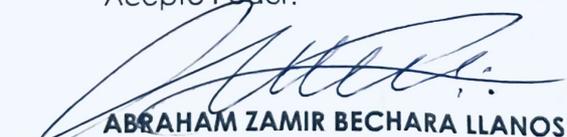
Por resultar violatoria a los *derechos constitucionales fundamentales* de mi poderdante al; **DEBIDO PROCESO Art. 29. C.P., IGUALDAD 13. Art. C.N. en conexidad con el principio constitucional de Seguridad Jurídica, y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Art. 229.** Lo anterior teniendo en cuenta que las sentencias referidas, adolecen de defectos sustantivos, por cuanto se profirieron con vulneración directa de la Constitución, y desconocen los precedentes de las Altas Cortes, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio del control de convencionalidad y control de internacionalidad, tipificándose las causales 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 6ª, conocidas como específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Otorgo Poder

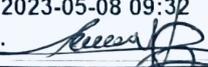


DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA
 C.C. Nº. 1.047.382.699

Acepto Poder.



ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS
 C.C. No. 1.047.395.392
 T. P. No. 211.438 del C. S. J.

Notaría Quinta del Circulo de Cartagena	
ELITH I. ZUÑIGA PEREZ	
Diligencia de Presentacion Personal y Reconocimiento con Huella	
Ante la Notaria Quinta del Circulo de Cartagena compareció	
DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA	
Identificado con C C 1047382699	
y declaró que la firma y huella que aparecen en este documento son suyas y el contenido del mismo es cierto.	
Cartagena:2023-05-08 09:32	
Declarante: 	-557707688





Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Tipo de Acción	Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-012-2018-00106-00
Demandante	Dewey Enrique Luna García
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional
Tema	Retiro discrecional del servicio
Sentencia No.	012/ 2021

I. PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

- Para el año 2008, el señor Patrullero Dewey Enrique Luna García ingresó a la Policía Nacional en el grado de Patrullero.
- Para el 15 de diciembre de 2017 al Patrullero Luna García le fue dictada intempestivamente Resolución No. 616 por medio de la cual se le retiró del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la entidad.
- Las motivaciones para fundar el retiro se soportan en que el señor Luna García al ser aprehendido y judicializado por el presunto delito de porte ilegal de armas el día 12 de noviembre de 2017, incurrió en tal delito y violó las normas legales.
- El mismo 12 de noviembre de 2017, el Patrullero Dewey Luna García es llevado a los estrados judiciales, concretamente ante el Juzgado tercero Penal Municipal con Funciones de Garantías, para los fines de cumplimiento





de audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, aconteciendo que la misma Fiscalía Seccional 7 se abstuvo de presentar la formulación de imputación por el porte ilegal de armas, ni se solicitó medida de aseguramiento, por lo que el Juez de garantías ordenó la libertad inmediata del demandante.

- El día 5 de diciembre de 2017, la Fiscalía No. 4 de Cartagena de Indias, dispuso el archivo de la actuación que se adelantaba al señor Patrullero Dewey Luna García por el delito de porte ilegal de armas y por el cual había sido capturado y judicializado el 12 de noviembre de 2017.
- El día 15 de diciembre de 2017, diez días después de que la Fiscalía archivara la investigación del señor Dewey Luna García, la entidad demandada decide retirarlo discrecionalmente bajo el criterio expresado en el acto administrativo demandado de *“que la conducta realizada es descrita en la ley como delito establecida en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, lo aparta de los preceptos que soportan el actuar de los servidores públicos”* y que por consiguiente, *“la conducta desplegada por el señor Patrullero DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA, se aparta por completo del marco legal que rige el actuar en sociedad”*.
- El actor tiene derecho a ser reintegrado a un cargo igual, equivalente o superior al que ocupaba, en las mismas o mejores condiciones de trabajo y al pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de carácter laboral dejados de pagar, hasta cuando sea reintegrado como consecuencia de la nulidad del acto acusado, objeto de la demanda.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora solicita lo siguiente:

- Se decrete la nulidad y consecuencialmente, se deje sin efectos el acto administrativo Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017 por medio de la cual se resolvió retirar al Patrullero Dewey Enrique Luna García del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena.
- Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, el correspondiente restablecimiento del derecho del señor Dewey Enrique Luna García disponiendo su reintegro a la institución Policía Nacional en su grado de Patrullero y si fuere el caso en uno equivalente





o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo, una vez quede ejecutoriada la correspondiente sentencia.

- Que se condene a la entidad demandada al pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca su reintegro.
- Para efectos de prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del actor, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.
- Que el tiempo en que el demandante Dewey Luna García haya estado desvinculado debido al acto demandado, sean computados a su tiempo de servicios de tal manera que para efectos pensionales se tenga como no interrumpido su tiempo de servicios desde que fue desvinculado.
- Que en dicho reconocimiento se hagan los reajustes, indexaciones y actualizaciones correspondientes de conformidad con la ley, de manera que no se pierda la capacidad adquisitiva de la pensión a reconocer.
- Así mismo, se reconozcan y paguen los intereses legales más altos previstos anualmente sobre dichas sumas de dinero actualizadas y para el mismo periodo.
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y según la jurisprudencia concordante.
- Que se ordene que el pago de la sentencia se efectúe acorde con el artículo 195 del CPACA, de manera que en caso de mora se proceda conforme al numeral 4º del citado artículo.
- La condena respectiva será actualizada con lo previsto en el artículo 187 ibídem y según jurisprudencia relacionada con el tema.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa la parte demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación son los siguientes:

Normas violadas: Constitución Política de Colombia artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 29, 47, 54 y 90, Pacto de San José de Costa Rica artículos 3 a) y b); Pacto



SC5780-1-9





Internacional de los Derechos Civiles y Políticos artículos 14 y 17 y Ley 1437 de 2011 artículo 3º.

Como concepto de la violación señala la parte actora que existe un desconocimiento del derecho de audiencia y defensa vinculado en conexidad con la inobservancia a normas superiores que se le debe acatamiento. En este caso, la determinación contra el demandante tiene como único soporte la recomendación que en tal sentido hiciera la Junta de Evaluación y Clasificación para el Personal de Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Policía Metropolitana de Cartagena la cual mediante Acta No. 002/07-12-2017 le recomendó al Comandante de esa unidad policial, hacer uso de la facultad discrecional y retirar del servicio al demandante, dado que el mismo había trasgredido la norma que describe como delito el tráfico, porte y fabricación de armas de fuego.

Al momento del retiro del demandante, la Fiscalía había desistido de formular imputación y se había ordenado libertad inmediata, pero se omitió referirle a quien recomendó el retiro ya que la Fiscalía había archivado la investigación que se le había iniciado por el porte ilegal de armas.

Consideran además que, existe falsa motivación porque el retiro no estuvo basado en razones objetivas y hechos ciertos, ello dado que pese a que la justicia ordinaria de manera real, oportuna y efectiva y mucho antes que se produjera el retiro y su recomendación, declaró que en el comportamiento del demandante no hubo delito y archivó la actuación pero la Policía Nacional dio por hecho lo contrario y procedió en consecuencia, desconociendo uno de los pilares de la democracia cual es el respeto de las decisiones de los jueces.

Señalan que no hubo un examen de fondo, completo y preciso ya que partiendo de una simple sindicación que al momento de rendirse la recomendación y de materializarse la misma, ya había sido desvirtuada completamente por las autoridades competentes para ello, se terminó expulsando al demandante. Además, brilló por su ausencia el estudio serio de la hoja de vida del actor y su evaluación del desempeño.

