Cartagena de Indias D.T y C., once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2018-00112-01**
Demandante	**ROBERTO CARLOS POTE DE LAS SALAS**
Demandado	**NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**
Tema	*Retiro del servicio cuando se ejerce la facultad discrecional frente a miembros activos de la Fuerza Pública- Proceso penal vigente por delitos sexuales con menor de 14 años.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004[1] del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[2], contra la sentencia proferida el quince (15) de mayo de 2019[3], por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda[4].

3.1.1 Pretensiones[5]

> *"PRIMERA: Que se declare que es nulo en su integridad el acto administrativo:*
>
> *Resolución No. 04900 de fecha 12 de octubre de 2017, proferida por el Director General de la Policía Nacional de Colombia, General JORGE HERNANDO NIETO ROJAS, en la que se resolvió: "Artículo 1-. Retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6- y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000. Al Subintendente ROBERTO CARLOS POTE DE LAS SALAS, identificado con la C.C. No. 73231565, retiro que fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante Acta No. 016-APROP-GRURE-3.22 del 27 de septiembre de 2017. Artículo 2-. La presente Resolución rige a partir de su expedición".*

[1] 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.
[2] Fols. 132-137 cdno 1 (doc.166- 171exp. Digital)
[3] Fols. 120-130 cdno 1 (doc. 143-163 exp. Digital)
[4] Folio. 1-12 cdno 1 (doc.1-12 exp. Digital)
[5] Folio. 9-10 cdno 1 (doc.9-10 exp. Digital)

SEGUNDA: Solicito se restablezca el derecho del Señor ROBERTO CARLOS POTE DE LAS SALAS, regresando al estado normal en que se encontraba al momento en que se produjo su retiro, sin solución de continuidad y respetándosele la escala de antigüedad y el grado que le corresponda al momento de proferir fallo a favor, en caso de configurarse, y el tiempo de servicio.

TERCERA: Que se condene a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONALPOLICÍA NACIONAL, NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL-DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL - POLICÍA METROPOLITANA DE CARTAGENA - UNIDAD DE CONTROL Y SEGURIDAD SECCIONAL al pago de los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir al demandante Señor ROBERTO CARLOS POTE DE LAS SALAS, o a quien sus derechos represente, desde la fecha del retiro del servicio hasta la del reintegro efectivo a la Policía Nacional.

CUARTA: Que se condene a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONALPOLICÍA NACIONAL, NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL-DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL - POLICÍA METROPOLITANA DE CARTAGENA - UNIDAD DE CONTROL Y SEGURIDAD SECCIONAL a la actualización de todos los valores a pagar, de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor generada en el periodo comprendido entre la fecha del retiro del servicio y el del reintegro efectivo de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

3.1.2 Hechos[6]

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifestó que, ingresó a la Policía Nacional el 05 de febrero de 2003, siendo dado de alta como patrullero el 01 de noviembre del mismo año, mediante Resolución No. 02352 del 29 de octubre de 2003.

Indicó que, durante su carrera demostró excelente hoja de vida como miembro del nivel ejecutivo en la entidad, obteniendo 5 condecoraciones y 55 felicitaciones, sin tener sanciones disciplinarias en los últimos 5 años, con diferentes capacitaciones y cursos.

Mediante Resolución No. 04668 del 28 de septiembre de 2017, la Policía resolvió suspender sus funciones a partir del 21 de septiembre del mismo año, agregando que, le fue comunicado mediante Resolución No. 04900 del 12 de octubre de 2017, siendo surtida personalmente el 01 de noviembre de 2017.
Al momento de ser retirado del servicio activo de la Policía Nacional, se encontraba adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte - Unidad de

[6] Fol. 2-3 cdno 1 (doc. 2-3 exp. Digital)

Control y Seguridad Seccional de la Policía Metropolitana de Cartagena, desempeñándose como Comandante del Cuadrante de Tránsito y Transporte.

Desde el día 21 de septiembre de 2017 y hasta la fecha de presentación de esta demanda el actor se encuentra privado de la libertad con la medida cautelar de carácter penal de la detención preventiva ordenada por un Juez de Garantías.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Articulo 13, 21, 25, 29 y 53 de la Constitución Nacional, artículo 44 del CPACA, artículos 1, 2 numeral 3 y 4 de la ley 857 de 2003.

