



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
Sección Segunda
Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.

Juez, **JAIME HENRY RAMIREZ MORENO**

Bogotá, D.C. Marzo nueve (09) de dos mil diecisiete (2017)

**“Sentencia N° 27 de 2017 Sistema Oral”
(Artículo 183 ley 1437)**

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00359-00
Demandante: JOSE MARÍA LOZADA BOCANEGRA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
POLICIA NACIONAL

Tema: Retiro del servicio *por llamamiento a calificar servicios*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

JOSÉ MARÍA LOZADA BOCANEGRA, Teniente Coronel ® de la Policía Nacional, solicita a esta Jurisdicción que anule el **Decreto 2173 del 29 de octubre de 2014**, a través de la cual el Gobierno Nacional lo retiró del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** a

reintegrarlo a un cargo de igual o superior categoría, como si no hubiese existido solución de continuidad; que se ordene a la entidad llamarlo a curso de capacitación para ascenso al grado de Coronel, como a sus compañeros que fueron ascendidos; que en caso de no acceder favorablemente a las pretensiones se condene a la entidad a pagar la suma de \$ 500.000.000 como compensación al demandante por perjuicios morales causados a él y a su familia; que le pague todos los salarios y demás prestaciones sociales indexadas, dejadas de percibir, de acuerdo al grado equivalente al de sus compañeros de curso ascendidos; que se ordene a la entidad al pago de perjuicios materiales, morales, lucro cesante y daño emergente causados al demandante (fls. 78).

2- HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

El Teniente Coronel ® José María Lozada Bocanegra se vinculó a la Policía Nacional en 1989; al momento de su retiro se encontraba prestando servicios como Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 en Bogotá. Prestó sus servicios a la Policía Nacional por 25 años, 6 meses y 29 días. Fue calificado en el NIVEL SUPERIOR.

Durante el tiempo de servicio a la Policía Nacional combatió la delincuencia en todas sus expresiones, persiguió la corrupción capturando miembros de la misma institución por actos delictivos, sin embargo mediante comunicación **No 234466 del 15 de agosto de 2013** le manifestaron que por recomendación general de la Junta de Evaluación no fue recomendada su selección y además que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, por decisión unánime, determinó que no fuera tenido en cuenta para curso de capacitación para ascenso a Coronel, pero no fue llamado a calificar servicios sino que comenzó a sufrir una persecución y acoso laboral por 1 año, rotándolo en cargos que no correspondían a su jerarquía como Oficial.

El demandante solicitó reconsideración al Director General de la Policía Nacional, la cual fue negada en forma unánime sin tenerle en cuenta su hoja de vida, su trayectoria profesional y excelentes calificaciones; posteriormente dicha negativa fue confirmada, sin que existiera escrito motivado en alguno de los actos administrativos donde le manifestaron que no lo llamarían a curso para ascenso a Coronel.

El 29 de noviembre de 2013 formuló una petición donde solicitó la expedición de documentos para conocer los motivos de su no llamamiento a curso de capacitación para ascenso y asumir la defensa pertinente; en vista de que no recibió respuesta instauró acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien le tuteló los derechos fundamentales.

Aduce que la Policía le manifestó en su respuesta una serie de normas que la facultan para hacer uso de la potestad discrecional, y en algunas respuestas sostuvo que la carrera profesional del peticionario no tenía nada ver y en otras que sí tenía mucho que ver, sin embargo nunca justificó las razones que tuvieron en cuenta para no llamarlo al curso de ascenso a Coronel.

El demandante, cuando estaba en servicio activo, fue objeto durante más de seis meses de montajes denigrantes contra su imagen y contra su familia, a través de panfletos y acciones informáticas, las cuales fueron denunciadas ante las autoridades competentes.

En 2011, el demandante fue nombrado como Segundo Comandante del Departamento de Policía del Huila, bajo el mando del Coronel Julio César Alvarado, quien lo citó para proponerle que adjudicara una licitación de la Policía a un arquitecto sin seguir las reglas que están estipuladas para dichas adjudicaciones; el demandante se opuso rotundamente a la propuesta pero no tenía pruebas para denunciar.

En junio de 2014, a la emisora la F.M, dirigida por la periodista Vicky Dávila, llegó una grabación de la conversación que sostuvo el demandante con el Coronel Alvarado; ante esta situación el demandante denunció al mencionado Coronel quien inmediatamente fue destituido.

Mediante Resolución N° 2173 del 29 de octubre de 2014, el actor fue retirado de la Policía Nacional, desconociendo todavía las razones por las cuales no fue llamado a curso de ascenso al grado de Coronel.

3- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca el demandante como violadas las siguientes normas:

Normas Constitucionales: Artículos 13 y 29.



A fin de lograr sus pretensiones, formula los cargos de violación directa de la Constitución y la Ley, violación del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder como causales de anulación del acto acusado.

Sostiene que la Institución no le puso en conocimiento los motivos que dieron lugar a la decisión unánime de no llamarlo a curso para ascenso al grado de Coronel aduciendo la discrecionalidad y si bien es cierto que esta facultad posee cierta flexibilidad, no se trata de un poder absoluto y en su aplicación no se pueden desconocer principios constitucionales.

Sostiene que carece de motivación el acto demandado y que el uso de la facultad discrecional se transforma en arbitrariedad, ya que las decisiones que toma la administración deben ser congruentes con las normas que regulan esta potestad, de tal forma que cuando se trate de fundamentar la figura de llamamiento a calificar servicios debe estar sustentada en evaluaciones de naturaleza institucional y no en un capricho del nominador.

