



## *Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja*

Tunja, 06 FEB 2018

RADICACIÓN : 2015-00178  
DEMANDANTE : LUIS OSWALDO OCHICA SUÁREZ  
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL  
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede el Juzgado a emitir decisión de primera instancia en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

### **I. LA DEMANDA**

#### **1.1. Las pretensiones del libelo se transcriben así:**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 046 del 09 de abril de 2015 mediante la cual el comandante (encargado) del Departamento de Policía de Boyacá, resolvió retirar del servicio activo por voluntad de la Dirección General, a mi poderdante el señor JOSE OSWALDO OCHICA SUÁREZ.
2. A título de restablecimiento del derecho que se ordene el reintegro de mi poderdante al servicio activo, como patrullero de la Policía Nacional, al grado que ostentaba al momento de su retiro, con todos los derechos salariales y prestacionales y se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, primas y demás prestaciones sociales que devengaba al momento de su retiro, desde la fecha de su retiro y hasta que se produzca su reintegro al servicio activo, de manera efectiva.
3. Que se declare que no hubo solución de continuidad en la relación laboral entre mi poderdante y la Policía Nacional.
4. Que se ordene la correspondiente indexación y /o actualización al valor presente de los valores que resulten de la liquidación según lo dispuesto en el artículo 187, ley 1437 del 2011.
5. A título de daño inmaterial o moral, se ordene el pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta que desde el retiro del servicio activo de la policía nacional, mi poderdante no ha podido sufragar los gastos mínimos que demanda una vida digna, como una alimentación sana y balanceada, útiles de aseo personal, vestido adecuado para el clima, debido a la imposibilidad física de obtener un trabajo remunerado ya que concomitante a la notificación de la resolución de su retiro, le fue privado de la libertad por orden de autoridad judicial y en la actualidad se encuentra con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario.
6. Se disponga el cumplimiento de la sentencia según la normativa contenida en los artículos 187, 189, 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.”

#### **1.2. Fundamentos fácticos y jurídicos. El Despacho los resume así:**

El señor JOSE OSWALDO OCHICA SUÁREZ se desempeñó como patrullero de la Policía Nacional desde el año 2009 hasta el día 09 de abril del 2015, fecha en la que por virtud de la Resolución 046 fue retirado del cargo; manifiesta que tuvo buenas calificaciones en su folio de vida sin ser objeto de llamado de atención alguna, agregando que los padres del demandante dependían económicamente del salario y emolumentos que el recibía con ocasión de la vinculación laboral con la Policía Nacional. Adicionalmente que el acto de retiro no tiene motivación de elementos objetivos que recomendaran su retiro conforme a la sentencia SU-053 de 2015 ni se hizo alusión al concepto de la junta de evaluación y clasificación.

Que al momento de la notificación del acto administrativo en mención, fue privado de la libertad por parte de la Fiscalía General de la Nación en coadyudancia con la Policía Judicial, SIJIN,

del Departamento de Policía Boyacá, siendo impuesta medida de aseguramiento el día 13 de abril del 2015 en Bucaramanga, Santander, amén de un proceso que adelanta la Fiscalía en ese lugar. El cual se encuentra en etapa de investigación.

**1.3. Normas infringidas y concepto de violación:** En síntesis alega como quebrantadas las siguientes disposiciones:

Artículos 1, 2, 13, 29, 93 y 209 de la Constitución; artículos 50, 55.6 y 62 del Decreto 1791 de 2000, Convención Americana de derechos Humanos de 1969, arts. 1, 2y 8; pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 art. 14 y sentencia SU -053 de 2015.

Para sustentar el concepto de violación afirma que en virtud de la Resolución No. 01445 de 16 de abril de 2014 se delega en el Comandante de Policía de Boyacá la facultad de retirar del servicio activo por facultad discrecional a los suboficiales y miembros del Nivel Ejecutivo, pero que dicha facultad no es extensiva a quien ejerce el cargo por *encargo*. Indica que el funcionario encargado del Comando de Departamento de Policía de Boyacá no tomó posesión del cargo, incumpléndose con el presupuesto de nombramiento y posesión del funcionario en encargo.