Expuso que, la invalidez del acto demandado es con fundamento en la causal denominada falsa motivación, debido a que transgredió el Artículo 29 de la Constitución Nacional, al retirar del servicio al demandante por una conducta que nada tiene que ver con el normal desempeño de éste al interior de la Institución, ya que durante el tiempo que laboró el uniformado en la Policía Nacional, siempre lo hizo de manera diligente y profesional, basta con remitirnos a su hoja de vida para encontrar presupuestos reales de la inmejorable gestión y el buen y/o excelente desempeño desarrollado durante su tiempo de servicio en la institución obteniendo así, más de 50 felicitaciones, cinco condecoraciones, una comisión de estudio en el exterior y sin faltas disciplinarias durante sus últimos cinco años, lo que demuestra que el demandante era un profesional de policía idóneo y eficaz.

Agregó que, la Policía Nacional, de manera arbitraria retiró al demandante del servicio activo de la Policía Nacional, sustentando su decisión en la orden de captura expedida por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE CHALAN - SUCRE figurando actualmente investigación de carácter penal con radicado No. 70-001-80-01034-2017-01314, proceso donde el demandante no ha sido escuchado ni vencido el juicio, desconociendo la administración el derecho constitucional fundamental de la presunción de inocencia.

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1 NACIÓN –POLICIA NACIONAL[7].

Indicó que, el actor fue dado de alta acumulando un tiempo de servicios de 14 años, 7 meses y 21 días, reportándose en su formulario dos anotaciones por llamados de atención por encontrarse en mala disposición para el

[7] fols. 59-72 cdno 1 (doc. 76-89 exp. Digital)

desempeño de sus actividades. Agregó que, el acto demandado estuvo fundado en la orden de captura expedida en su contra, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Como razones de su defensa, manifestó que el actor fue retirado del servicio activo de la institución por la causal denominada "POR VOLUNTAD DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL", decisión que se motivó en razones de mejoramiento del servicio policial y sustentado jurídicamente en el artículo 55 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

Frente al caso concreto, adujo que mediante Informe No. S-2017-028690-SETRA-UNITRA - 29.57 de fecha 21/09/2017, se da a conocer la novedad presentada con el actor, con ocasión a la orden de captura vigente con noticia criminal No. 700160010342070131 4 de fecha 20 de enero de 2017, por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS artículo 208 del Código Penal, el cual es solicitado por lo Fiscalía No. 5 de Sincelejo - Sucre, en calidad de indiciado, hechos ocurridos el dio 20 de enero de 2017, donde al parecer el policial venía sosteniendo relaciones sexuales con el menor J.D.T.P de 8 años de edad, en la casa de su abuelo, ubicada en el barrio Argelia de la ciudad de Sincelejo - Sucre.

En atención a lo anterior, la entidad evaluó la trayectoria del policía a través de la Junta de Evaluación y Clasificación, decidiendo que se encontraban los motivos fundados sobre el actuar irregular del demandante, al no obrar concomitancia a su deber policial de estar fuera y dentro del servicio en armonía con lo esperado por la comunidad, en cumplimiento de los preceptos legales.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[8]

Por medio de providencia del 15 de mayo de 2019, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

> *"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.*
>
> *SEGUNDO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tazan en un 3% del monto de las pretensiones."*

[8] Fols. 120-130 cdno 1 (doc. 143-163 exp. Digital)

Como sustento de su decisión, el A-quo, manifestó que el acto administrativo de retiro del actor, por voluntad del Director de la Policía Nacional, aunque no se exige que estén relatadas todos los motivos que llevaron a su retiro; si existían razones claras por la cual se tomó dicha solución y además que están sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, como es la captura por la comisión de un hecho punible reprochable con es el acceso carnal abusivo a un menor de catorce años; sin que necesariamente haya una sentencia ejecutoriada en contra, si es razón suficiente para hacer uso de la facultad discrecional de retirarlo del servicio, que a su criterio, rompe con la confianza que deben ser depositarios especialmente los miembros de la Policía Nacional, que deben obrar como garante del mismo; por razones constitucionales, los niños son objetos de protección especial en Colombia; sus derechos prevalen sobre los demás, y un miembro de la entidad que debe encargarse de su protección, que no genere confianza sino temor y peligro cumple a cabalidad con las razones que se observan en el acto de retiro, por lo que las razones que allí se dieron son suficiente y razonadas, y lleva en este caso a que el retiro hecho lleve al mejoramiento del servicio.