Manifiesta que los hechos que tuvo en cuenta la administración para adoptar la decisión de no llamar a curso de ascenso al demandante no existieron, o fueron apreciados desde una dimensión equivocada y es ahí donde la entidad incurre en falsa motivación, porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la administración supuso que existía al tomar la decisión.

Aduce que hay vulneración al derecho a la igualdad, pues el demandante se encontraba en igualdad de condiciones con sus demás compañeros que fueron recomendados y seleccionados por el Comité, lo que evidencia que la discrecionalidad del nominador fue utilizada en forma caprichosa.

Concluye que la resolución atacada carece de motivación al no justificar lógicamente el hecho o los hechos que sustentaran el llamamiento a calificar servicios; que el deber de motivación de cualquier acto administrativo deriva de la garantía del debido proceso imponiendo los principios de inmediatez, publicidad y libre apreciación de la prueba para que el afectado pueda defenderse; que no existieron razones suficientes que sustentaran la determinación de la administración; tampoco se puede inferir motivo o prueba alguna de que el acto administrativo demandado estuviera precedido de algún informe en contra del demandante para justificar su retiro del servicio.

**4- Oposición de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA
NACIONAL – POLICÍA NACIONAL (fls. 136-178).**

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que el acto administrativo demandado se encuentra amparado por la presunción de legalidad y no existe ninguna causal de nulidad que lo vicie, pues su expedición se realizó conforme a lo consagrado en la ley y de conformidad con el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado; de otro lado la solicitud de ascenso es improcedente pues los mencionados ascensos se deben ceñir a lo indicado en el régimen especial de carrera fijado en el Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000.

Manifiesta que respecto de la presunta irregularidad en la expedición del acto administrativo objeto de esta demanda, no es necesario manifestar al demandante los motivos institucionales por los cuales se tomó la decisión de no recomendarlo para el curso de ascenso a Coronel, pues esta decisión tiene naturaleza autónoma y está basada en la discrecionalidad y aclara que dicha determinación no es un castigo si no una medida de administración de personal.

Informa que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR le reconoció la asignación de retiro al actor, mediante Resolución 11944 del 24 de diciembre de 2014 y la percibe por valor de \$6.178.245.00 mensuales.

Se opone al cargo de desviación de poder, apoyada en la facultad discrecional de la Policía; que existen unos requisitos que se evalúan de conformidad con las vacantes, con el escalafón del grado y con las precedencias de los demás miembros aspirantes al ascenso y en el caso en concreto, que es un ascenso a Coronel de la Policía Nacional, la ley establece la discrecionalidad de la administración de escoger entre los postulados las personas que cumplan las condiciones generales y específicas establecidas en el Decreto de carrera que regula al personal uniformado al servicio de la entidad.

Aduce que no hay necesidad de hacer un estudio de la trayectoria del policía aspirante a curso de ascenso y que tampoco por el hecho de haber tenido un buen comportamiento o una excelente hoja de vida no pueda retirarse del servicio activo por la causal de llamamiento a calificar servicios, o que haya que manifestar las razones de dicho retiro.



Finalmente afirma que las manifestaciones del apoderado de la parte demandante no tienen ningún sustento jurídico, ya que en ningún aparte de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003 se encuentran descritos los requisitos adicionales, así que no hay ninguna vulneración a los derechos del demandante.

5- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

Alegatos de conclusión de la parte demandante presentados por escrito (fls. 347-359).

Manifiesta que el retiro del servicio del actor no se produjo solamente por el hecho de haber cumplido con el tiempo de servicios establecido y derecho a pensión, como aduce la entidad en la contestación de la demanda, sino que también obedeció a unos llamados de atención realizados en el año 2012. El acto administrativo demandando contiene razones y motivos que precedieron 4 años al llamamiento a calificar servicios al demandante, dichas causales no son suficientes para tomar una determinación de ese talante, pues no hay razonabilidad, proporcionalidad, ni racionabilidad que la sustenten, así las cosas habría arbitrariedad y capricho del nominador, violando el debido proceso y el derecho a la defensa del individuo.

Alegatos de conclusión de la entidad demandada presentados por escrito (fs. 339-346).

Reitera su oposición a las pretensiones de la demanda. Manifiesta que el acto administrativo demandado fue expedido acatando estrictamente las normas y procedimientos legales que regulan este tipo de retiro, situaciones legales que no fueron desvirtuadas por el demandante y está fundado en el ejercicio de una facultad discrecional que no amerita motivación distinta a la verificación de que el Oficial retirado del servicio reúne los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

De tal forma, concluye, la causal de retiro de servicio por llamamiento a calificar servicios procede siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que exista concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y 2) que el miembro de la Policía Nacional cumpla los requisitos para la asignación de retiro. De acuerdo con lo anterior, es claro que la norma no exige que la Junta

Asesora del Ministerio de Defensa deba motivar su recomendación o examinar previamente la hoja de vida de quién es retirado.

El demandante acreditaba los 18 años de servicio que establece el Decreto 4433 de 2004 para acceder a la asignación de retiro, que está disfrutando; así las cosas la entidad respetó los parámetros necesarios para la legalidad de la decisión y no está establecido que se deba hacer una motivación adicional a la fijada en la ley.

Que no se demostró desviación de poder, ni se probó ni siquiera de manera sumaria que la finalidad de la Policía Nacional fuera diferente a la renovación de la línea jerárquica de la entidad; así las cosas no se configuran los vicios de nulidad alegados en la demanda y tampoco se acreditó que el retiro del actor hubiese sido por persecución laboral, como lo afirma el apoderado del demandante.

6- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico.

Debe resolver el Juzgado si el acto de retiro del servicio de la Policía Nacional del demandante, por *llamamiento a calificar servicios*, en el grado de Teniente Coronel, se produjo con violación de las normas superiores, desviación de poder y falsa motivación; en caso afirmativo si tiene derecho a que la entidad lo reintegre al cargo que desempeñaba al momento del retiro y adicionalmente si debe llamarlo a curso para ascenso a Coronel y consecuentemente le pague todos los salarios, prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que se cumpla la sentencia que ordene el reintegro al servicio.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo señalado por el precedente jurisprudencial.

6.2.- Pruebas relevantes que obran en el expediente (Art. 181 de la Ley 1437 de 2011)

Se hallan las siguientes:



- a) Milita a folios 2-8 del expediente fotocopia simple del **Decreto N° 2173 del 29 de octubre de 2014 – acto acusado-** mediante el cual el Gobierno Nacional dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional al accionante, por la causal *llamamiento a calificar servicios*, conforme a los artículos 1 y 2, numerales 3 y 4 de la Ley 857 de 2003.
- b) A folios 10 y 11 del expediente reposa copia simple de la petición del **07 de septiembre de 2009** dirigida al Director de Talento Humano de la Policía Nacional en Bogotá, donde el actor solicitó que se diera inicio y trámite a una investigación interna a efectos de determinar si el Sistema Informático de la entidad fue violentado, o si algún funcionario tuvo acceso a la base de datos del mismo, pues se sustrajo la ficha laboral del peticionario y según él esta actuación le ocasionó un perjuicio, dado que están haciendo uso de internet, se le está desprestigiando como persona y como miembro de la Policía Nacional.
- c) La entidad le resolvió al actor una petición mediante **Oficio 1315/DIPOL ASJUR 29-65 del 06 de diciembre de 2013** proferido por el **Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos y D.D H.H DIPOL**, cuyo original reposa a folio 9 del expediente, donde le respondió: *“(...)Frente a su petición me permito indicar, que de acuerdo a la misionalidad de los organismos de inteligencia definida por la Ley Estatutaria 1.621 de 2013, en esta Dirección no se desarrollan investigaciones en el marco de la Ley 906 de 2004, Ley 734 de 200 o Ley 1015 de 2006, que permita generar antecedentes judiciales, disciplinarios o contravenciones, estos sistemas son administrados exclusivamente por los organismos de policía judicial y autoridades disciplinarias”*.
- d) Reposa a folio 12 y 13 del expediente fotocopia informal de una denuncia por injuria y calumnia formulada el **28 de abril de 2008** por el demandante, ante la Policía Nacional recibida por el Patrullero Hernán Darío Negrete Granda.
- e) A folio 20 y 21 del expediente reposan los originales de los antecedentes disciplinarios de José María Lozada Bocanegra, expedidos por la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la Nación el 27 de marzo de 2015.

- f) Visible a folios 63 a 76 del expediente obra fotocopia simple de un fallo de tutela expedido el **23 de enero de 2014** por el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A"** donde se le ampararon los derechos al debido proceso y de petición.
- g) A folio 100 del expediente se observa la hoja de servicios N° **93366924** expedida el **04 de diciembre de 2014**, donde se verifica que **José María Lozada Bocanegra** fue retirado del servicio en el grado de Teniente Coronel el **07 de noviembre de 2014** y que prestó sus servicios a la Policía Nacional por **26 años, 7 meses y 3 días**.
- h) A folio 98 del expediente reposa el original de una certificación expedida por el Jefe de Grupo Reubicación Laboral, Retiros y Reintegros de la Policía Nacional, donde se verifica que la última unidad donde **José María Lozada Bocanegra** presto sus servicios fue en el **Centro Automático De Despacho o NUSE – MEBOG**.
- i) A folio 237 y 238 del expediente milita copia simple de la Hoja de Vida del **JOSE MARÍA LOZADA BOCANEGRA**.
- j) A folios 239 a 248 figura fotocopia simple del **Acta N° 003 del 12 de julio de 2013** mediante la cual la **Policía Nacional – Dirección de Talento Humano** manifestó en el numeral segundo de dicho documento, **NO RECOMENDAR** a la Junta de Generales de la Policía Nacional a **José María Lozada Bocanegra**, entre otros, para realizar curso en Gerencia Estratégica Policial.
- k) A folios 249 a 253 obra fotocopia simple del **Acta N° 002 del 15 de julio de 2013** mediante la cual la Policía Nacional hace la propuesta de los Tenientes Coroneles que realizarían el curso de capacitación para ascenso "Diplomado en Gerencia Estratégica Policial", donde se encuentra relacionado el demandante, entre otros.
- l) A folio 234 del expediente se observa constancia expedida el **22 de noviembre de 2016** por el Jefe Grupo de Evaluación y Clasificación de la Policía donde manifestó que revisado el Sistema de Información para la Administración de Talento Humano el demandante registra una calificación "superior", con un puntaje de 1187 en el año 2012, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1800 del 14 de septiembre de 2000, pues en el año 2013 no se encuentra sistematizado.