Finalizan señalando que existe desviación de poder dado que aun cuando habían transcurrido 10 días desde cuando terminó de manera favorable al actor la investigación penal que la propia demandada dio lugar a que se iniciara contra él, no obstante, sobre los mismos presupuestos fácticos que dieron lugar a la misma, se procedió a retirarlo discrecionalmente.





III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional presentó contestación de la demanda dentro del término legal (fls. 124 a 140) donde manifiestan que se oponen a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos legales y respaldo probatorio.

Señalan que el actor fue retirado por voluntad del director general de la Policía Nacional, decisión que tuvo motivaciones en el mejoramiento del servicio policial y sustentado jurídicamente en los artículos 1, 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003.

Para el caso particular, se tiene que la conducta del Patrullero Dewey Luna García no obra en concomitancia con el deber del policial de actuar dentro y fuera del servicio en armonía con la comunidad y en estricto cumplimiento de los preceptos legales y constitucionales. Aunado a lo anterior, la conducta realizada es descrita en la ley como delito lo que lo aparta de los preceptos que soportan el actuar de los servidores públicos. Señalan además que la imagen institucional representa uno de los haberes más valiosos y de ella resulta la percepción que la comunidad tenga de la Policía Nacional, es por ello por lo que el comportamiento y proceder del uniformado siempre debe estar ajustado a las normas constitucionales y legales.

Al configurarse una pérdida de la confianza invaluable para el mando institucional, basados en los hechos antes descritos, que derriban la imagen de la institución, es correspondiente y consecuente tomar las medidas siendo oportuno retirar del cargo al Patrullero Luna García y la Junta reiteró que la medida adoptada es única y exclusivamente para el mejoramiento del servicio.

Se presume que el retiro del actor se debió a la necesidad del servicio, situación que no está desvirtuada en el proceso, de modo que, si el acto demandado cumple con los requisitos de ley, se entiende que fue expedido por razones del buen servicio. No basta con la sola afirmación de que el retiro se produjo por razones diferentes al buen servicio, pues resulta indispensable que el demandante acredite con medios probatorios el vicio endilgado al acto acusado.

Por todo lo anterior, solicitan sean denegadas las pretensiones de la demanda.

IV. TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 10 de mayo de 2018 (fl. 1) y sometida a reparto el mismo día (fl. 103), correspondiéndole el conocimiento de mismo al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, siendo admitida mediante auto del 22 de junio de 2018 (fl. 105).





El auto admisorio de la demanda fue notificado a la demandada el 18 de julio de 2018 (fl. 123)

Mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2018 se fijó el día 21 de febrero de 2019 a las 10:30 a.m. (fl. 147), para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. Luego se corrió traslado de pruebas allegadas el día 20 de mayo de 2019 (fl. 203) y posteriormente, mediante auto del 18 de julio de 2019 (fl. 205) se corre traslado a las partes para presentar alegaciones de conclusión.

V. ALEGACIONES

La parte **demandante** presentó alegatos de conclusión dentro del presente asunto, sin embargo, lo hizo en forma extemporánea, teniendo en cuenta que el auto que ordena correr traslado para alegatos se notificó el día 19 de julio de 2019 (fl. 206), por lo que el término para su presentación vencía el 2 de agosto de 2019, mientras que las alegaciones fueron presentadas el 9 de octubre de 2019 (fls. 221 a 222).

Por su parte, la demandada **Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional** presenta alegaciones de conclusión dentro del término legal (fls. 73 al 76), en donde básicamente reiteran las argumentaciones plasmadas en la contestación de demanda, insistiendo en que los motivos por los cuales la Junta propuso el retiro del Patrullero Luna García obedecieron estrictamente al mejoramiento del servicio, ya que el funcionario no cumplía con el precepto constitucional para lo cual fue investido.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente proceso.

VII. CONTROL DE LEGALIDAD

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y siendo este Despacho competente en virtud del numeral 2º del artículo 155 del CPACA y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto.





VIII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este Despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

2. Problema jurídico

El problema jurídico radica en establecer si el acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017, expedido por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, y por medio del cual se retira del servicio al señor Dewey Enrique Luna García adolece de las causales de nulidad que se le endilgan.

En caso afirmativo, se deberá determinar si se debe acceder al restablecimiento del derecho en los términos solicitados por la parte demandante.

El anterior problema jurídico se estudiará teniendo en cuenta los cargos de nulidad y normas violadas propuestas por la parte demandante.

3. Tesis del despacho

Encuentra el despacho que en el presente caso la parte demandante demostró que el acto de retiro del servicio ha sido expedido con falsa motivación. El demandante acreditó que la decisión desbordó los límites de las facultades discrecionales de la Administración al ordenar su retiro a pesar de que la investigación penal adelantada en su contra hubiese sido resuelta a su favor, por esta razón, puede tenerse por desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto acusado y por ello, las pretensiones de la demanda deben ser concedidas.

4. Marco normativo y jurisprudencial

DECRETO LEY 1791 DE 2000

“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 funciones:*

- 1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.*
- 2. Proponer al personal para ascenso.*
- 3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.*





“Artículo 55. Causales de retiro. *El retiro se produce por las siguientes causales:*
(...)

6. *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.*

(...).”

Artículo 62. Retiro por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía Nacional. *<Apartes en negrilla declarados INEXEQUIBLES> Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o 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 o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.*

LEY 857 DE 2003

“Artículo 1o. Retiro. *El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

El retiro de los Oficiales 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.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.”

“Artículo 2o. Causales de retiro. *Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:*

4. Por llamamiento a calificar servicios.

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.

6. Por incapacidad académica.”

“Artículo 4o. Retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. *Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.*





El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

Parágrafo 1o. *La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000”.*

Sobre la materia que nos ocupa, el Consejo de Estado emitió el siguiente pronunciamiento:

“(…) Retiro de Agentes por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional

El acto administrativo acusado fundamentó el retiro del demandante en la facultad discrecional de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, que “modifica las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, cuyo tenor literal es el siguiente:

“(…) 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. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo 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.*
- (…)”*

El artículo 62 ibídem en su redacción inicial, en la forma en que estaba vigente al momento en que se produjo el retiro del servicio del demandante, disponía:

“ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> 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”.

Por su parte, el artículo 49 del Decreto 1800 de 2000 “Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional” 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 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional” 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 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. (...)”¹

Ahora bien, ante la discrepancia de criterios entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con los criterios de valoración de los actos administrativos de retiro del servicio de un funcionario de las fuerzas militares

¹ C.E. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 7 de diciembre de 2017, Rad. 25000-23-42-000-2012-01021-02(2142-16), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



SC5780-1-9





y de la Policía Nacional, esta última Colegiatura, en fallos SU-172² y SU-288 de 2015³, delimitó «el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional [...]», así:

“[...] 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:

- *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 constitucional⁴. 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*

² M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴ 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.



SC5780-1-9





ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

- Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. **Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro⁵ [destaca la Sala]**.

Por otra parte, encontramos el siguiente pronunciamiento frente a la forma de establecer las indemnizaciones en los casos en que se deba ordenar el reintegro de un servidor:

En Sentencia SU-556 de 2014, la Honorable Corte Constitucional estableció una limitante al pago de indemnizaciones por salarios dejados de percibir por aquellos empleados provisionales que han sido declarados insubsistentes sin motivación alguna en cargos de carrera administrativa, en donde procede declaratoria de nulidad de los actos de insubsistencia, orden de reintegro a los cargos ocupados y a título indemnizatorio la suma no deberá ser inferior a seis meses ni superior a veinticuatro meses de salario, como se expone a continuación:

*“(…) Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.
(…)*

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-172 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



SC5780-1-9





Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

(...)

Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

(...)

Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (...).”

Conforme a lo anterior, se encuentra que la regla indemnizatoria contenida en sentencia SU-556 de 2014, inicialmente concebida para el caso de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, también debe ser aplicada en asuntos concernientes al retiro de miembros de la fuerza pública.⁶

5. Caso concreto

5.1 De los hechos probados a partir del material probatorio allegado al expediente:

De acuerdo con el material probatorio aportado al expediente se ha acreditado lo siguiente:

- 5.1.1** A folios 18 al 22 del expediente, se aporta copia de la Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017 proferida por la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, por la cual se retira del servicio activo a un miembro del nivel ejecutivo adscrito a la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias.

⁶ Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2017, Rad. 05001-23-31-000-2011-00219-01(0472-14), C.P. Carmelo Perdomo Cueter.



SC5780-1-9





- 5.1.2** A folios 23 al 28 del expediente, obra copia del Acta No. 02 del 7 de diciembre de 2017 emanada de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, respecto del retiro por voluntad de la Dirección General de un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.
- 5.1.3** A folio 29 del expediente, milita copia del Oficio No. 3076 del 12 de octubre de 2017 emanado del Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías con el cual se informa a la Policía Nacional que ese Despacho decidió decretar la legalidad de la captura del señor Dewey Luna García, se declina la formulación de imputación y se ordena libertad inmediata.
- 5.1.4** A folio 30 del expediente, se encuentra copia del acta de audiencia concentrada de fecha 12 de noviembre de 2017 adelantada por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Control de Garantías.
- 5.1.5** A folios 31 al 34 del expediente, reposa copia de la orden de archivo dentro del radicado 130016001129201703353 expedida por la Fiscalía Seccional 4 de Cartagena.
- 5.1.6** A folios 35 al 37 del expediente, obra copia del extracto de hoja de vida del señor Dewey Enrique Luna García expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional.
- 5.1.7** A folios 38 y 39 del expediente, se encuentra copias de los certificados de antecedentes judiciales y disciplinarios a nombre de Dewey Enrique Luna García, expedidos por la Policía Nacional y la Procuraduría General de la Nación.
- 5.1.8** A folio 41 del expediente, se encuentra Oficio No. S-2018-015928/MECAR-29.25 del 13 de abril de 2018 dirigido al demandante y emanado de la Policía Metropolitana de Cartagena con el cual se le remite copia de calificaciones y seguimientos del año 2017. Esta documentación se encuentra a folios 42 al 55 del expediente.
- 5.1.9** A folio 57 del expediente, se observa oficio No. S-2018-014172-SUBCO-GUTAH-29 del 3 de abril de 2018 emanado de la Oficina de Talento Humano MECAR y dirigido al demandante, con el cual se le hacen llegar las copias de las minutas de servicios de la Estación de Policía Nuevo





Bosque de los días 9 de noviembre a 17 de diciembre de 2017. Esta documentación se aporta a folios 58 al 98 del expediente.

5.1.10 A folio 99 del expediente, reposa certificación de fecha 20 de marzo de 2018 emanada de la Fiscalía Seccional 2 Adscrita a la Unidad delegada ante Jueces del Circuito de Cartagena donde se hace constar que la investigación penal radicada bajo el número 130016001129201703353 que se adelantaba contra Dewey Luna García, se encuentra archivada por conducta atípica.

5.1.11 A folio 163 del expediente, se aporta oficio SUBCO-GUTAH-29.61 del 27 de febrero de 2019 emanado de la Oficina de Talento Humano MECAR, con el cual se allega copia de los antecedentes administrativos del retiro del Patrullero Luna García Dewey Enrique como son acta de Junta de Evaluación y Clasificación No. 02 y Resolución No. 616. Esta documentación se encuentra a folios 164 a 176 del expediente.

5.1.12 A folios 179 a 195 del expediente, se aportan copias de calificaciones y formularios de seguimiento del señor Dewey Luna García correspondientes al año 2016 y evaluación de desempeño de la misma anualidad.

5.1.13 A folio 199 del expediente, reposa oficio No. S-2019-020611-APROP-GRURE-1.10 del 16 de abril de 2019 con el cual se hace llegar al proceso, copia de Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017 la cual se encuentra a folios 200 a 202 del expediente.

5.2 Análisis del material probatorio frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

En el caso que nos ocupa, se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017, emanada del Comando de Policía Metropolitana de Cartagena de Indias por medio de la cual se resolvió retirar del servicio activo al Patrullero Dewey Enrique Luna García por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

Afirma el apoderado del demandante que, el acto atacado se encuentra viciado de nulidad al haberse expedido con motivaciones falsas porque el retiro no estuvo basado en razones objetivas y hechos ciertos, pues a pesar de que la justicia ordinaria de manera oportuna y mucho antes que se produjera el retiro y su recomendación, había declarado que en el comportamiento del actor no era delito y por ello se archivó la actuación, sin embargo, la Policía Nacional asumió todo lo





contrario y procedió en consecuencia, a declarar el retiro del demandante, desconociendo las decisiones de los jueces que le habían exonerado de cualquier comportamiento por fuera de la ley.

Además de lo anterior, señalan que, al estudiar la situación del Patrullero Luna García, no se realizó un examen de fondo, completo y preciso, pues a partir de una simple sindicación que fue desvirtuada completamente por las autoridades competentes, se determinó la expulsión del demandante, sin que se hubiese realizado por lo menos, un estudio serio de su hoja de vida y su evaluación del desempeño.

De la lectura de las normas indicadas en el capítulo correspondiente al marco normativo se concluye que el retiro de personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como es el caso del cargo que desempeñaba el accionante, se efectúa por medio de las facultades delegadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, facultad que puede delegarse a su vez según el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 857 de 2003 en los Comandantes de Policía Metropolitana de la Policía Nacional, situación que se configura en el caso concreto, siendo la causal argumentada la de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, contemplada en el artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000. La resolución acusada fue expedida por el comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, en uso de las facultades conferidas por el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 857 de 2003, considerando que la misma se realiza por razones del mejoramiento del servicio.

De acuerdo con el artículo antes mencionado, se tiene que el retiro de Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes se podrá realizar por disposición del director general de la Policía Nacional en forma discrecional, entre otras causales, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Esta es una situación que, de acuerdo con el marco normativo que antecede, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y, por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad.

Tal decisión debe obedecer al ejercicio de una facultad permitida por la normatividad que rige el servicio en la Policía Nacional, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública.

Conforme a las anteriores orientaciones, el legislador quiso revestir a la Policía Nacional de la facultad discrecional para retirar del servicio a sus miembros con el fin de flexibilizar el movimiento del personal que permita el mejoramiento del servicio. En este orden de ideas, atendiendo las funciones propias de ésta institución que comprometen la seguridad del Estado y de los ciudadanos, debe





dotársele de herramientas dirigidas a cumplir con la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos.⁷ La discrecionalidad conferida a la Policía Nacional como causal de retiro del servicio no implica arbitrariedad, dado que la autoridad competente debe actuar dentro de los estrictos parámetros del mejoramiento del servicio, cuya actuación no está ligada a la obligación de expresar los motivos del acto puesto que lleva implícito dicha finalidad.