Concluyó, indicando que, aunque no hayan culminados investigaciones disciplinarias con destitución o penales con sentencia, y en el evento de que haya habido o no investigación de tipo disciplinarias o penal, no se puede concluir que la institución no pueda desvincular a un miembro de sus filas, precisamente porque no es este el fundamento o la justificación al retiro prenombrado, pero que su accionar estaba afectando el buen servicio de esa entidad; por lo que el demandante no mantuvo un comportamiento pegado a la reglamentación de la institución, y al contrario su actuación que se tuvo en cuenta para el retiro del demandante, resultaba conveniente y necesaria.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[9]

La parte demandante presentó recurso de apelación en el asunto de marras, aduciendo que no se analizó la causal invocada, como es el vicio de que adolece el acto cuestionado, ni tampoco se evaluaron los sustentos fácticos y jurídicos que motivaron la decisión.

Agregó que, el Juez de primera instancia solo se dedicó al análisis formal del acto, es decir, que se hubiera hecho una junta y que esa junta haya hecho la recomendación de retiro al competente para materializar el retiro, pero ese aspecto formal no es el motivo de inconformidad, lo que no evaluó fue lo

[9] Fols. 132-137 cdno 1 (doc.166- 171exp. Digital)

concerniente a los motivos de hecho y de derecho que sustentaron esa decisión discrecional, así como la finalidad de la norma que permite el uso de la facultad discrecional en el asunto en estudio. Afirmó que, la administración incurrió en una arbitrariedad tan notoria que al actor se retiró del servicio estando en una situación jurídica distinta al servicio activo, debido a que no se encontraba en ejercicio de sus funciones.

Reiteró que, la entidad no es la competente para asumir que el demandante cometió una conducta punible, de la cual aún es objeto de investigación, debido a que, se desconocería el principio de inocencia que le asiste.

Manifestó que, la entidad demandada empleó una norma que no correspondía a la situación táctica y jurídica real del demandante atentando contra el debido proceso, el derecho al trabajo y la presunción de inocencia del funcionario.

Mencionó que, la entidad podía aplicar al actor una medida menos gravosa, tal y como se evidencia del oficio de fecha 04 de febrero de 2019 número 004595 SEGEN ASPEN, en el que se evidencia que la figura de la suspensión penal se ha aplicado al interior de la entidad demanda en el año 2017 un total de 251 veces y en el año 2018 un total de 278 veces, por lo que a su juicio, lo correcto era tomar el camino de la suspensión penal, cuando un uniformado perteneciente a la Policía Nacional es objeto de una medida cautelar restrictiva de su libertad como lo es la detención preventiva, por lo que cuando la entidad aplica la medida de retiro por voluntad de la Dirección General se contradice en cuanto a la situación táctica y jurídica en donde se sustenta ese retiro, ya que el mismo no se podía hacer de esa manera porque el administrado se encontraba no en servicio sino en una situación administrativa consolidada denominada suspensión penal, es decir, se circunscribió el acto en una inexistente motivación de mejorar el servicio.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 03 de julio de 2019[10], por lo que el 09 de octubre de 2019 se procedió a admitirla[11], y se corrió traslado para alegar el 22 de noviembre de 2019[12].

[10] Folio 2 cdno 2 (doc. 3 exp. Digital)
[11] Folio 4- 5 cdno 2 (doc.4-5 exp. Digital)
[12] Folio 9 cdno 2 (doc.12 exp. Digital)

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante[13]: La parte accionante presentó escrito de alegatos el 11 de diciembre de 2019, por fuera del término establecido el cual finalizaba el 10 de diciembre de 2019.