- m) A folio 254 a 271 del expediente reposa fotocopia simple del **Acta N° 008 del 08 de agosto de 2013**; en ella nuevamente la Policía Nacional no recomienda a **José María Lozada Bocanegra** para realizar el curso de capacitación para ascenso “**Diplomado en Gerencia Estratégica Policial**”.
- n) Visible a folios 272 a 292 del expediente obra la fotocopia simple del **Acta N° 011 del 31 de octubre de 2013** donde la Policía Nacional resuelve una solicitud incoada por el demandante en la cual pide que se revoque el Acta N° 008 de 2013; la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional respondió desfavorablemente a José María Lozada Bocanegra aduciendo que la evaluación de la trayectoria profesional está regulada en el artículo 22 de la Ley 1791 de 2000, además de explicarle el procedimiento de la Evaluación de Trayectoria Profesional, acto seguido manifiesta que: “El Decreto 1800 de 2000 regula la Evaluación del Desempeño Policial, procedimiento debidamente reglado que difiere de la Evaluación de la Trayectoria Profesional, la cual es discrecional, por lo tanto dichas notificaciones a las que usted hace referencia no hacen parte del procedimiento de la Evaluación de la Trayectoria Profesional que se establece en el artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000”. (fl 287 dorso)(Subrayas del texto original)
- o) A folios 293 a 295 del expediente reposa copia simple del **Oficio N° S 2014053541 DITAH – ASJUR 1.5 del 18 de febrero de 2014** donde la entidad manifiesta que ya cumplió con el fallo de tutela proferido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de enero de 2014.
- p) Declaración de parte rendida por el demandante en la audiencia de pruebas el 23 de enero de 2017. (fl 338).

6.3. NORMAS APLICABLES, PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y CASO CONCRETO.

6.3.1. El régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, por expresa disposición Constitucional, es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos, según lo indican los artículos **216, 218 y 220** Superiores, que disponen:

*“ARTÍCULO 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
(...)”*

ARTICULO 218. La Policía nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil...

*La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.
(...)*

ARTICULO 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley”. (Destaca el Despacho)

De los anteriores preceptos constitucionales se derivan las normas que regulan la carrera de los miembros de la Fuerza Pública en cuanto al ingreso, ascensos, causales de retiro, sanciones disciplinarias y sistema de promoción de personal, como el Decreto 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003, ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 de 2004

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”*, contempla las funciones de las Juntas Asesora de Evaluación y Clasificación, de la siguiente manera:

“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.***

(...)” (Negrilla del Juzgado)

La Ley 857 de 2003 *“Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”* señaló:

“ARTÍCULO 10. 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 20. 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 30. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, **sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.**" (Negrillas del Juzgado)

En consecuencia, los requisitos que exige la Ley 857 de 2003 para el llamamiento a calificar servicios de los Oficiales son: el concepto previo por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y el cumplimiento de los requisitos por parte del uniformado para hacerse acreedor a la asignación de retiro.

6.3.2. En la Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006 la Corte Constitucional, además de estudiar la constitucionalidad de los artículos 4 - parcial- de la **Ley 857 de 2003**, y del **artículo 104 del Decreto-ley 1790 de 2000**, resaltó la importancia y la necesidad de la facultad discrecional del nominador en este caso, al manifestar:

"(...) Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan.

(...)

La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y,

iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.

Se tiene entonces que en las normas acusadas la potestad se otorga por parte del legislador ordinario y extraordinario al **Gobierno o al Director General de la Policía Nacional, según se trate de Oficiales o Suboficiales de dicha institución**, o a la autoridad competente cuando se trata de miembros de la Fuerza Pública previo concepto del Comité de Evaluación, integrado por el Segundo Comandante de la Fuerza Aérea, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenezca. **Dicha atribución se ejerce tanto en la Policía Nacional como en las Fuerzas Militares respecto de Oficiales y Suboficiales**; y, por último, el fin perseguido no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones, relacionadas directamente con la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana.

(...)

Las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a dichas instituciones. Ello indica, que las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetas básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte. Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (217); y, para la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia. Así las cosas, en esta oportunidad se reitera la jurisprudencia de la Corte, según la cual (...)

Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

No se trata, como equivocadamente lo entiende el demandante, de un acto absolutamente subjetivo de las autoridades competentes, pues ello rompería por completo el orden constitucional que nos rige. Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario pues esto último implica un capricho individual de quien lo ejerce, sin sujeción al ordenamiento jurídico, contrario por completo a la atribución discrecional que se cuestiona, que si bien comporta cierta flexibilidad, ella se encuentra sujeta a reglas de derecho preexistentes en cabeza de un funcionario competente, para ser aplicada a un destinatario específico, y con un fin determinado.

La facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad

que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por ende, del interés general.

Ahora, la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder. En efecto, según dispone el artículo 1 de la Ley 857 de 2003, el retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional; el de Suboficiales a través de resolución proferida por el Director General de la Policía Nacional. Y, en el caso de miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, establece que “[E]l acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.

Por las consideraciones expuestas, no encuentra la Corte vulneración de los derechos constitucionales aludidos por el demandante, por cuanto, la Constitución Política faculta al legislador para establecer otras causales de retiro del servicio de servidores públicos, distintas a las establecidas por el artículo 125 de la Carta, sin que ello implique vulneración del principio constitucional a la estabilidad laboral. Las normas acusadas no desconocen el debido proceso, pues como lo ha sostenido la Corte en el examen de normas de similar contenido a las que ahora se analizan, **el retiro del servicio previsto en ellas no es producto de una sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario, sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Tampoco resulta vulnerado el derecho de igualdad porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función. Finalmente, el derecho al trabajo no se afecta pues los miembros de la Fuerza Pública no tienen un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal.**

Por lo tanto se declarará la constitucionalidad de los artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto-ley 1770 de 2000...” (Negrillas del Juzgado)

A partir de la vigencia del Decreto 4433 de 2004, a través del cual el Gobierno Nacional fijó “el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, (artículo 24), los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional con más de 18 años de servicio que sean llamados a calificar servicios, tienen derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro (pensión):

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la

fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.” (Subraya el Juzgado).