Arguye como causal de nulidad la violación al deber de motivar el acto administrativo de retiro del demandado, para lo anterior se apoya en sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015 proferida por la Corte Constitucional. Precisa que en la Resolución No. 046 de 2015 no se relaciona y tampoco sustenta cuáles con esos elementos objetivos para determinar que el demandante no era merecedor de confianza por parte de superiores y en qué sentido su retiro contribuiría al mejoramiento del servicio.

Que aunque se menciona sesión de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, en la resolución no se menciona ni sustenta cuales son los elementos objetivos que sustentan la recomendación.-

Además señala que el accionante no fue notificado del Acta No. 074 de 9 de abril de 2015 expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales y Agentes del Departamento de Policía de Boyacá, en consecuencia desconoce los elementos objetivos y los hechos ciertos en los cuales se fundamenta la recomendación de retiro.

Por otra parte señala que se desconoce el principio de presunción de inocencia pues dada la trayectoria de su poderdante como miembro activo de la policía Nacional da fe de su comportamiento intachable, que la ausencia de hechos reales y elementos objetivos indica la arbitrariedad del comandante del Departamento de Policía de Boyacá, que el único hecho real es que el actor fue capturado por orden de autoridad judicial el mismo día de notificación del acto de retiro, por lo que sostiene es clara la relación entre la situación jurídica del actor con el acto administrativo de retiro del servicio; agrega que no se le dio la oportunidad de defenderse en proceso disciplinario y/o penal.

Sustenta que se transgrede el artículo 50 No. 6 del Decreto 1791 de 2000 que establece que cuando contra un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención

preventiva el Director General de Policía dispondrá su suspensión en ejercicio de sus funciones y atribuciones. Disponiéndose además que durante el tiempo de suspensión el uniformado percibirá las primas y subsidios en el 50% de su salario; aduce que el espíritu de esta norma es de obligatorio cumplimiento para el Director General de la Policía además de resultar ser más favorable para el servidor la determinación que adoptó la Policía, dice que se violó el debido proceso del actor.

Finalmente manifiesta que la actuación administrativa transgrede la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969 artículos 1,2 y 8 y el pacto internacional de derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 artículo 14, ya que estas normas establecen que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad en la Ley.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio De Defensa- Policía Nacional** (fs.51-67) se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

En cuanto a los hechos manifestó que el primero, segundo y tercero son parcialmente ciertos, aclarando que la fecha de desvinculación fue el día 10 de abril del 2015, mientras afirma que los hechos cuarto, quinto, octavo, noveno y décimo son ciertos; de los numerados como sexto y séptimo indica que no son ciertos así como al decimoprimeros de no ser un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante.

Manifiesta la parte demandada que el retiro del demandante se realizó de manera legal en tanto el coronel EDWAN HENRY GARCIA SEPULVEDA tenía competencia para expedir el acto aun cuando estuviese en el cargo mediante encargo, pues en esta modalidad de vinculación se tiene competencia para ejercer todas las funciones del cargo y sin que se requiriera la posesión, pues se trata de una asignación de funciones.

Por otro lado, alega que sobre el Director General de la Policía Nacional recae la potestad jurídica de retirar del servicio activo al personal de manera discrecional, esto, en uso de una figura jurídica denominada facultad discrecional, informando que fue mediante tal facultad legal que se retiró del servicio al demandante y que de ella puede hacerse uso en cualquier momento exigiendo solo la recomendación o concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

Encuentra además que la decisión de retiro fue tomada en atención al concepto expedido por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, el cual quedó consignado en el acta No. 074 del 09 de abril de 2015, en donde respecto del patrullero JOSÉ OSWALDO OCHICA SUAREZ, se recomendaba su desvinculación del servicio en uso de los criterios de confiabilidad y eficiencia. Comenta que la eventual tramitación de un proceso disciplinario o penal no inhibe la facultad

discrecional, ni la existencia de tales actuaciones sirve de fuero de estabilidad a quien bajo tales presupuestos se ubica.