3.6.2. Parte demandada[14]: Presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

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

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.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

> *¿Debe declararse la nulidad de la Resolución No. 04900 del 12 de octubre de 2017, por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio activo al señor Roberto Pote de las Salas, "POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL", por infracción a al debido proceso, falsa motivación y el principio del non bis in ídem?*

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por autoridad competente, en ejercicio de la facultad discrecional y previa observancia de las exigencias previstas en las normas que la autorizan, vale decir, de los artículos 1°, 2-5 y 4°

[13] Folio 18-23 cdno 2 (doc.15-22 exp. Digital)
[14] fols. 11-17 cdno 2 (doc.16-22 exp. Digital)

de la Ley 857 de 2003, mediaron razones de servicio y previamente a su expedición el Gobierno Nacional contó con el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Frente a la tesis, de que la entidad debió tomar el camino de la suspensión penal, cuando un uniformado perteneciente a la Policía Nacional es objeto de una medida cautelar restrictiva de su libertad como lo es la detención preventiva, se permite poner de presente esta Sala que, el hecho de que exista la figura de la suspensión del servicio por orden penal como situación administrativa, no impide hacer uso a la entidad de la facultad de retiro discrecional.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Motivación del acto de retiro cuando se ejerce la facultad discrecional frente a miembros activos de la Fuerza Pública

El Consejo de Estado[15], en reciente jurisprudencia se refirió a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o la Dirección General de los miembros de la Policía Nacional prevista en el ordenamiento jurídico, indicando que esta constituye una herramienta para el adecuado funcionamiento de la fuerza pública, y el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales para acudir a dicha figura de retiro.

El ejercicio la facultad discrecional, no es un castigo, sino una medida pensada en beneficio del interés general, y en el mejoramiento del servicio. Es independiente de la facultad disciplinaria; razón por la cual, nada obsta para emplearlas incluso de manera concomitante, sin que su ejercicio dependa la una de la otra, tampoco exige que previamente se adelante investigación disciplinaria.

Los actos administrativos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que el demandante demuestre en el curso del proceso que infringieron las normas en que debían fundarse o que fueron expedidos irregularmente con falta o falsa motivación, desviación de las atribuciones, desconocimiento del derecho de defensa o audiencia etc. En ningún caso pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sustentados y cumplir las exigencias de objetividad, racionabilidad y

[15] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS , Bogotá, D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)., Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01441-01(1208-14), Actor: JOSÉ ROGELIO VALENCIA SÁENZ, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL

razonabilidad; guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.

De igual forma, la Sala Plena de la Corte Constitucional[16] en la sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016, compiló los diferentes pronunciamientos que se han proferido en la materia, y se determinó que el estándar o el deber mínimo de motivación del acto de retiro cuando se ejerce la facultad discrecional frente a miembros activos de la Fuerza Pública, opera cuando la causal invocada es la denominada «*por voluntad del gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional*», como se había indicado desde la sentencia SU-172 del 16 de abril de 2015, así:

RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES	**RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA**
1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.	**1.** La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.
2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a la asignación de retiro. En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.	**2.** Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.
3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón[17].	**3.** Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro **(requisito *sine quanon*)**, prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)
4. Este retiro **es de carácter definitivo**, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.	**4.** Este retiro **no es de carácter definitivo ni absoluto**, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.
5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.	**5.** Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.

[16] La Corte Constitucional ha proferido las siguientes sentencias de unificación que indirecta o directamente se relacionan con el tema que acá se revisa: **SU-556 de 2014; SU-053 de 2015; SU-288 de 2015; SU-172 de 2015 y la SU-091 de 2016.**
[17] «Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014».

6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales así como la perdida de la confianza en el personal uniformado.	**6.** Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.
7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.	**7.** No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.
8. El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva **(asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal)**. Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. **Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad** que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.	**8.** Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro. Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. [18]

Luego, en la consideración 3.7.2.3 explicó que «*…el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro.*».

Seguidamente, en las consideraciones del numeral 3.8.2.4 se refirió a lo sustentado en sentencia T-723 de 2010, en relación con la facultad de discrecionalidad en el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, oportunidad en la cual se concluyó que tal potestad no constituye poder ilimitado que derive en el desconocimiento de los principios constitucionales ni el fin perseguido con las normas en que se funda.

> "*…el deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al debido proceso, conforme al cual, cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección o defensa de sus intereses; ya que el afectado podrá exponer sus argumentos y aportar las pruebas que contribuyan para su defensa, siempre que conozca los motivos por los cuales se adoptó la decisión que controvierte*."

[18] «Cuadro extraído del oficio OPTB-708115 del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), enviado por la Policía Nacional».