En cuanto a esta facultad discrecional, el Honorable Consejo de Estado ha proferido el siguiente pronunciamiento:

“(…) 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, estima la Sala 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 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,

⁷ Artículo 218 de la C.P.: 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.



SC5780-1-9





objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A. (...)”⁸

Pese a lo expuesto con anterioridad, en el caso que nos ocupa, la entidad soporta su decisión de retiro en que los hechos ocurridos el día 12 de noviembre de 2017 donde fue capturado el demandante Dewey Luna García en posesión de un arma de fuego con municiones, sin portar documentos que acreditaran su legalidad, hecho que a juicio de la administración supone una mengua en la confianza pública e institucional de la cual debe ser portador el miembro de la institución policial. Para la entidad demandada es claro que a pesar de que la investigación penal por este hecho resultó favorable a los intereses del actor, para la Dirección General de la Policía, este tipo de situaciones afecta de manera grave la confianza que debe generar el servidor público ante la comunidad en general.

Frente al tema, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar en casos similares que, todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, y en ello cobra importancia los antecedentes en la prestación de la labor, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.

Todo sin que lo anterior quiera decir, que ellas son las únicas razones por las cuales la administración puede hacer uso de la facultad discrecional para ordenar el retiro de los miembros de las fuerzas armadas.

Resulta de suma importancia tener en cuenta que la indagación penal aperturada por la supuesta conducta delictiva en contra del hoy actor, tuvo que ser declinada por la Fiscalía General de la Nación al encontrar configurada la atipicidad de la conducta que se le endilgaba al señor Luna García y que a la postre fue el motivo principal de su retiro de acuerdo al contenido del acto acusado, circunstancia que obligaba al archivo de la actuación, decisión que fue tomada por el ente investigador el día 12 de noviembre de 2017 ante un Juez Penal de Control de Garantías (fs. 30 a 34).

Aparte de la infortunada circunstancia antes anotada, no obran en el expediente informes o anotaciones negativas en la hoja de vida del actor⁹ y menos observaciones de conductas o comportamientos moralmente inaceptables o

⁸ C.E. Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2015 Rad. 11001-03-25-000-2012-00449-00(1890-12), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹ Ver folios 35 a 37 del expediente.



SC5780-1-9





cuestionables que pongan en tela de juicio la imagen institucional a la que hace referencia la entidad demandada en el acto acusado. Por el contrario, solo se relacionan felicitaciones otorgadas por su buen desempeño laboral y su consagración al trabajo.

La validez del acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa de este, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

Así las cosas, la decisión adoptada por la administración de retirar del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional, no encuentra respaldo en los antecedentes planteados en el acto administrativo demandado, los cuales se basan en la presunta comisión de conductas reprochables por parte del actor Dewey Luna García, máxime cuando se afirma en el acto enjuiciado que la conducta por el realizada constituye un delito y que además, el haber sido capturado en situación de flagrancia, afecta notablemente la confianza de la Policía Nacional en él como servidor público dado que la imagen institucional representa uno de sus haberes más valiosos. Lo anterior contrasta con las evaluaciones del desempeño del demandante en la labor que le había sido encomendada el cual fue a todas luces sobresaliente, como da cuenta las anotaciones, 8 en total, de felicitación que obran en su hoja de vida.

Incluso, llama la atención del Despacho que la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, plasmada en Acta No. 002 (fs. 23 a 28), donde se recomienda el retiro del servicio del Patrullero Dewey Luna García, fue expedida el día 7 de diciembre de 2017, es decir, con posterioridad a la decisión de archivo por atipicidad de la conducta endilgada por la Fiscalía General de la Nación, la cual se expidió el día 12 de noviembre de la misma anualidad. Dicho de otro modo, la entidad conocía de la inexistencia de algún tipo de conducta delictiva endilgable al Patrullero Luna García al momento de efectuar la recomendación de retiro por esa misma conducta, tal como se extrae del contenido del acto demandado.

Bajo estos supuestos, debe decirse que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asistía al acto administrativo acusado, el cual se





encuentra afectado de falsa motivación razón por la cual, se anulará el acto acusado y se accederá al consecuente restablecimiento del derecho.

Se insiste, comoquiera que no se demostró por la parte demandada que la decisión de retirar al actor del servicio activo de la Policía Nacional colmó los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, en tanto que no justificó que ello era necesario en consideración a la supuesta comisión de conductas delictivas por parte del hoy actor (falsa motivación), ni se advierte la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución, esto es, el mejoramiento del servicio, el acto demandado debe ser declarado nulo.

El restablecimiento del derecho en el caso particular

Así las cosas, como consecuencia de la anulación del acto de retiro del servicio, procede el reintegro del demandante al cargo de Patrullero que era el que desempeñaba al momento del retiro o en otro equivalente, con el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que estuvo por fuera de la institución.

Aun así, como ya se indicó en el marco jurídico de la presente providencia (Sentencia SU-556 de 2014 aplicable también a miembros de la fuerza pública), a la suma indemnizatoria que se reconozca al actor por haber sido retirado del servicio con falsa motivación, es preciso descontar todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses, ni superior a veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

En tal virtud, el Despacho condenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reintegrar al demandante DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA, en el cargo de Patrullero, o en otro equivalente, entendiéndose que para todos los efectos no hay solución de continuidad. Así mismo, a pagarle el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de ejecución del acto de retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.





Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

SOBRE LA CONDENACION EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula en el numeral 1º del artículo 365 del CGP., el cual dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Por otro lado, no se reconocen expensas a la parte demandante en tanto no aparecen en el expediente los gastos causados. Igualmente, teniendo en cuenta el artículo 5º numeral 1º inciso 2 a. (i) del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho las cuales corresponderán al 4% del valor de las pretensiones estimada de la demanda¹⁰, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandada y la cuantía de las pretensiones.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

¹⁰ Las pretensiones de la demanda se estimaron en \$ 5.632.655.00 (ver fl. 15)



SC5780-1-9





IX. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017 por medio de la cual se resolvió retirar al Patrullero Dewey Enrique Luna García del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reintegrar al demandante DEWEY ENRIQUE LUNA GARCÍA, en el cargo de Patrullero, o en otro equivalente, entendiendo que para todos los efectos no hay solución de continuidad. Así mismo, a pagarle el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de ejecución del acto de retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

TERCERO: Condenar en costas a la parte vencida, con inclusión de agencias en derecho por 4% del valor de la cuantía estimada de la demanda. Su liquidación se realizará por Secretaría.

CUARTO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.



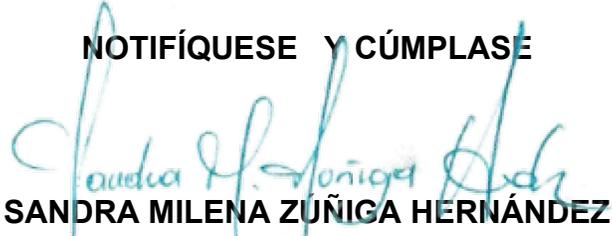
SC5780-1-9





QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SANDRA MILENA ZUÑIGA HERNÁNDEZ
Juez



SC5780-1-9



Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-012-2018-00106-01
Accionante	Dewey Enrique Luna García
Accionada	Nación-Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Tema	Retiro por voluntad del gobierno- facultad discrecional
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 005 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia de 28 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Demanda (fs. 1-17 archivo 01 expediente digital).