Por otro lado señala la defensa de la parte demandada que no hay lugar a reconocimiento de perjuicios morales en tanto el retiro del demandante del servicio fue dispuesto en debida forma además de no haberse probado su existencia ni el nexo causal con la decisión de la entidad, el cual es un requisito necesario para reconocerlo.

### III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**3.1. Parte actora (fs. 205-213).** Señala la parte actora que en el mismo acto de notificación del acto de retiro fue capturado el señor OCHICA SUAREZ.

A partir del texto del acta No. 074 – COMAN- GUTAH- 2.26 en la cual se fundamenta la Resolución No. 046 del 09 de abril de 2015, considera se acredita la violación de sus derechos fundamentales como son el debido proceso, presunción de inocencia, al mínimo vital, además de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, por cuanto lo retiro sin escucharlo en descargos y sin otorgarle posibilidad alguna de defensa. Considera que ha debido darse aplicación a lo establecido en el artículo 50 del Decreto 1791 de 2000, que establece la suspensión ante ordenes de captura de uniformados; medida que garantizaría la proporcionalidad y razonabilidad de la consecuencia, permitiendo al funcionario responder al proceso penal y proveer de lo necesario a su familia.

Destaca la excelencia de su hoja de vida, las calificaciones de los años 2011 a 2014 y la inexistencia previa de procesos disciplinarios y penales para destacar la desproporcionalidad de la decisión y su asiento únicamente en el informe de orden de captura en el proceso penal.

Señala desconocimiento del presente constitucional en tanto no expresa los motivos de la decisión de retiro, y porque no fue puesto en conocimiento del uniformado para ejercer la defensa pertinente.

Finalmente realiza un recuento de la actuación penal y disciplinaria que se adelanta en contra del actor para luego concluir que ni la Fiscalía ni la Inspección General de la Policía Nacional han encontrado prueba que indique que el demandante hiciera parte del grupo de personas concertadas para delinquir, que por el contrario las actuaciones indican el correcto proceder del demandante en el procedimiento llevado a cabo el 11 de marzo de 2014.

**3.2. Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional (f. 190-204).** Con algunas menores modificaciones, lo expuesto en los alegatos de conclusión es una reproducción de los planteamientos dados por la entidad en el escrito con el cual se dio contestación a la demanda y que dice reiterar.

### IV. CONSIDERACIONES

#### 4.1 Asunto a resolver

Se debe determinar la legalidad de la Resolución No. 046 del 9 de abril de 2015 por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio del señor patrullero JOSÉ OSWALDO OCHICA

SUÁREZ por voluntad del Director General de la POLICÍA NACIONAL, de cara a las exigencias de competencia, motivación; razonabilidad y proporcionalidad, así como el respeto de sus garantías fundamentales como lo es la presunción de inocencia.

#### 4.2. De la causal de retiro

Los artículos 54, 55 y 62 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", consagran lo siguiente:

ARTÍCULO 54. RETIRO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en 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 para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte.~~

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

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

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, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados. - /C 253-03/

Posteriormente la Ley 857 de 2003 modifica el Decreto ley 1791 de 2000 en relación con el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional estableciendo:

ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

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

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

PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.- *destacados fuera de texto-*

La Corte Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las anteriores disposiciones en sentencia C-179 de 2006, destacando el especial régimen laboral que gobierna a los miembros de las fuerzas militares y de policía y la necesidad de contar con herramientas que permitan proteger la misión institucional de los organismos, punto en el cual, relevó la oposición de la facultad discrecional al uso arbitrario y desproporcionado del retiro del servicio. Por su importancia se cita *in extenso*:

“Tanto para la Policía Nacional como para las Fuerzas Militares, el Constituyente de 1991, dispuso un régimen **especial** de carrera, prestacional y disciplinario. Con fundamento en dicho régimen, han sido expedidas por el legislador ordinario y extraordinario múltiples disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, los ascensos, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de dichas instituciones, todo ello dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta su naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades constitucionales, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.