En ese orden, los actos que dispongan el retiro de un miembro activo de la Fuerza Pública por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, como aconteció en el caso *sub lite*, es preciso indicar que los mismos deben tener un estándar mínimo de motivación con el firme propósito de proporcionar garantías de orden legal y constitucional, por tanto, en sentencia SU-172 de 2015, el máximo órgano en la materia fijó 8 parámetros a tener en cuenta para el efecto, así:

> ***(i)*** *se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos;*
>
> **(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 el 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;*
>
> **(v)** *la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad;*
>
> **(vi)** *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;*
>
> **(vii)** *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;*
>
> **(viii)** ***si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos.***

Conforme lo citado en los literales **(i), (ii)** y **(iii)**, se insiste que, en los eventos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad del gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, si bien los actos de retiro deben estar motivados, no necesariamente han de constar en el cuerpo del documento expedido por la administración, en razón a que los móviles origen de tal decisión se fundamentan en los conceptos que de manera suficiente y razonada para el efecto emiten la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el caso de los oficiales, y el Comité de Evaluación respecto de los suboficiales.

En cuanto a las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad del acto administrativo, las mismas se circunscriben a la relación directa entre la actuación discrecional y el fin perseguido por la administración, es decir, en el mejoramiento del servicio de la institución, de lo contrario ello se confundiría con la arbitrariedad y capricho del funcionario.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

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

- Por medio de la Resolución No. 04900 del 12 de octubre de 2017, la Policía Nacional resolvió retirar del servicio activo al actor como subteniente de la entidad, por voluntad de la Dirección General[19].
- Hoja de vida del actor[20].
- Oficio del 29 de enero de 2018, por el cual la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, da respuesta a una petición elevada por el actor referente a que se le informe si tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual[21].
- Oficio No. 156 del 7 de marzo de 2018, por el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo certifica que, contra el demandante cursa proceso penal por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado homogéneo y sucesivo[22].
- Informe No. 2-2017-019327/DITRA-JEFAT-29 del 22 de septiembre de 2017, por el cual la Dirección de Tránsito y Transporte solicita a la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes, evaluar el actuar del demandante como quiera que afectó el servicio y la confianza depositada[23].
- Oficio No. S-2019-004595/SEGEN-ASPEN 1.10 del 04 de febrero de 2019, por el cual la Policía Nacional certifica cuantos uniformados fueron privados de la libertad por orden judicial en 2017 y 2018, así como cuantos fueron privados con medida de detención preventiva y a cuantos se les aplicó la figura de la suspensión penal del artículo 50 de la Ley 1791 de 2000[24].

[19] fols. 14-24
[20] fols. 27-31
[21] fol. 32-33
[22] fol. 34
[23] fols. 37-40
[24] fols. 92

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No.04900 del 12 de octubre de 2017, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, retira del servicio activo al Oficial Subintendente de la Policía Nacional, "*POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL*".

Conforme a las pruebas arrimadas al proceso, se encuentra que, por medio de la Resolución No. 04900 del 12 de octubre de 2017, la Policía Nacional resolvió retirar del servicio activo al actor como subteniente de la entidad, por recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes, en sesión celebrada el 27 de septiembre de 2017 y protocolizada por acta No. 016-APROP-GRUPE-3.22[25].

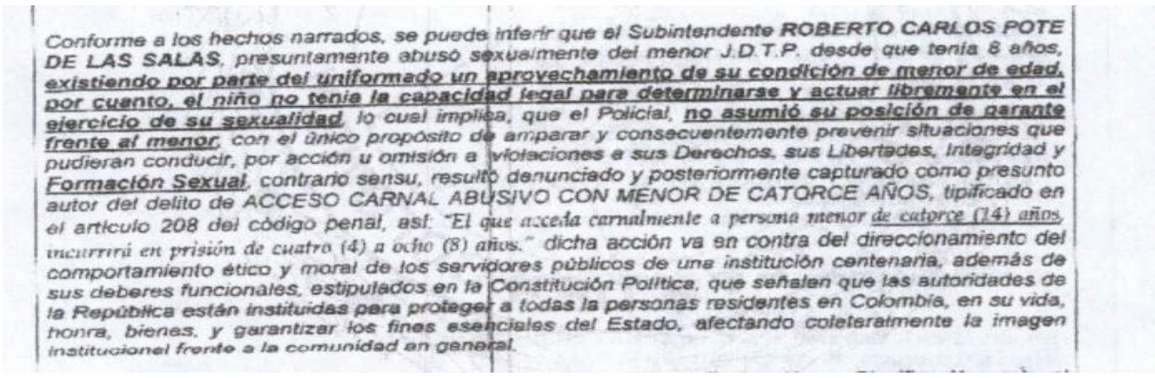
Frente a los argumentos que sustentaron la decisión, se avizora que, el señor Pote de las Salas estuvo vinculado a la institución por el término de 14 años, 07 meses y 21 días. De igual forma, se encuentra que, la evaluación de la Junta Evaluación y Clasificación se inició con ocasión al Informe No. 2-2017-019327/DITRA-JEFAT-29 del 22 de septiembre de 2017, por el cual la Dirección de Tránsito y Transporte solicita a la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes, evaluar el actuar del demandante como quiera que afectó el servicio y la confianza depositada[26].