3.1.1. Pretensiones.

El señor Dewey Enrique Luna García, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda mediante apoderado judicial contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. – Con arreglo a los mandamientos legales se **DECRETE LA NULIDAD** y consecuentemente se deje sin efecto el acto administrativo señalado a continuación y por ende se excluya de la vida jurídica:

Resolución No. 616 del Quince (15) de Diciembre de Dos Mil Diecisiete (2017), por medio de la cual se resolvió retirar al Patrullero DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena.

2. – Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, el correspondiente

*restablecimiento del derecho del señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA** disponiendo su reintegro a la institución Policía Nacional en su grado de patrullero y si fuere el caso en uno equivalente o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo, una vez quede ejecutoriada la correspondiente sentencia.*

3. – *Que se condene a la Nación Ministerio Defensa Nacional – Policía Nacional al pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.*

4. – *Para efectos de prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

5. – *Que el tiempo en que el señor **DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA** haya estado desvinculado, en razón de los actos acusados, sean computados a su tiempo de servicios, de tal manera que para efectos pensionales se tenga como no interrumpido su tiempo de servicio desde que fue desvinculado.*

6. – *Que en dicho reconocimiento se hagan los reajustes, indexaciones y actualizaciones correspondientes de conformidad con la ley, de manera tal que no se pierda la capacidad adquisitiva de la pensión por reconocer.*

7. – *Así mismo, que se reconozca y paguen los intereses legales más altos previstos anualmente sobre dichas sumas de dinero actualizadas y para el mismo período.*

8. – *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 de la ley 1437/2011 y según jurisprudencia concordante al respecto.*

9. – *Que se ordene que el pago de la sentencia se efectúe acorde con el artículo 15 del citado compendio normativo, de manera tal que en caso de mora se proceda conforme el numeral 4 del citado artículo.*

10. – *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 ibídem y según jurisprudencia relacionada con el tema."*

3.1.2. Hechos.

El accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

En el año 2008 ingreso a la Policía Nacional en el grado de Patrullero y para el 15 de diciembre de 2017 le fue dictada la Resolución No. 616, por medio de la cual se le retiró del servicio activo por voluntad de la Dirección General Policía Nacional.

Las motivaciones que sirvieron de fundamento para su retiro obedecieron a que fue aprehendido y judicializado por el presunto delito de porte ilegal de armas el 12 de noviembre de 2017.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Garantía celebró el día 12 de noviembre de 2017 las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, en la cual la Fiscalía Seccional Número Siete se abstuvo de presentar la formulación de la imputación y declinó la solicitud de medida de aseguramiento, razón por la cual el Juez de Garantías ordenó su libertad inmediata demandante.

El 5 de diciembre de 2017 la Fiscalía Seccional No. Cuatro de Cartagena dispuso el archivo de la actuación.

El 15 de diciembre de 2017 la Policía Nacional dispuso retirarlo del servicio por discrecionalidad, al considerar “que la conducta realizada es descrita en la Ley como delito establecida en el artículo 365 de la ley 599 de 2000, lo aparta por completo de los preceptos que soportan el actuar de los servidores públicos” y por consiguiente “la conducta desplegada...se aparta por completo del marco legal que rige el actuar en sociedad.”

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señaló como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 2, 47, 54 y 90 de la Constitución Política; 1, 8, 11 del Pacto de San José de Costa Rica; 3-a) b), 14 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 3 de la Ley 1437 de 2011, y explicó así el concepto de la violación.

El acto administrativo demandado omitió señalar que a pesar de que había sido capturado y llevado ante un Juez de Control de Garantías, el mismo ordenó su libertad de manera inmediata, puesto que la Fiscalía se abstuvo de formular imputación por ese delito y de solicitar medida de aseguramiento.

La Junta de Evaluación omitió en la recomendación de retiro que la Fiscalía había archivado la investigación que se adelantaba en su contra por el delito de porte ilegal de armas, por lo que resulta claro que actuó desconociendo principios y valores superiores consagrados en la Constitución Política e incluso en tratados y convenios internacionales de obligatorio cumplimiento.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los órganos competentes ya habían evaluado su conducta antes de que se expidiera el acto acusado, concluyendo que no existía delito.

El acto demandado también está viciado de falsa motivación, la recomendación de retiro hecha por la Junta correspondiente a la Policía Metropolitana de Cartagena no estuvo basado en razones objetivas y hechos ciertos, pues la justicia ordinaria, mucho antes de que se produjera la recomendación de la junta y el consecuente retiro, declaró que en el comportamiento del demandante no hubo comisión de delito y archivó la actuación.

El acto acusado también está afectado por desviación de poder, porque a pesar de que habían transcurrido 10 días desde cuando terminó de manera favorable para el actor la investigación penal, la entidad demandada procedió a retirarlo discrecionalmente.

3.2. Contestación de la demanda.¹

El Ministerio de Defensa - Policía Nacional contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con apoyo en los siguientes argumentos:

El actor fue retirado del servicio activo de la institución "Por voluntad del director de la Policía Nacional", decisión que se motivó en razones de mejoramiento del servicio policial y sustentado jurídicamente en los artículos 1, 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003.

Esas razones fueron consignadas en la Resolución de retiro No. 616 del 15 de diciembre de 2017, las cuales fueron estudiadas por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, quien encontró que la conducta desplegada por el actor el día 12 de noviembre de 2017, cuando portaba un arma de fuego tipo revolver con 6 cartuchos en su interior sin la documentación que sustente el porte o tenencia legal, desconoce el deber Policial, de actuar dentro y fuera del servicio en armonía de la comunidad y en estricto cumplimiento de los preceptos legales y constitucionales.

La conducta del actor está prevista en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 como delito, y lo aparta por completo del marco legal que rige su actuar en sociedad, incidiendo negativamente en el servicio público

¹ Folios 181-197

encomendado a la Policía Nacional, lo que permite concluir que existen elementos suficientes para inferir que carece de la confianza depositada en un servidor público, quien debe cumplir de manera estricta una serie de requisitos y calidades tanto en el ámbito tanto profesional como personal, de manera que garantice la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las responsabilidades estatales que le son encomendadas.

Para estos casos, el formulario de seguimiento no deberá soportarse como elemento fehaciente para analizar el desempeño policial del patrullero, por cuanto la conducta es desviada del fin esencial de la Policía Nacional y para la presente evaluación no presenta registros que según los comandantes afectaron en algunas ocasiones el servicio. Igualmente, revisados los formularios de seguimiento se observa que no cumplió con lo ordenado por los diferentes mandos que han pasado por su trayectoria laboral, no se observan registros y/o anotaciones que lo diferencie de sus compañeros, es decir, que no cumplía con lo que le correspondía, como tampoco hay comportamientos agregados que lo haga ser sobresaliente frente a sus compañeros.

Los hechos descritos evidencian que el accionante no cumplía con el precepto Constitucional para lo cual fue investido, configurándose una pérdida de la confianza para el mando institucional, basado en hechos ciertos que derriban la imagen de la institución ante la comunidad afectando el servicio de la Policía, siendo conveniente y oportuno separar del cargo y proponer el retiro inmediato del actor, dado que, no es dable sostener en servicio activo a un funcionario que soslayó la ley penal y disciplinaria.

