



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-007-2017-00126-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JOSÉ ALFREDO ASCANIO CHONA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<i>Retiro del servicio de agente de la policía por voluntad del gobierno – No se demuestra la ilegalidad del acto demandado.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el nueve (09) de mayo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>2</sup>.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JOSÉ ALFREDO ASCANIO CHONA instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>3</sup>

*“Se declare nulo el acto administrativo resolución 033 de 19 de diciembre de 2016 y en consecuencia se reintegre al servicio en dicha Entidad a mi poderdante, JOSE ALFREDO ASCANIO CHONA identificado con cédula de ciudadanía no. 84.092.307 y en consecuencia se le cancele el 50% de su salario desde la fecha en que dejo de*

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folio 1-19 cdno 1 (doc. 1-19 exp. Digital)

<sup>3</sup> Folio. 2 cdno 1 (doc. 2 exp. Digital)



13-001-33-33-007-2017-00126-01

*percibirlo hasta la fecha de su reintegro al servicio de la institución, así como sus respectivos aportes a la seguridad social, para garantizar la atención de su núcleo familiar.*

*El salario base mensual que percibía mi poderdante corresponde a Un Millón Ochocientos Mil Pesos M/L (\$1.800.000.00) , por lo que estimamos la cuantía de la acción a prever en Doce Millones de Pesos M/L (\$12.000.000.00), incluyendo los aportes a seguridad social integral correspondientes a LA POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA.*

*En todo caso solicitamos respetuosamente se actualice al momento de emitir la sentencia respectiva la suma dejada de percibir por mi poderdante desde su fecha de desvinculación hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro".*

### **3.1.2 Hechos<sup>4</sup>**

Manifestó que, se desempeñó como patrullero de la entidad accionada, desde el 9 de noviembre de 2006, conforme a la Resolución 05578 de esa misma fecha, es dado de alto del servicio policial.

Relata que, el 13 de noviembre de 2016, fue capturado por presuntamente cometer el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años imponiéndosele por el Juzgado Promiscuo de Arjona, medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural, dentro del proceso radicado No. 130526001094201600026, el cual se encuentra pendiente de fijar fecha para acusación.

Que al tiempo en que se desarrollaba el proceso penal, se llevaba a cabo proceso disciplinario por parte de la oficina de control interno de la demandada, el cual se encuentra en alegatos de conclusión.

Indicó que, la Policía Nacional mediante Resolución No. 033 del 19 de diciembre de 2016, decidió retirar del servicio activo al demandante por voluntad de la dirección general, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, vulnerando los derechos del actor debido a que, la decisión de retiro se profiere por prejuzgamiento, sin que hayan culminado el proceso penal y disciplinario.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

A juicio del apoderado del accionante, con la expedición del acto acusado se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Arts. 65 y 72 Decreto-Ley 1791 de 2000

<sup>4</sup> Folio 2-10 (doc 2-10 exp. Digital)

- Sentencia T 111 de 2009

Sostiene que la entidad accionada, está violentando derechos fundamentales el debido proceso y mínimo vital para él y su familiar familia, toda vez que la administración no actuó conforme a los preceptos jurisprudenciales en caso de hacer uso de la discrecionalidad, conforme lo establece la Corte Constitucional en sentencia T-111 de 2009. Dicha interpretación indicó, es igualmente aplicable a las causales de retiro contempladas en los artículos 55 y 62 del Decreto ley 1791 de 2000, decreto invocado por la accionada en su contestación y que hace relación específicamente a los miembros de la Policía Nacional. Las normas anteriormente citadas, hasta la fecha no han sido objeto de demandas de constitucionalidad, frente a las causales en ellas contempladas.

Finaliza aduciendo que, dentro del proceso mediante el cual se determinó la recomendación de retiro discrecional del servicio, se le vulneró el debido proceso, toda vez que el mismo no fue objeto siquiera de una entrevista o notificado de la decisión de la junta evaluadora que recomendó su retiro, contraviniendo lo que ha expresado la corte respecto de la posibilidad del afectado de controvertir los actos sobre los cuales se basa la recomendación de retiro, y manifiestamente se está prejuzgando al actor, partiendo la junta del hecho que es responsable de una acción de la cual no se ha demostrado su responsabilidad, sino dando por sentado que es responsable del presunto delito del que se le acusa, sin tener en cuenta el comportamiento del mismo y el hecho que existe certificación de su calificación superior en el desempeño del servicio y que dentro de los últimos 5 años no registra sanción disciplinaria alguna.