El H. Consejo de Estado¹ respecto del retiro por llamamiento a calificar servicios y de la buena conducta del Oficial retirado, ha sostenido:

“(…) Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios 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 punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, 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. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea

¹ Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

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.

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

(...) De la idoneidad y buen desempeño del actor.

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

(...)

En el caso concreto, revisado el extracto de la hoja de vida del actor, visible a folios 41 a 43 del cuaderno No.1 del expediente, se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio.

(...)

Reitera la Sala que los **actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio.** También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba.

La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la **certeza incontrovertible** de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto". (Negrilla del texto original y subrayas del Juzgado)

De todo lo anterior se extrae que tanto Oficiales como Suboficiales del Ejército Nacional y de la Policía Nacional pueden ser retirados por razones del servicio y de manera discrecional por el Gobierno Nacional, siempre que exista una recomendación previa de la Junta Asesora del Ministro de Defensa o del Comité de Evaluación, según el caso, que soporte la decisión; que las calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador; que un buen desempeño en las funciones no otorga per-se, inamovilidad en el cargo público; que estos actos expedidos en ejercicio de la

facultad discrecional **están amparados por la presunción de legalidad** y de haber sido proferidos en aras del buen servicio; y que la *desviación de poder* debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la **certeza incontrovertible** de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto, según lo ha expuesto el Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta Jurisdicción.²

7. El Caso concreto.

El Despacho en el presente caso no halla demostrados los supuestos de hecho que conduzca a la inexorable determinación de anular el acto demandado, en consecuencia negará las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

7.1. En primer lugar, debe ponerse de presente que en el caso *sub examine*, las condiciones previstas en el artículo 3º de la Ley 857 de 2003 y en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 para el retiro por llamamiento a calificar servicio se encuentran satisfechas.

Así, las partes no discuten que al momento en que el demandante fue llamado a calificar servicios acumulaba el mínimo tiempo de servicios y por ello goza de asignación de retiro, tal y como se afirma en el acta del 29 de octubre de 2014 (Fl 2 -8).

De otra parte en las Actas N° 003 del 12 de Julio, 008 del 08 de Agosto y 011 del 31 de octubre de 2013 (fls. 239-292) consta que la recomendación fue unánime de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional de llamar a calificar servicios JOSÉ MARÍA LOZADA BOCANEGRA, entre otros. A su vez, la facultad discrecional del Gobierno Nacional fue materializada a través del Decreto 2173 del 29 de octubre de 2014 (fls. 2-8), mediante la cual se produjo el retiro del servicio activo del actor, por llamamiento a calificar servicios, que es acto demandado aquí.

² Según la Corte Constitucional "...la jurisprudencia sostiene que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento. A esta conclusión se ha llegado en consideración con, al menos, cinco razones que fueron recogidas en la sentencia T-766 de 2008..." (T-443 de 2010). Ver también en el mismo sentido el fallo de tutela del Consejo de Estado del 21 de julio de 2014, SCA, sección Cuarta, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz Rodríguez, que se apoyó en la Sentencia T- 443 de 2010.



De los Altos Oficiales que recomendaron unánimemente el retiro del servicio del demandante se presume constitucionalmente³ la buena fe en su actuación. Significa lo anterior que esta presunción debe desvirtuarse respecto de cada uno de los participantes de las Juntas, (o al menos de la mayoría requerida) al no haber existido votos en contra del llamamiento a calificar servicios; en el expediente no hay prueba que lleve a este Juzgado a la **certeza incontrovertible** de que los motivos que el Gobierno Nacional tuvo para expedir el acto enjuiciado hayan sido ajenos a los que la ley señala, o que alguno de los integrantes de la Junta o un tercero, haya viciado el consentimiento de los demás a fin de obtener el retiro del servicio del demandante. Menos está demostrada la desviación de poder o falsa motivación del Presidente de la Republica al expedir el acto de retiro del servicio aquí cuestionado.

7.2. El accionante formula los cargos de *falsa motivación y desviación de poder*, en que “... los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la administración supuso que existía al tomar la decisión.” (FL 83); argumenta que el retiro del servicio se produjo sin considerar su excelente trayectoria profesional, la cual se refleja en las calificaciones superiores, condecoraciones y distinciones individuales otorgadas por los Oficiales de mayor jerarquía que evaluaron su desempeño durante los años en que estuvo en servicio activo, razones por las cuales no se evidencian los verdaderos motivos que hicieran inviable o inconveniente la permanencia del actor en la institución, pues se trataba de un excelente oficial y que para el efecto allegó al expediente el extracto de su hoja de vida en la que se destacan todos los reconocimientos obtenidos, con la finalidad de probar las calidades sobresalientes que se alegan, y así desvirtuar las razones del servicio como fundamento presunto del acto administrativo que lo retiró del servicio.