El estudio y la recomendación de la junta obedece a motivos netamente del servicio, pues las investigaciones penales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y disciplinarias en cabeza de la Oficina de Control Interno Disciplinario son diferentes y tienen un fin sancionatorio, a diferencia de la presente, cuyo fin exclusivo es el mejoramiento del servicio.

3.3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 28 de junio de 2021 el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo, sostuvo que no obran en el expediente informes o anotaciones negativas en la hoja de vida del actor, como tampoco observaciones de conductas o comportamientos moralmente inaceptables que pongan en tela de juicio la imagen institucional de la entidad, pues, por el contrario, solo se relacionan felicitaciones otorgadas por su buen desempeño laboral y su consagración al trabajo, por lo que la decisión de retirarlo del servicio con fundamento en la facultad discrecional no encuentra respaldo en los antecedentes planteados en el acto acusado.

Las razones expuestas en el acto acusado se refieren a la presunta comisión de una conducta del actor que constituye delito, y por la captura en situación de flagrancia, que afecta notablemente la confianza de la entidad.

Llana la atención que la recomendación expedida por la Junta se expidió con posterioridad a la decisión de archivo por atipicidad de la conducta endilgada al actor, es decir, por lo que tenía conocimiento de la inexistencia de algún tipo de conducta delictiva que le fuera endilgable.

Así las cosas, considera que, la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, el cual se encuentra afectado de falsa motivación.

3.4. Recurso de apelación.²

La apelante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se denieguen las pretensiones de la demanda, porque considerar que el acto demandado fue expedido conforme al ordenamiento jurídico.

Lo anterior, lo expidió siguiendo la recomendación efectuada el 7 de diciembre de 2017 por la Junta de Evaluación y Clasificación competente, quien determinó que la conducta desplegada por el actor el día 12 de noviembre de 2017, cuando portaba un arma de fuego tipo revolver con 6 cartuchos en su interior y sin la documentación que sustente su porte o tenencia legal, desconoce el deber del Policía de actuar dentro y fuera del servicio en armonía con la comunidad y en estricto cumplimiento de los preceptos legales y constitucionales.

Esas conductas son ciertas, conforme a su captura y legalización de la misma, por lo que la causal de retiro por “Voluntad de la Dirección General

² Archivo 06 expediente digital.

de la Policía Nacional" tuvo sustento en razones objetivas, como lo es el mejoramiento del servicio y la pérdida de la confianza. Por ello se insiste que, en el caso en concreto no se debate si es responsable o no el Patrullero Luna García de la conducta penal, dado que, la resulta de dicho proceso no infiere en la decisión adoptada por la junta de evaluación, teniendo en cuenta que es una obligación de todo servidor público la buena conducta.

El acto acusado se profirió en uso de una facultad discrecional otorgada por los artículos 1, 2 numeral 50 de la Ley 857 de 2003, en especial el artículo 4 ibídem, y las razones del mejoramiento del servicio que justifican la medida discrecional, son definidas al contrarrestar la finalidad constitucional para la cual fue creada la Institución policial, la cual se encuentra contemplada en el artículo 218 de la Constitución Política, frente al desempeño profesional y personal del uniformado.

Las razones del mejoramiento del servicio son estudiadas por la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, y en el presente caso se estudió el Comunicado Oficial No. S-2017-037595 – MECAR de 24 de noviembre de 2017, suscrito por el Intendente Jefe Lisandro Chima Guerrero, con el asunto informe de novedad con policía, dirigido al Capitán José Fernando Montoya Rodríguez, Comandante de la Estación de Policía Virgen y Turística, donde se plasmó lo ocurrido con el demandante el día 17 de noviembre de 2017 en el sector Rafael Núñez.

La causal de retiro por voluntad de la Dirección General no equivale a una sanción de carácter penal y/o disciplinaria, si del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción que tiene el nominador, el cual puede ser actualizada por motivos de mejoramiento del servicio basado en razones de pérdida de credibilidad y confianza hacia uno de sus servidores.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Por auto de 29 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

La parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 183-187); la parte demandante no presentó alegatos de conclusión; y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

En el desarrollo de las distintas etapas procesales se ejerció el control de legalidad, y como en esta instancia no se observan vicios que impongan la declaración de nulidades o impidan proferir decisión de fondo, procede la Sala a decidir el recurso bajo estudio.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 133 del CCA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si la legalidad del acto administrativo que dispuso el retiro del servicio del accionante por voluntad del Gobierno resulta desvirtuada por el hecho de que, antes de la expedición de dicho acto, una autoridad judicial competente en materia penal declaró la atipicidad de la conducta que motivó el retiro y si la consideran de la conducta conlleva la falsa motivación del acto y la violación de las normas que regulan esa modalidad de retiro.

5.3. Tesis de la Sala.

El hecho de que la administración haya considerado como motivo para el retiro una conducta del accionante que fue declarada atípica por una autoridad en una actuación penal no constituye una causal de nulidad porque, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, resulta irrelevante que la conducta del policial puede ser calificada como eventualmente punible o disciplinable, siempre que pueda fundar el retiro cuando se examina con una finalidad diferente, cual es el ejercicio de la potestad discrecional orientada exclusivamente al mejoramiento del servicio, y así lo hizo el mando policial en el acto demandado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del retiro del servicio activo de la Policía Nacional

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional se encuentra regulado por el artículo 54 del Decreto 1791 de 2000,³ que lo define como la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar el servicio. Además, dispuso que el retiro del servicio del nivel ejecutivo y agentes, se hará por resolución ministerial, la cual podrá delegarse al director general de la Policía Nacional.

Las causales del retiro del servicio activo están previstas en el artículo 55 ibídem, cuyo numeral 6 establece la causal de retiro por voluntad del Ministerio de Defensa o, la Dirección General de la Policía Nacional para el nivel ejecutivo y los agentes, en la que se encuentra el caso bajo estudio.

5.4.2. Del retiro del servicio por voluntad del Gobierno o discrecional.

El artículo 62 del Decreto 1791 de 2000 desarrolla el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y establece que, por razones de 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 para los demás uniformados.

Por su parte, el artículo 55-6 estableció como causal de retiro: "Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministerio de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes".

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 857 de 2003, por medio de la cual se dictaron nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, así:

"Artículo 4. Retiro por voluntad del gobierno o del director general de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministerio de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de

³ "Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional."

Departamentos de Policía y directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

Parágrafo 1º. *La facultad delegada en los directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.*

Parágrafo 2º. *Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.”*

De acuerdo con la norma transcrita la forma de retiro examinada implica el ejercicio de una facultad discrecional que permite adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio, atendiendo las necesidades que el servicio demande.

La Corte Constitucional señaló que aunque no es obligatorio motivar de manera expresa los actos administrativos, es decir, que en su texto se enuncien las razones concretas por las cuales el Gobierno Nacional hace uso de esa facultad discrecional, también lo es que las causas ciertas y objetivas deben estar contenidas en las diligencias que los anteceden, es decir, en conceptos previos que emiten las juntas asesoras o de los comités de evaluación institucional, y dándolas a conocer de manera oportuna al implicado, pues solo así él tiene la posibilidad de entender las razones por las cuales se considera necesario disponer su retiro del servicio.⁴ Lo anterior no quiere decir que los actos de retiro carezcan de motivos, pues ellos deben estar revestidos de certeza y objetividad, en aras de no presumir que los mismos fueron expedidos de manera arbitraria por parte de la Administración, lo que claramente va en contra del concepto de discrecionalidad.⁵

La Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-053 de 2015, propuso los estándares mínimos de motivación para que 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 de la siguiente manera:

⁴ Corte Constitucional, sentencias T824/2009, T-723/2010 y T—265/2013, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, expediente 25000-23-25-000-1998-7979-01 (3274-02) Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente 25000-23-25-000-2001-02294-02 (1010-10) Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.