### **3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **3.2.1. Ministerio de Defensa-Policía Nacional<sup>5</sup>**

Tuvo como ciertos los hechos primero, segundo, tercero, quinto, y octavo, respecto a los demás manifiesta que sean probadas. Frente a las pretensiones, solicita sean denegadas en su totalidad.

Como razones de la defensa, aclaró que, el actor fue retirado del servicio activo de la institución "POR VOLUNTAD DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL", decisión que se motivó en razones de mejoramiento del servicio policial y sustentado jurídicamente en los artículos 1,2 numeral 5º y 4 de la Ley 857 de 2003; de igual forma, citó sentencias de distintas corporaciones judiciales, aduciendo que, fueron cumplidos por el Comando de Policía

---

<sup>5</sup> Folio 84-96 cdno 1 (doc.87-99 exp. Digital)



13-001-33-33-007-2017-00126-01

Bolívar al momento de retirar del servicio activo de la Policía Nacional al señor Patrullero ® ASCANIO CHONA JOSE ALFREDO, los elementos para disponer del mismo, como fueron la recomendación previa emitida por la junta de evaluación y clasificación de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, en el que dispuso que no podía permitir la permanencia en la institución de un funcionario que contra el mismo pesa una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad intramural, proferida dentro del proceso radicado 13526001094201600026, por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, pues es evidente que el actor constituye un riesgo ponerlo al frente de la sociedad, toda vez que no podía atender las demandas y exigencias recibidas para cumplir su misionalidad por parte de la comunidad.

Adicionalmente, manifestó que, al demandante además de las anotaciones que fueron mencionadas en el acto administrativo demandado, se le adelantó la investigación disciplinaria DEBOL — 2016 — 50, por esos mismos hechos, la cual fue fallada en Audiencia oral de primera instancia por la Oficina de Asuntos Internos Disciplinarios del Departamento de Policía Bolívar, con fallo sancionatorio, aclarando que aunque fue proferido con posterioridad al retiro discrecional que se discute en esta demanda, reitera la pérdida de la confianza por parte del mando Institucional y de la comunidad misma del demandado, y confirma que la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, tuvo razón en solicitar el retiro.

Adicionalmente, propuso la excepción de: i) inexistencia de la causal de desconocimiento al debido proceso.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Con providencia calendada 09 de mayo de 2018, el Juez Séptimo Administrativo de esta ciudad dictó sentencia de primera instancia en la que decidió denegar las pretensiones de la demanda.

*“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.*

*SEGUNDO: SEGUNDO: No imponer condena en costas.  
(...)”.*

El Aquo, frente al cargo de indebida motivación, adujo que, que el acto de retiro se fundamentó en el Acta No. 004 de 16 de diciembre de 2016 suscrita por la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal del nivel

<sup>6</sup> Folio 110-116 (doc. 112-119 exp. Digital)



13-001-33-33-007-2017-00126-01

ejecutivo y agentes del Departamento de Policía de Bolívar, mediante la cual se recomendó el retiro del servicio activo del actor, bajo el argumento de que se desvió del deber ser institucional, en la medida en que contra el mismo se interpuso medida de detención preventiva con sustento en elementos de juicio que indicaban la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. Adicionalmente, se adujo que a raíz de los hechos que motivaron su captura, se configuró claramente una pérdida de la confianza y credibilidad en el evaluado y que ello afectaba la prestación del servicio. Agregando que, la coexistencia de investigaciones penales y/o disciplinarias, no enerva la facultad discrecional de retiro del servicio pues ésta es diferente y autónoma a la potestad disciplinaria o penal, ya que no es de naturaleza sancionatoria.

Adicionalmente, indicó que no debe esperarse la finalización de las respectivas investigaciones para que la entidad, ejerza su facultad de retiro discrecional, sin que la misma constituyera un prejuzgamiento, o se tuviera como inobservada la presunción de inocencia.

Con relación al cargo, de violación al debido proceso, manifestó que, el acto de suspensión provisional no fue objeto de demanda, por lo que no entró a estudiar el argumento de que este no le fue notificado sino hasta la notificación del acto de retiro. Por otro lado, respecto a la falta de notificación del acta de la Junta e Evaluación y clasificaron, aclaró que si bien dentro de los estándares mínimos de motivación de los actos de retiro establecidos por la Corte Constitucional en sentencias SU-053 y 172 de 2015, se encuentra el requisito de dar a conocer al afectado las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, no puede pasarse por alto que tal enteramiento debe surtir una vez se expida el acto administrativo de retiro, y no antes, encontrando probado que al momento de notificarle al actor la resolución de retiro, la entidad demandada le entregó copia del Acta 004 de 16 de diciembre de 2016, mediante la cual se recomendó su retiro.