(...)

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**<sup>1</sup>, 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. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables.

(...)

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública **no puede ser confundida con arbitrariedad**. 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.

...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.

La jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que la potestad discrecionalidad de que se ha revestido a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que forman parte de sus instituciones, no significa arbitrariedad sino por el contrario, se trata de un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esas instituciones. (...)

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

<sup>1</sup> Cfr. C-368/99

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

(...)

**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.

(...)

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 “[u]n derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal”<sup>2</sup> (...)” – destacados de este Juzgado-

La actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la motivación de los actos de retiro de uniformados en ejercicio de la facultad discrecional y la diferencia de criterios con el Consejo de Estado, produjo la sentencia de unificación **SU-053 de 12 de febrero de 2015**<sup>3</sup>, en virtud de la cual se establecieron subreglas para la adecuada disposición de estas decisiones de cara al derecho de defensa y contradicción de los servidores, condensándose así.

“...conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente 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.
- 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.**

<sup>2</sup> C-525/95

<sup>3</sup> La postura de unificación expuesta por la Corte Constitucional fue acogida por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve Expediente 2015-01161-01, providencia de 10 de noviembre de 2015.

- El acto de retiro debe cumplir los **requisitos de proporcionalidad y razonabilidad**, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el **mejoramiento del servicio**.
- El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional<sup>4</sup>. No obstante lo anterior, **la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores**, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.
- El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.
- Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.
- Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución” – destacados fuera de texto-

De acuerdo con lo anterior, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia de unificación supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan a tomar este tipo de decisiones, los mismos **sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos analizados y ponderados que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública**.

Es oportuno ahora abordar lo concerniente al ejercicio concomitante o sucesivo de la facultad discrecional y de las acciones propiamente sancionatorias en el ámbito disciplinario y penal, en ánimo de establecer su procedencia, así como las condiciones o requisitos que debe cumplir.

En ese sentido es importante señalar que de acuerdo con lo establecido en la sentencia C-179 de 2006, la facultad discrecional no es de naturaleza sancionatorio y por consecuencia no impone un trámite previo, debiéndose solo a la protección del buen servicio público. En armonía con lo anterior el Consejo de Estado ha señalado<sup>5</sup>:

“... Como es sabido, esta Corporación ha señalado en anteriores oportunidades<sup>6</sup> que **la facultad discrecional con que está investida la autoridad pública, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Una y otra, no se suspenden en su ejercicio**, pues de ser así, **se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una**

<sup>4</sup> Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

<sup>5</sup> SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia de 18 de febrero de 2010 Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08)

<sup>6</sup> Sentencia 529-00 del 13 de julio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

**falta disciplinaria otorgara estabilidad, planteamiento que refiría con la ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública**, más tratándose del potencial humano en la Policía Nacional, institución que tiene a su cargo el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, para garantizar que los habitantes convivan en paz.

(..)

En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido las diferencias entre el ámbito que comprende **la facultad discrecional** y el que regula la **potestad disciplinaria** y en este sentido, se advierte que **mediante la primera**, la administración cuenta con la **libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio**, atendiendo que cuando una decisión de carácter general o particular sea de esta naturaleza, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, conforme a las preceptivas que señala el artículo 36 del C.C.A.