"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 acuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En ese 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...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"

El interesado, sin embargo, tiene la carga de acreditar ante la jurisdicción contenciosa administrativa que el ejercicio de la facultad discrecional tuvo un motivo diferente al constitucional.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que los actos de carácter discrecional no necesitan que la motivación se plasme en su texto, sin que ello implique que carezcan de ella, toda vez que, el mismo legislador condicionó a que la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa de conformidad con lo desarrollado por el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.⁶

Así las cosas, concluyó que “(...) con el fin de garantizar, por una parte, a la Administración el correcto ejercicio de la facultad discrecional al momento de decidir la desvinculación del personal uniformado, y por la otra, al interesado el debido proceso, se insiste, la mencionada recomendación debe basarse en el estudio pertinente que sustente la sugerencia de retirar al militar o policial del servicio, el cual debe plasmarse en la respectiva acta y conceder la oportunidad de conocer su contenido al desvinculado (o por lo menos ese estudio), por lo que en el evento en que el interesado formule el respectivo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho podrá aportar las pruebas que estime pertinentes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y la Administración, conforme a la preceptiva del parágrafo del artículo 145 del CCA (hoy artículo 175, numeral 4 del CPACA), allegue todos los elementos probatorios que tenga en su poder.”

Finalmente, el Consejo de Estado⁷ mediante reciente sentencia de unificación de fecha de 7 de abril de 2022, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para las controversias relacionadas con el retiro del personal uniformado de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, así:

“i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

ii) En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá., D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022). Expediente: 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016). Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá., D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022). Expediente: 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016). Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022.

obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa.

iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad."

3.3. Del ejercicio simultáneo de la facultad discrecional, en el retiro de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, de la acción penal y disciplinaria.

La concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional de retiro, de la acción penal y disciplinaria, se justifica cuando la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecta clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, pues de lo contrario se deslegitima la facultad discrecional, cuyo ejercicio exige verificar en cada caso concreto la necesidad y razonabilidad de su adopción.⁸

No es por tanto necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario y/o penal para hacer uso de la facultad discrecional, pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido.

En conclusión, la actuación disciplinaria y/o penal y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la discrecionalidad permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria y/o penal tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio.⁹

5.5. Caso concreto

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir

⁸ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Sentencia de fecha 01 de marzo de 2012. Radicado: 05001-23-31-000-2002-03530-01(1613-09)

⁹ Ver sentencia de fecha 19 de febrero de 2018, emitida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el proceso con radicado: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16)

- Resolución No. 616 del 15 de diciembre de 2017, mediante la cual el comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias retiró del servicio activo al demandante (fs. 18-23).
- Acta No. 002 del 07 de diciembre de 2017, mediante la cual la junta de evaluación y clasificación para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, recomienda el retiro del actor (fs. 24 -29 01Cuaderno expediente digital.).
- Oficio No 3076 del 12 de octubre del 2017, mediante el cual el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con funciones de Control de Garantías decretó legal la captura del demandante y se ordenó su libertad inmediata al declinar la Fiscalía las solicitudes de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (f. 30 Cuaderno 01 del expediente digital).
- Orden de archivo del proceso identificado con el número de radicado 130016001129201703353 (fs. 32-35 01Cuaderno expediente digital.)
- Extracto de hoja de vida del Patrullero Dewey Enrique Luna García de 16 de diciembre de 2017 (fs. 36-38 01Cuaderno expediente digital.).
- Formulario I Evaluación del desempeño policial (fs. 43-37 01Cuaderno expediente digital.)
- Formulario II Seguimiento del señor Dewey Enrique Luna García del año 2017 (fs. 48-66 01Cuaderno expediente digital.)
- Minuta de servicio de la Estación de Policía Nuevo Bosque correspondientes a los días 09 de noviembre de 2017 al 17 de diciembre de 2017. (fs. 69-148 01Cuaderno expediente digital.).
- Certificación de fecha 20 de marzo de 2018, mediante la cual la Fiscalía Seccional Cuarto hace constar que en su despacho cursó la investigación penal con radicado 130016001129201703353 por los presuntos delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en contra del señor Dewey Enrique Luna García, y se encuentra archivada por conducta atípica. (f.149 01Cuaderno expediente digital.).

- Formulario II de seguimiento del señor Dewey Enrique Luna García correspondiente al año 2016 donde se evidencian una serie de felicitaciones. (fs. 239-249 01Cuaderno expediente digital.).
- Fallo de primera instancia SIJUR MECAR-2018-126 de fecha 9 de mayo de 2019, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia – Inspección General – Policía Metropolitana de Cartagena de Indias – Oficina de Control Disciplinario Interno – Despacho, resolvió absolver de toda responsabilidad disciplinaria al señor Patrullero ® Dewey Enrique Luna García. (fs. 26-31 02Cuaderno expediente digital.)
- Acta de audiencia preliminar ordenada en el expediente disciplinario radicado con el número MECAR-2018-126, que se tramita contra el señor Patrullero ® Dewey Enrique Luna García de fecha 09 de mayo de 2019. (fl. 32 02Cuaderno expediente digital.).
- Constancia de ejecutoria de fecha 09 de mayo de 2019 de la decisión proferida en el proceso disciplinario radicado No. MECAR-2018-126, adelantado en contra del señor Patrullero ® Dewey Enrique Luna García. (f. 33 02Cuaderno expediente digital.).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo.

La parte demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 616 de 15 de diciembre de 2017, por medio de la cual se resolvió retirar al Patrullero DEWEY ENRIQUE LUNA GARCIA del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General Policía Nacional, emanada del Comando Policía Metropolitana de Cartagena, en resumen, porque consideró dicha decisión viola las normas que regulan esa modalidad de retiro y está viciada de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, en razón de que fue motivada en el hecho de que el demandante incurrió en una conducta constitutiva de delito, pese a que en la fecha de expedición de dicho acto un juez penal había declarado su atipicidad.

La juez a quo declaró la nulidad de la resolución demandada acogiendo los planteamientos de la parte actora, y la parte accionada interpuso recurso de reposición alegando que su decisión de retiro fue expedido conforme al ordenamiento jurídico y no está motivada falsamente, puesto que se basa en hechos ciertos y motivación objetiva.

A juicio de la Sala la resolución demandada no debió ser declarada nula en primera instancia, porque se fundó en la recomendación de la Junta de

Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena de 7 de diciembre de 2017, efectuada con base en hechos ciertos y en una motivación objetiva que cumple los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia, descritos en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia.

La resolución demandada no está afectada de falsa motivación, puesto que se basa en hechos descritos en el acto demandado y en el acta de la junta evaluación y clasificación que no fueron desvirtuados por la parte accionante, quien conforma a la jurisprudencia comentada tenía la carga de hacerlo.

En efecto, la Junta mencionada cuestiona y reprocha el actuar del demandante, quien fue capturado por la misma institución policial el día 12 de noviembre de 2017, cuando portaba un arma de fuego tipo revolver con 6 cartuchos en su interior sin la documentación que sustente el porte o tenencia legal.