### **3.3. RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

La parte demandante en primer lugar, reiteró los argumentos de la demanda. Como motivos de inconformidad, insistió en que la medida discrecional aplicada es ilegal al estar basada y fundada en hechos que aún son materia de discusión y contrario a lo que se señala en la sentencia apelada lo más lógico es que el procedimiento administrativo solo llegare a la suspensión del hoy desvinculado discrecionalmente, reconociéndole el 50% de su salario

<sup>7</sup> Folio 115-125 cdno 1 (doc. 121-131 exp. Digital)

hasta tanto culmine el proceso judicial en su contra demostrándose su inocencia o culpabilidad.

Agrega que, contrario a lo señalado por el A-quo no se pretende que por estar incurso en un proceso judicial se le vaya a otorgar un fuero de estabilidad, lo que solicita es que se observe como la medida discrecional impuesta mediante la Resolución 0399 de 2016, si fue desproporcionada y que no es razonable, pues el acto administrativo que dio origen a la desvinculación está basado en hechos que no se tiene certeza de que sean verdaderos y que por ende riñen con el primero de los lineamientos planteados por la Corte Constitucional en las sentencias de unificación, al no realizarse un análisis objetivo de la situación particular que nos ocupa, sino que por el contrario se dio aplicación a la subjetividad dando por sentado hechos que son materia de discusión en materia penal.

Señaló que, se debe tener en cuenta que no a todos los policías incursos en investigaciones penales se les retira discrecionalmente del servicio, simplemente se le da aplicación al artículo 50 del Decreto ley 1791 de 2000, situación que puede ser corroborada ante la misma institución, pidiendo un reporte de aplicación de dichas medidas.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

El asunto de la referencia fue repartido a este Tribunal a través de acta individual del 16 de agosto de 2018<sup>8</sup>; siendo admitido mediante auto del 13 de diciembre de 2018<sup>9</sup>, y el 8 de abril de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión<sup>10</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante<sup>11</sup>:** Presentó escrito de alegatos, reiterando la demanda y el recurso de alzada.

**3.6.2. Parte demandada<sup>12</sup>:** Presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia apelada.

**3.6.3. Ministerio Público:** No presentó el concepto de su competencia.

<sup>8</sup> Folio 3 c. apelaciones (doc. 3 exp. Digital)

<sup>9</sup> Folio 5 c. de apelaciones (doc. 5-6 exp. digital)

<sup>10</sup> Folio 9 c. de apelaciones (doc. 11 exp. digital)

<sup>11</sup> Fols. 21-33 c. de apelaciones (doc. 26-38 exp.digital)

<sup>12</sup> Folios. 12-18 c. de apelaciones (doc.16-22 exp.digital)

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1 Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

##### **5.2 Problema jurídico.**

De acuerdo con el planteamiento hecho en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

*¿Determinar si el acto demandado, mediante el cual se retiró discrecionalmente del servicio activo de la Policía Nacional al señor JOSÉ ALFREDO ASCANIO CHONA, fue debidamente motivado, expedido atendiendo los límites de racionalidad y razonabilidad en el ejercicio de la potestad discrecional de retiro y con observancia del debido proceso?*

##### **5.3.- Tesis de la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por no demostrarse la ilegalidad del acto demandado, encontrándose que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como el diligenciamiento de carácter penal en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida.

##### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

###### **5.4.1 Del retiro del personal uniformado en la Policía Nacional**

El artículo 6 del Decreto Ley 573 de 1995 reguló el retiro para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional indicando que:



13-001-33-33-007-2017-00126-01

*“(…) Artículo 75. Retiro. Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.*

*El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte.*

*PARÁGRAFO. Los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno Nacional.”*

Después, el artículo 54 del Decreto Ley 1791 de 2000, expedido por el Presidente de la República, desarrolló el retiro en la Policía Nacional, así:

*“(…) ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.  
(…)”.*

Posteriormente fue expedida la Ley 857 de 2003, por medio de la cual reguló el retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

*“(…) 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.*

*(…)”.*

#### **5.4.2. Retiro de Agentes por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional**

El retiro de los miembros por facultad discrecional, se encuentra contemplado 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 el 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:



13-001-33-33-007-2017-00126-01

*“(…) 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.