En cuanto a la situación fáctica que rodearon el requerimiento, se indicó que, mediante comunicación oficial del 21 de septiembre de 2017, el comandante del Cuadrante de la Unidad de Tránsito y Transporte de Cartagena, informa la novedad presentada en dicha fecha, cuando es citado el demandante para que asista a videoconferencia con la oficina de talento humano de la unidad donde estaba adscrito, con el fin de materializar la orden de captura No. 26786 del 18 de septiembre de 2017, expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chalan (Sucre), con el No. de noticia criminal 70-001-60-01034-2017-01314 por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, siendo legalizada la misma con detención intramural en establecimiento de reclusión en Corozal- Sucre. Los hechos que se endilgan ocurrieron, el día 20 de enero de 2017 en el barrio Argelia de la ciudad de Sincelejo, cuando este se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Adicional a lo anterior, en el acto administrativo demandado se expuso lo siguiente:

---

[25] fols. 14-24
[26] fols. 37-40



*Conforme a los hechos narrados, se puede inferir que el Subintendente **ROBERTO CARLOS POTE DE LAS SALAS**, presuntamente abusó sexualmente del menor J.D.T.P. desde que tenía 8 años, **existiendo por parte del uniformado un aprovechamiento de su condición de menor de edad, por cuanto, el niño no tenía la capacidad legal para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad**, lo cual implica, que el Policial, **no asumió su posición de garante frente al menor**, con el único propósito de amparar y consecuentemente prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión a violaciones a sus Derechos, sus Libertades, Integridad y **Formación Sexual**, contrario sensu, resultó denunciado y posteriormente capturado como presunto autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, tipificado en el artículo 208 del código penal, así: "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años." dicha acción va en contra del direccionamiento del comportamiento ético y moral de los servidores públicos de una institución centenaria, además de sus deberes funcionales, estipulados en la Constitución Política, que señalan que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas la personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, y garantizar los fines esenciales del Estado, afectando colateralmente la imagen institucional frente a la comunidad en general.*

Por lo anterior, se expuso en dicho acto administrativo que el actor, contrarió el mandato legal encargado, debiendo ser ejemplo de la ciudadanía, garante de la convivencia pacífica, dejando una percepción de inseguridad, e irrespeto de los valores y principios; agregando que se vislumbraba la pérdida de confianza establecida en la Le 62 de 1994.

Frente a los motivos de la apelación, esta Sala encuentra que el acto demandado si expuso las razones de hecho y derecho que sustentaron el retiro discrecional, en virtud a las razones expuestas en párrafos anteriores, sin que la misma constituyera en una arbitrariedad de la administración, sin que sea admisible el argumento de que, no se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando fue expedido, debido a que, si se encontraba vinculado a la institución aunque no estuviera en servicio activo, como consecuencia, de una orden de captura por el delito aquí mencionado.

Con relación al desconocimiento del principio de inocencia, sobre este aspecto ya se ha pronunciado la Corte Constitucional[27] para establecer que, efectivamente, una misma conducta puede dar lugar a diversas investigaciones y consecuencias, sin que ello, necesariamente, implique una doble sanción. En ese sentido el Máximo Tribunal Constitucional explicó que lo que diferenciaba o no la violación al non bis in ídem con la situación anterior, eran los fundamentos normativos y las finalidades diversas de la investigación. Precisamente, este pronunciamiento de la Corte se dio en el ámbito del estudio de constitucionalidad de una norma que determinaba una conducta como fundamento de retiro del servicio y a la vez constituía una falta disciplinaria.