Al respecto ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado que las *calificaciones superiores* en el desempeño de las funciones no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador; un buen desempeño en las funciones no otorga *per-se*, inamovilidad en el cargo público, amén de que “*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,*

³ Constitución Política, artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantes antes estas”

lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.”, sumado al hecho que, como la propia Corte Constitucional lo ha manifestado en la sentencia citada, “*el retiro del servicio previsto – llamamiento a calificar servicios- en ellas **no es producto de una sanción...**, sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Tampoco resulta vulnerado el derecho de igualdad porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, finalmente, **el derecho al trabajo no se afecta** pues los miembros de la Fuerza Pública **no tienen un derecho adquirido sobre el cargo**, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal.*” (Las negrillas son del Juzgado)

7.3. Ha señalado la Corte Constitucional⁴, que “...existen grandes diferencias en las consecuencias jurídicas que se presentan cuando el retiro de un miembro de la Fuerza Pública obedece al **llamamiento a calificar servicios** y las que proceden en virtud del **retiro por voluntad del gobierno**, especialmente en lo relativo al vínculo del oficial o suboficial con la institución, por cuanto de ello depende la continuidad en el disfrute del régimen prestacional especial creado para beneficiar a este grupo de servidores públicos.

De igual manera, puede apreciarse que en el primer evento [retiro por voluntad del gobierno], existe una situación fáctica que justifica en alguna forma el retiro, consistente en una falta disciplinaria grave, en el incumplimiento del deber o en otra causal objetiva que obligue a la desvinculación del policía. No ocurre lo mismo en el segundo evento [llamamiento a calificar servicios], **donde lo que se pretende es la renovación generacional de la estructura de mando de la Institución.**” (Las negrillas son del Juzgado)

Si lo anterior es así, es decir que si con el **llamamiento a calificar servicios** “*lo que se pretende es la renovación generacional de la estructura de mando de la Institución*”, “*sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución*”, las razones de la Institución para llamar a calificar servicios a un Oficial subyacen en la norma que la faculta, en los móviles que tuvo la Junta Asesora y el Ministro y en los motivos que la propia Corte Constitucional ha señalado, entre otras, en la sentencia T-265 de 2014; por tanto, la motivación expresa del acto de retiro se hace imperativa cuando **del retiro por voluntad del Gobierno** se trata, porque en este evento debe acontecer “*una situación fáctica que justifica en alguna forma el retiro, consistente en una falta disciplinaria grave, en el incumplimiento del deber o en otra causal objetiva*”

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T -256 de 2013

que obligue a la desvinculación del policía”, según la misma Corte; mientras que en el **llamamiento a calificar servicios**, como en el caso que nos ocupa, ha reiterado la misma Corporación, que “**solo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (...) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa (...) La cesación del servicio por esta causa se considera como una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad. (...) El retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva. (...) Existe la posibilidad de que el uniformado así retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado de policía en el extranjero. (...) Por último, es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.**” (T-265-2013) (Las negrillas son del Juzgado)

De modo que si el **llamamiento a calificar servicios**, que prevé la ley, es una *forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas*, en términos de la Corte y del Consejo de Estado, significa que la razón del retiro del servicio, que se presume legal, proviene la misma norma especial y esta posibilidad es de antemano conocida por los militares, desde el momento mismo del ingreso al servicio, porque de antaño así está prevista en la ley, es decir, es una posibilidad que se aplica a la mayoría de los Oficiales dada la estructura piramidal de la Fuerza Pública, pues todos no pueden en la práctica ser ascendidos y por eso, si este acto de retiro no está expresamente motivado, ello no lo convierte *per-se* en ilegal, porque se presume que fue expedido para el buen servicio, a menos que se demuestre lo contrario, cosa que no ha ocurrido.

7.4. En el nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) el proceso judicial es predominantemente *dispositivo*, es decir que corresponde a las partes probar los hechos en que sustentan sus pretensiones, defensas o excepciones; muestra de ello es que el artículo 103 que dispone que quien acuda a esta Jurisdicción “*estará en la obligación de cumplir las con cargas procesales y probatorias previstas en este Código*”, por tanto, es el demandante quien **debe demostrar** que el llamamiento a calificar servicios tuvo lugar por motivos ajenos al buen servicio, con desviación de poder o falsa motivación.

Lo anterior adquiere mayor fundamento en virtud de la *presunción de legalidad de los actos administrativos*, presunción hoy consagrada en forma expresa en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011, que no es extraña a estos actos de la Fuerza Pública.

La legalidad se debe desvirtuar con probanzas y así lo ha reiterado la Corte Constitucional: *"En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez competente evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así **comprobar** si se presentó una afectación de los derechos fundamentales."* *"...el control material del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa debe comprender no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), y la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), todo ello desde la perspectiva de la Carta Política."* (T-265 de 2013) (Las negrillas son del Juzgado), pero todo esto no se puede presumir sino que debe probarse por el demandante a través de los medios probatorios legalmente establecidos.

Como se observa, la presunción de legalidad, que no es una cuestión de mero formalismo, fue consagrada de manera expresa después de la Constitución Política de 1991 en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y producto de la evolución jurisprudencial de las Altas Cortes⁵. Con ella el legislador ordinario, acogiendo el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina, quiso garantizar principios como el de la seguridad jurídica, la igualdad, la coherencia del sistema jurídico, por eso dispuso de manera concreta y expresa en el artículo 88 ibídem, que *"Los actos administrativos se presumen legales"*. Esto hace obligatoria la carga de la prueba en cabeza del demandante de desvirtuar dicha presunción, y sería incoherente frente a esta figura jurídica que la propia entidad tuviera que demostrar la legalidad de su actuación, pues ello tornaría inocua o inútil la citada disposición que el legislador natural y ordinario tuvo a bien afianzar en la nueva codificación.