De igual forma, la H. Corte Constitucional en sentencia T-437 de 2016, concluyó que:

*(i) si bien el acto administrativo que ordena el retiro por razones del servicio de los miembros de las Fuerzas Públicas es discrecional este no puede ser arbitrario y debe contar con una 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; o, del Comité de Evaluación, cuando se trata de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares[32];*

*(ii) el acta que recomienda el retiro debe estar “precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado, así como de los informes de inteligencia respectivos” [33];*

*(iii) los motivos del retiro deben quedar plasmados en el acto administrativo, esto es, como mínimo hacer referencia al acta que recomendó el retiro, y*

*(iv) el informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado, pues debe conocer los motivos de su retiro, para poder controvertirlo ante la jurisdicción ordinaria, en caso de considerarlo oportuno.*



13-001-33-33-007-2017-00126-01

Mencionó en la misma providencia, que en la Sentencia SU – 053 de 2015, reiterada en la SU-172 de 2015 la Sala Plena de la Corte Constitucional estableció el “estándar de motivación de los actos de Retiro” de los miembros activos de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional, que si bien es mínimo es plenamente exigible, y a su vez señaló las pautas mínimas de motivación:

*“[...] los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible; ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio; iv) El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores [...] 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 [...]”*

#### **5.4.3. Del ejercicio la facultad discrecional, en el retiro de oficiales y suboficiales de la fuerza pública, y de la acción penal<sup>13</sup>.**

En caso similar al que nos ocupa, el H. Consejo de Estado dispuso lo siguiente:

*“Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la acción penal, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio de una indagación de carácter penal, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.*

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03530-01(1613-09), Actor: ALEX GABRIEL CASTRO RODRIGUEZ, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL



13-001-33-33-007-2017-00126-01

*En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y penal en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta delictiva, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.*

*Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como el diligenciamiento de carácter penal en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida".*

## **5.5.- CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Hechos Probados**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Acta No. 004 del 16 de diciembre de 2016, por medio del cual la Junta de Evaluación y Clasificación par suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes del Departamento de Policía de Bolívar, resuelve recomendar el retiro del servicio al demandante por voluntad de la Dirección General<sup>14</sup>.
- Oficio No. S-2016-01730/INDER8-CODIN 29, del 15 de diciembre de 2016, por el cual la Oficina de Control Disciplinario Interno DEBOL, certifica que contra el demandante recae una investigación disciplinaria vigente (DEBOL-2016-50) y una multa por desinterés en el desarrollo del servicio<sup>15</sup>.
- Certificado expedido por la Oficina de Control Disciplinario Interno DEBOL de fecha 14 de diciembre de 2016, en el que consta que contra el demandante no se registran sanciones disciplinarias durante los últimos 5 años<sup>16</sup>.
- Resolución No. 033 del 19 de diciembre de 2016, por medio del cual el Departamento de Policía de Bolívar, retira del servicio activo al demandante<sup>17</sup>.
- Resolución No. 08238 del 26 de diciembre de 2016, por la cual la Policía Nacional, suspende en el ejercicio de sus funciones al actor<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Fols. 24-33 (doc.24-32 exp. Digital)

<sup>15</sup> Fols. 41 (doc.40 exp. Digital)

<sup>16</sup> Fol. 42 (doc.41 exp. Digital)

<sup>17</sup> Fols. 44-49 (doc.43-48 exp. Digital)

<sup>18</sup> Fols. 62 (doc.61 exp. Digital)

### **5.5.2 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el caso bajo estudio, se impugna la declaratoria de nulidad del acto administrativo Resolución 033 de 19 de diciembre de 2016, por medio del cual se retira del servicio activo al actor, y en consecuencia se solicita el reintegro al servicio a la entidad demandada.

Encuentra esta Sala que, Resolución No. 033 del 19 de diciembre de 2016, el Departamento de Policía de Bolívar, resolvió retirar del servicio activo al demandante<sup>19</sup>, con base en el acta 004 expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes del Departamento de Policía de Bolívar, indicando que, el actor se desvió del deber ser institucional, en la medida en que contra el mismo se interpuso medida de detención preventiva con sustento en elementos de juicio que indicaban la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. Adicionalmente, se adujo que a raíz de los hechos que motivaron su captura, se configuró claramente una pérdida de la confianza y credibilidad en el evaluado y que ello afectaba la prestación del servicio<sup>20</sup>.

Respecto a los argumentos de la apelación, avizora esta Sala que, tal y como lo ha establecido el H. Consejo de Estado, en la sentencia aquí citada, la acción penal, que bien puede la administración hacer uso de del ejercicio de la facultad discrecional siempre que (i) los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio de una indagación de carácter penal, y (ii) sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.