De acuerdo con la Ley 857 del 2003, 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. Entre las causales

[27] Sentencia C-088/2002

de retiro establecidas en el Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 del 2003, se encuentra aquel denominado "*Por voluntad del Gobierno Nacional*", el cual consiste en que, por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional o el Director General de la Policía Nacional puede disponer el retiro de los miembros de la Policía, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

De acuerdo con la Corte Constitucional[28] ha expresado que:

> *"El retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública;* ***(ii) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo;*** *(iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv)* ***esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general****; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro. (…)*
>
> *La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales así como la perdida de la confianza en el personal uniformado.* ***El retiro por esta causal, pero no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento".***

Partiendo de lo anteriormente explicado, se tiene que, en este evento, nos encontramos frente a una de las situaciones planteadas por la Corte

[28] Sentencia SU-091/16

Constitucional, como es la valoración del comportamiento individual del funcionario que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general, máxime si se tiene en cuenta que, el delito era de tipo sexual y con un agravante, como es con menor de 14 años como víctima.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional[29] como la del Consejo de Estado[30] han señalado que para que opere la causal de retiro aludida, si bien no se necesita exponer o justificar exhaustivamente los propósitos que animaron la manifestación de voluntad de la administración, pues se entiende que se actúa en aras del buen servicio público, sí es necesario que el acto se encuentre respaldado en un análisis objetivo y razonable de los documentos del personal cuyo retiro se recomienda por parte de la junta de evaluación y clasificación respectiva, de manera que se garanticen los derechos fundamentales del policial[31].

Frente a la tesis, de que la entidad debió tomar el camino de la suspensión penal, cuando un uniformado perteneciente a la Policía Nacional es objeto de una medida cautelar restrictiva de su libertad como lo es la detención preventiva, se permite poner de presente esta Sala que, el hecho de que exista la figura de la suspensión del servicio por orden penal como situación administrativa, no impide hacer uso a la entidad de la facultad de retiro discrecional como argumento que sustenta esta afirmación, reiterándose que, los planteamientos de la Corte Constitucional aquí citados, en el sentido de que los requisitos para hacer uso de la misma, son los ya expuestos, y no es obligatorio utilizar la figura de la suspensión sino, la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación y la medida este sustentada en hechos verificables como los aquí sucedidos. Así las cosas, le correspondía al demandante demostrar que los hechos estaban revestidos de una falsedad, lo cual aquí no aconteció.

Del análisis integral del acervo probatorio se evidencia que el acto administrativo demandado fue expedido por autoridad competente, en ejercicio de la facultad discrecional y previa observancia de las exigencias previstas en las normas que la autorizan, vale decir, de los artículos 1°, 2-5 y 4° de la Ley 857 de 2003, mediaron razones de servicio y previamente a su expedición el Gobierno Nacional contó con el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

---

[29] SU 053 de 2015 y SU 172 de 2015
[30] fallo de 6 de septiembre de 2018,
[31] Radicación: 11001-03-15-000-2020-00420-01. Providencia del 11 de junio de 2020 y Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04433-01(AC). 30 de mayo de 2019.

De lo anterior se tiene que, efectivamente, el retiro discrecional debe obedecer a razones el servicio y en tal sentido debe evaluarse la hoja de vida del oficial, a fin de que la decisión a adoptar encuentre respaldo en la conducta desplegada por éste en el ejercicio de sus funciones.

En el caso de marras, encuentra esta Judicatura que la Resolución No. 04900 del 12 de octubre de 2017 se encuentra suficientemente motivada, en ella se analizó la conducta y la hoja de vida del actor, destacándose además de la situación de posible acceso carnal abusivo con menor de 14 años, que daban cuenta de que el subintendente no estaba llevando a cabo en debida forma las funciones encargadas cuando se vinculó a la entidad demandada.

Así las cosas, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.3. De la condena en costa.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, establece 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 los art. 365 y 366 del CGP determina que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el caso de marras, se tiene que la sentencia de primera instancia fue confirmada en su totalidad, por lo que debe condenarse en costas a la parte actora en segunda instancia. La condena anterior deberá ser liquidadas por el juez de primera instancia conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

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 las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

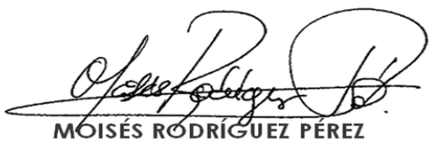
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en segunda instancia, las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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.003 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