En relación con el **efecto útil** de las normas, la Corte Constitucional ha señalado:

⁵ "Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia", y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad. (...)La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene en nulo..." Sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejo de Estado SCA, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna, Radicación 6264



“Si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le resta a esta última todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de inexecutable pura y simple. Ciertamente, en un evento como el mencionado, las dos decisiones - de executable condicionada y de inexecutable - serían, en la práctica, equivalentes, siendo la última mucho más acorde con los principios de eficacia del derecho y de seguridad jurídica. Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre.” (Resalta el Juzgado).

Por su parte el artículo 167 del C.G.P. reitera que es a las partes a quienes les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Congruente con lo anterior, el H. Consejo de Estado⁷ respecto de la presunción de legalidad del acto de retiro por **llamamiento a calificar servicio** ha sostenido que “la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de **supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos** ... Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada,- llamamiento a calificar servicios- el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador(...) Reitera la Sala que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba” (Negritas y resaltado del Juzgado)

7.5. Adicionalmente advierte el Despacho que según la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien alega desvío de poder tiene la obligación de probarlo con suficiencia, de forma tal que lleve a pleno convencimiento al fallador de la existencia de tal situación. Así lo manifestó la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 6 de mayo de 2012 dentro del proceso 25000-23-25-000-2002-12596-01(1752-09) al expresar:

“(...) La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12) del 20 de marzo de 2013

en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 20. de la Constitución Política y artículo 20. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. **Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.**

(...)En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.". (Negrillas y resaltado del juzgado)

En el presente caso **JOSE MARÍA LOZADA BOCANEGRA** aduce que acreditó la idoneidad y eficiencia en la prestación del servicio a través de los diversos ascensos que obtuvo, la formación académica demostrada, así como las buenas calificaciones a lo largo de la prestación del servicio, pero igualmente considera este Juzgado que es obligación de todos los funcionarios públicos cumplir sus funciones y deberes para con la Institución a la que pertenecen, sin que ello genere un fuero de estabilidad que le impida que el nominador determinar la procedencia o no de la continuidad en el servicio.

Precisamente en relación con la idoneidad del funcionario en la prestación del servicio el Consejo de Estado⁸ ha insistido:

"En relación con el argumento del apelante, según el cual, la buena conducta y la eficiencia profesional en el servicio son causas que anulan el acto acusado, la Sala reitera que no se puede sostener que la idoneidad y el buen desempeño en el empleo limitan la facultad discrecional, pues bien pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios. Además, tales cualidades no otorgan un fuero de inamovilidad. Debe entenderse que tales circunstancias son presupuestos indispensables y obligatorios del servidor público para desempeñar el cargo y no para crear un fuero de estabilidad." (Resaltado extra texto).

La misma Corporación⁹ en reciente fallo, en caso análogo reiteró: "...se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per-se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio."

En otras palabras, el hecho de que el Oficial cumpla sus deberes y observe buena conducta, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por tanto, no

⁸ Sentencia del 02 de agosto de 2007, Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B" C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación 25000-23-25-000-2002-10877-01(7880-05)

⁹ Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B"- C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).



es impedimento para poder ejercer la facultad de llamamiento a calificar servicios dentro de los parámetros legales.

Tampoco puede aceptarse que el buen desempeño se convierta en una causal autónoma de nulidad del acto del retiro del servicio, o que simplemente por eso se considere “*que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.*” y menos si el llamamiento a calificar servicios es, según la Corte, “***una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.***”, “*sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.*” (T-265-2013) (Las negrillas son del Juzgado).

Agregase que el Consejo de Estado¹⁰, como órgano de cierre de esta Jurisdicción, también ha expresado que “**el retiro por llamamiento a calificar servicios no debe entenderse como una medida que desconoce los derechos y prerrogativas de los miembros de la Fuerza Pública** en tanto el mismo legislador extraordinario, a través del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, previó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor de los oficiales y suboficiales objeto de dicha medida en cuantía equivalente al 50% de las partidas autorizadas por la referida norma.” (Las negrillas y subrayas son del Juzgado).

Por lo anterior, para este Despacho tampoco es de recibo el argumento de que se vulneró el derecho a la igualdad del accionante, frente a sus compañeros que fueron ascendidos, porque al momento del ascenso los Oficiales no reportaban ninguna investigación y/o sanción disciplinaria **vigente** (fl. 239-294), ni se demostró que su ascenso obedeciera a situaciones fraudulentas, ajenas al fin de la institución o desmejoren el servicio.

7.6. De otro lado, el Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, no es un acto definitivo, por lo tanto no es susceptible de notificación, pues su naturaleza es la de un acto preparatorio, en consecuencia, no es enjuiciable a través de los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativo.

¹⁰ Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

Al respecto el Consejo de Estado¹¹, sostuvo: *“De otro lado, la expresión “en caso de decidirse la remoción se le notificará al implicado”, no puede entenderse referida a la sugerencia de retiro de éste que el Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos haga en el acta, sino a la determinación del nominador de desvincular al agente, pues éste es el acto administrativo que concretiza la voluntad administrativa de desvincular del servicio, y no el acta del Comité que apenas contiene una recomendación del Director de la Policía Nacional, quien es libre de acogerla o no”.*

En forma reciente el Consejo de Estado¹² reiteró: *“De conformidad con lo expuesto, para la Sala el acta y los oficios antes citados no pueden ser controvertidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, ésta, al tenor de lo establecido en el artículo 85 del C.C.A. Decreto 01 de 1984, sólo juzga los actos administrativos definitivos, esto es, las decisiones administrativas que crean, modifiquen o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas particulares, siendo contrario a lo expuesto en la presente controversia donde tales actos contienen, de una parte, la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, y de otra, el traslado del proyecto decisión al Ministro de Defensa, pasos todos ellos previos a la adopción de una medida definitiva, cual es, el retiro del servicio del demandante.”*

7.7. Otro de los argumentos expuestos en la demanda (fs. 77-88) y en los alegatos de conclusión (Fl. 360 – 377), es que el llamamiento a calificar servicios, en criterio del actor, tuvo lugar por el hecho de que el demandante no accedió en el año 2011 a adjudicar un contrato de \$1.200.000.000.00 sin cumplir los requisitos legales, que el Director General de Planeación de la Institución, General Janio León Riaño, así lo había solicitado, y éste posteriormente hizo parte del comité que evaluó al demandante para que no fuera llamado a curso de ascenso.