La parte accionada en parte alguna de la demanda o en el curso del proceso negó que hubiera incurrido en la conducta referida, y ni siquiera pretendió justificar dicha conducta o defender su legalidad.

Centró los cargos de la demanda en demostrar que dicha conducta no podía ser tipificada como delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, porque así lo había declarado el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Garantía el día 12 de noviembre de 2017 cuando celebró las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, en la cual la Fiscalía Seccional Número Siete se abstuvo de presentar la formulación de la imputación y declinó la solicitud de medida de aseguramiento, procediendo el 5 de diciembre de 2017 la Fiscalía Seccional No. Cuatro de Cartagena al archivo de la actuación.

Si bien está probado que el juzgado referido tomó las decisiones e hizo las declaraciones anteriores con base en la consideración de que el arma no estaba en condiciones de ser percutida y por ello su porte y el de su munición no encuadraba en el tipo penal referido, hechos que no están en discusión en segunda instancia, lo cierto es que la conducta consistente en portar dicha arma y la munición con la que fue sorprendido el accionante tuvieron ocurrencia, y resulta reprochable e ilegal, en la medida en que constituye la violación de normas y principios de la institución y afecta

funcionalmente el servicio y puede dar lugar a la pérdida de confianza del mando institucional con base en razones objetivas y con independencia de su calificación por parte de las autoridades penales y disciplinarias.

Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descrita en acápite anterior y de ello dejó constancia la autoridad demandada en el acto acusado, donde expresa que la conducta examinada puede ser calificada como eventualmente punible, pero explícitamente resaltó que consideraba dicha conducto como un motivo referido netamente al servicio y reconoció que las investigaciones disciplinarias y penales a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la Oficina de Control Interno Disciplinario tenían una finalidad diferente a la del ejercicio de la potestad discrecional ejercida para el retiro del servicio, orientada exclusivamente al mejoramiento del servicio.

Así lo expresó de manera literal:

“...Así entonces no es dable bajo ninguna circunstancia y bajo ningún costo sea económico o de imagen y credibilidad ciudadana, sostener en servicio activo a un funcionario que soslayó la ley penal y disciplinaria, *sin embargo se reitera y deja claro que el presente estudio y recomendación es bajo motivos netamente del servicio, que la investigaciones penales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y disciplinarias en cabeza de la Oficina de Control Interno Disciplinario son diferentes y tienen un fin sancionatorio, a diferencia de la presente que tiene un fin exclusivo encaminado al mejoramiento del servicio.*”

Luego, no es cierto que la recomendación del retiro consistiera en que el demandante cometió un delito, sino en que incurrió en una conducta que podía ser materia de reproche por virtud de su ilegalidad y con prescindencia de sus connotaciones penales o disciplinarias.

El hecho de que el accionante, siendo miembro de la fuerza pública hubiera portado sin salvoconducto o autorización un arma de fuego y munición que no era de dotación oficial es una conducta contraria a los lineamientos de la Policía Nacional y a los valores y principios que el acto acusado resalta y generador de la pérdida de confianza la confianza del mando institucional.

La decisión de retiro está basada en hechos ciertos, puesto que el accionante no demostró no haber incurrido en la el porte o posesión del arma y la munición que dio lugar a su captura, ni demostró que dicho porte estuviera autorizado.

El hecho de que el arma no estuviera en condiciones de ser accionada y por ello de ser usada la munición permitió la declaración de la atipicidad de

la conducta por parte de las autoridades penales, y el proceso disciplinario concluyó favorablemente para el actor porque el cargo que se le imputó fue el de haber incurrido en una conducta delictual

La Resolución que dispuso la terminación y archivo de la investigación disciplinaria, descrita en el acápite de pruebas de esta sentencia, se sustentó en que los artículos 73 y 142 de la Ley 734 de 2012 exigen prueba sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, y dicha prueba no se aportó porque la falta que se le imputó al accionante fue la de “incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como franquicia”, en particular el tipo penal en blanco contenido en el artículo 34 numeral 10 de la Ley 1015 de 2006. Y como la justicia penal declaró que la conducta ocurrida el 12 de noviembre de 2017, cuando el señor Dewey Enrique Luna fue capturado por el presunto punible de fabricación tráfico y porte de ramas de fuego o municiones, era atípica, quedó demostrado que no se configuró la falta imputada.

Pero ni el pronunciamiento de las autoridades penales ni el de la instancia disciplinaria de la autoridad accionada impiden hacer un juicio de la misma conducta en lo que atañe a las necesidades del servicio y no desvirtúan la consideración del mando policial de que se trata de una conducta ilegal que no puede ser tolerada en los miembros de la institución, en tanto afecta funcionalmente el servicio y rompe con la confianza, lo cual hace razonable y proporcionado la recomendación de retiro del servicio.

Si bien la parte accionante y el juzgado de primera instancia resaltaron anotaciones de la hoja de vida y de los formatos de seguimiento del actor en los que constan aspectos positivos de su rendimiento e incluso reconocimientos, ello no impide al mando de la institución policial tomar en consideración un hecho de la mayor relevancia para aconsejar el retiro, cual es el de que sus miembros, precisamente encargados del manejo del orden público y de impedir el porte de armas sin salvoconductos o autorizaciones legales, incurran precisamente ellos en esa conducta.

La Sala hace suya la conclusión contenida en la motivación de la resolución acusada, en el sentido de que el funcionario retirado “se desvió del deber ser institucional, habida cuenta, que teniendo la función y la obligación como integrante del Estado y específicamente de la Policía Nacional, de ejercer un control del porte ilegal de armas de fuego en el territorio nacional principalmente en la ciudad de Cartagena de Indias, y no para tomar

determinaciones contrarias a la Ley y que desconocen los postulados institucionales y constitucionales de moralidad, transparencia, ética y responsabilidad".

La conducta descrita era de tal gravedad que impide descalificar como irrazonable, arbitraria o desproporcionada la decisión acusada que, de manera notoria apunta a preservar la imagen institucional y el mejoramiento del personal de la Institución.

No cumplió pues el actor la carga de acreditar ante la jurisdicción contenciosa administrativa que el ejercicio de la facultad discrecional tuvo un motivo diferente al constitucional.

Como quiera que la parte accionada desvirtuó el fundamento del fallo apelado se revocará y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

5.6. Condena en costas

El artículo 365 del C. G.P., norma aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo 188 del CPACA, establece que en su numeral 4 que "cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias". Aunque en principio se debe aplicar esta última norma en el presente caso por haberse revocado la sentencia de primera instancia, la Sala se abstendrá de proferir condena en costas en vista de que el artículo 47 de la Ley 2080/21 (que adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA), señaló que "En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal", lo cual supone la denegación de las mismas contra el actor en aquellos casos en que, como el presente, la falta de prosperidad de la demanda no obedece a una manifiesta la carencia de fundamento legal, si no a una interpretación de las normas aplicables al caso que no se corresponde con la adoptada por este Tribunal y por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia de que ellas tratan, así como a una valoración conjunta de los medios de prueba, sometidos a contradicción, que solo era posible al momento de dictar sentencia .

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



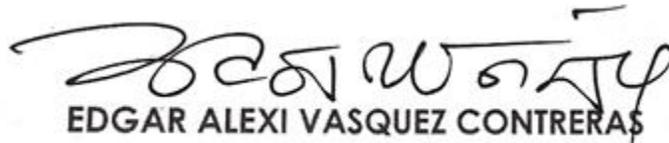
VI. FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada. En su lugar se niegan las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