En el presente asunto, se cumplen los anteriores presupuestos teniendo en cuenta que el acto administrativo se basó en que: (i) el delito que se le imputó al actor<sup>21</sup> es de los delitos considerados por la jurisprudencia como grave por afectar derechos fundamentales de personas de especial protección como son los niños<sup>22</sup>; adicionalmente, (ii) dicho funcionario 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 y salvaguardar la integridad de los derechos de los niños y niñas principalmente por su estado de indefensión, por tal razón debió brindar la protección a los derechos constituyendo los mismos en el principio integral del menor, partiendo de que los derechos prevalecen sobre los derechos de los

<sup>19</sup> Fols. 44-49 (doc. 43-48 exp. Digital)

<sup>20</sup> Fols. 24-33 (doc.24-32 exp. Digital)

<sup>21</sup> acto sexual abusivo con menor de 14 años

<sup>22</sup> Sentencia T-718/2015.



13-001-33-33-007-2017-00126-01

demás, mas no debieron ser vulnerados por un servidor público más aun cuando la responsabilidad de la protección del menor inicia desde su núcleo familiar y termina en el estado como garante de su protección.

En ese orden de ideas, no es de recibo el argumento inicial del recurso de alzada, por lo que la entidad, tenía la facultad discrecional para retirar al actor, teniendo en cuenta que, la conducta del policial objeto de la medida afectó clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito.

Como segundo argumento, agregó que contrario a lo señalado por el A-quo no pretende que por estar incurso en un proceso judicial se le vaya a otorgar un fuero de estabilidad, lo que solicita es que se observe como la medida discrecional impuesta mediante la Resolución 0399 de 2016, si fue desproporcionada y que no es razonable, pues el acto administrativo que dio origen a la desvinculación está basado en hechos que no se tiene certeza de que sean verdaderos, sin embargo frente a este argumento, coincide esta Corporación con lo resuelto por el A-quo, cuando estableció que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>23</sup>, no puede afirmarse que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente, deba esperarse a que finalice la investigación respectiva para retirar al funcionario, pues, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad de retiro discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, presupuestos que se encontraron acreditados en el párrafo anterior.

Finalmente, señaló que, se debe tener en cuenta que no a todos los policías incursos en investigaciones penales se les retira discrecionalmente del servicio, simplemente se le da aplicación al artículo 50 del derecho Ley 1791 de 2000, situación que puede ser corroborada ante la misma institución, pidiendo un reporte de aplicación de dichas medidas, al respecto la norma invocada, determina lo siguiente:

**“ARTÍCULO 50. SUSPENSIÓN.** Cuando en contra de un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el Director General de la Policía Nacional dispondrá su suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones. Contra la resolución que disponga la suspensión no procederá recurso alguno.

*Durante el tiempo de la suspensión, percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. Si fuere absuelto o favorecido*

<sup>23</sup> Consejo de Estado en sentencia de 25 de noviembre de 2010 (radicado 0938-10, C.P. Víctor Alvarado Ardila).



13-001-33-33-007-2017-00126-01

con cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, deberá reintegrarse el porcentaje del sueldo básico retenido.

Cuando la sentencia definitiva fuere condenatoria, las sumas retenidas pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Cuando el tiempo de la suspensión sea superior al de la condena impuesta, se devolverá el excedente de los haberes retenidos.

**PARAGRAFO.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El personal que haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 parágrafos segundos de los Decretos ~~573~~ y ~~574~~ de 1995 y artículo 50 parágrafo 1 del Decreto 132 de 1995, sin derecho a remuneración, será nominado a partir de la vigencia del presente Decreto y tendrá derecho a percibir las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. En ningún caso habrá lugar al reintegro de lo dejado de percibir antes de la vigencia de este Decreto".

De la lectura de dicha normativa se encuentra que, contrario a lo señalado por el actor, no en todos los casos la entidad demandada está obligada a la suspensión del ejercicio, máxime si como se dijo en párrafos anteriores, el retiro del servicio obedeció a la gravedad del delito investigado y la facultad discrecional que tiene la institución policial en casos como los que aquí se debate. Por lo que este argumento, no está llamado a prosperar.

Al no encontrar esta Sala razones para revocar la decisión apelada, procederá a confirmar la decisión de primera instancia en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

## **5.6. De la condena en costas**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, sin embargo, cuando la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de imponerla.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al demandante señor JOSE ALFREDO ASCANIO CHONA, en esta instancia, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.



13-001-33-33-007-2017-00126-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI.- FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto.

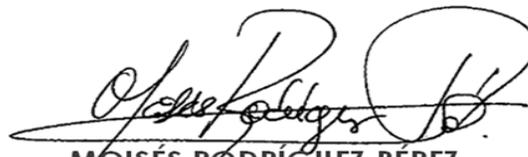
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** al parte demandante señor JOSE ALFREDO ASCANIO CHONA en esta instancia, según lo aquí motivado.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.034 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