Al respecto, el Despacho no encuentra en el expediente relación alguna demostrada entre estos hechos y el acto de llamamiento a calificar servicios del actor, amén de que en esta controversia no se juzga el acto o actos por los cuales la Institución Policial no llamó a curso de ascenso al Oficial, sino el de retiro.

En la declaración de parte del señor Lozada rendida en la audiencia de pruebas se refirió igualmente al episodio del citado contrato, pero no se extrae

¹¹ Consejo de Estado- Sección Segunda. Subsección “B” Exp. 14822. CP Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, 09 de octubre de 1997.

¹² Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).



de su dicho nexo de causal alguno que demuestre que la verdadera causa del retiro fue tal acontecimiento y menos se puede inferir respecto de todos y cada uno de los Altos Oficiales que examinaron la Hoja de Vida del demandante, como integrantes de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para Policía Nacional, que recomendó por unanimidad el llamamiento a calificar servicios (Folios 196 213).

La motivación del retiro aparece consignada en el Acta de la mencionada Junta, del 12 de junio de 2014 (folios 196 213), que a su vez fue acogida y vertida en la motivación en el acto de retiro por el Gobierno Nacional, la cual no fue desvirtuada, goza de presunción de legalidad y tiene apariencia de buen derecho.

Aparece motivado el acto acusado en que para recomendarle al Gobierno Nacional el llamamiento a calificar servicios del actor, la Junta evaluó su trayectoria profesional desde 2012 (no incluyó el año 2011, cuando ocurrieron los aludidos hechos del contrato) y que “*Un vez revisado el formulario de seguimiento del señor oficial, se registran las siguientes anotaciones en su gestión:...*”, encontró **llamados de atención** realizados por “*baja actividad operatividad, reflejando una imagen negativa ante la comunidad*”, “*que adquiera mayor compromiso*”, “*...inadecuado seguimiento a los datos estadísticos y falta de liderazgo en sus planes y estrategias adoptadas*”, también se basó en **registros demeritorios del demandante** por incumplimiento de órdenes superiores, “*no desarrollar la estrategia Nacional contra el Homicidio de la manera adecuada*”, “*inadecuada ejecución de planes preventivos y de disuasión*” y añade que “*... los registro realizados en el formulario de seguimiento del señor Teniente Coronel JOSE MARÍA LOZADA BOCANEGRA le fueron debidamente notificados sin que presentara reclamación, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto Ley 1800 de 2000, lo cual constituye la aceptación de los mismos*” (fl 5-6).

El demandante no cuestiona la veracidad de estas anotaciones negativas, hecho que confirma ausencia de falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto demandado. La inconformidad del actor radica en que si los hechos ocurrieron en 2012 “*porque no lo botaron en 2012? Pero en la resolución no se hace un solo pronunciamiento de sus condiciones morales físicas intelectuales, profesionales, ni de sus logros...*” (fl 80), pero esta apreciación del actor no da mérito para dar por probado que el retiro del actor aconteció por móviles diferentes o ajenos servicio, que es lo que persigue el

llamamiento a calificar servicios, que como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, no es una sanción.

Estima el Despacho que con la motivación contenida en el acto demandado que se acaba de transcribir, el Gobierno Nacional cumplió el requisito señalado por la Corte Constitucional en el sentido de que *“... esta Corte ha admitido que los actos administrativos de retiro discrecional de la Fuerza Pública no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero sí les es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.”* (Sentencia de Tutela T-166 de 2016).

Además, según la misma Corte *“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.”* (Ibídem). De acuerdo con lo anterior, no se evidencia “DAÑO AL BUEN NOMBRE”, como lo aduce el demandante.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe del demandante. El H. Consejo de Estado ha señalado: *“(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”*¹³ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado¹⁴, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: *“En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio*

¹³ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁴ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.



*abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.***” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

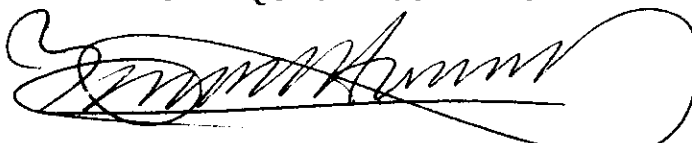
F A L L A:

PRIMERO.- Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte demandante.

TERCERO.- En firme esta providencia, por la Secretaria del Juzgado liquídese el proceso, devuélvase al interesado el remanente de los gastos que llegaren a quedar luego de descontar los causados y hechas las anotaciones de ley, **ARCHIVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME HENRY RAMIREZ MORENO

Juez

LIZ/JHRM

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRONICO** (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **14 de marzo de 2017** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **14 de marzo de 2016** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRÓNICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al artículo 201, párrafo 3 de la ley 1437 de 2011.

Secretaria