A su turno, ha expresado, que **la potestad disciplinaria** tiene por finalidad **sancionar las actuaciones de los funcionarios que conlleven el incumplimiento de los deberes**, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones y la incursión en prohibiciones; por ende, la falta disciplinaria se enmarca en la preservación de reglas de conducta que debe seguir el servidor público y que guardan relación con los principios que guían la función administrativa. Siendo así, **la finalidad de la investigación disciplinaria, reside en la protección de la función pública y busca sancionar el menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por las actuaciones irregulares de sus funcionarios que se realicen a título de dolo o culpa; es decir, es de la esencia de la falta disciplinaria, que el comportamiento irregular del funcionario que se le atribuye subjetivamente se encuentre debidamente probado**, bien por causa correlativa de la omisión del deber que le correspondía o por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

**La utilización concomitante de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio**, es menester referir que el grado de afectación debe ser **claro y notorio**, de manera que se aprecie sin dificultad, pues con la medida discrecional **se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista**. Lo contrario, vale decir, hacer uso de la facultad discrecional, **cuando no sea evidente la afectación del servicio**, con el hecho materia de investigación disciplinaria, **deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva** proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos.

**Los presuntos actos de corrupción que se endilguen a los servidores públicos, entre otros, son de la cuerda del proceso disciplinario**, porque todo comportamiento de esta naturaleza es atentatorio de **“la imagen institucional”**, está implícito en toda falta disciplinaria y, por ello, si no se afecta el servicio, someterlos al rigor de la discrecionalidad desconoce que el dolo y la culpa deben probarse en contra del sujeto disciplinado. – destacados fuera de texto-

En oportunidad posterior<sup>7</sup>, se indicó

“Ahora bien, en este punto es oportuno referir que ante la ocurrencia de hechos que pueden generar investigaciones disciplinarias y/o penales y al mismo tiempo el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, esta Subsección en sentencia de 27 de marzo de 2003, C. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 5003-01, actor: Lankin Germán Badillo Márquez, sostuvo:

*“Unicamente cuando sea **evidente y palmaria** la afectación del servicio derivada de acontecimientos fácticos que sean del resorte del proceso disciplinario y sólo respecto de esta hipótesis, podrá la administración hacer uso de la facultad discrecional, sin perjuicio del diligenciamiento disciplinario que recaiga sobre el presunto infractor de los deberes, obligaciones y prohibiciones compiladas en ley o reglamento. En la medida en que lo anterior no acontezca, el manto de la facultad discrecional será un pretexto inaceptable para prescindir injustificadamente del trámite disciplinario.*

(...)

*Con la advertencia que la utilización concomitante de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario procede cuando **el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio**, es menester referir que el **grado de afectación debe ser claro y notorio, de manera que se aprecie sin dificultad**, pues con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista. Lo contrario, vale decir, hacer uso de la facultad discrecional **cuando no sea evidente la afectación del servicio** con el hecho materia de investigación disciplinaria, deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos.*

(...)

<sup>7</sup> SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: DR. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 25 de noviembre de 2010, expediente No. 250002325000200306792-01(0938-2010

*Es comprensible que la investigación disciplinaria, atañe específicamente con el desempeño de la función y se desenvuelve en el marco de la relación servidor público-cumplimiento de los deberes, prohibiciones y obligaciones con el servicio; es decir, la falta disciplinaria no constituye en su esencia un mecanismo de satisfacción del interés general o de mejoramiento del servicio, dado que para tal cometido es herramienta la facultad discrecional, sino que se desarrolla en función de la actuación del funcionario y en velar por el sometimiento de aquél a los compromisos que su condición le exige.*

*La administración no está enervada para usar solamente una de estas dos potestades sino ambas simultáneamente, porque sin esperar los resultados de la investigación disciplinaria, tiene competencia para ejercer el poder discrecional; de suyo desligar la facultad discrecional de la disciplinaria y establecer cuándo la administración disfrazó la primera para reprimir y castigar al funcionario, no es tarea sencilla y en cada caso específico, habrá que examinarse la situación.”.*

(...)

Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, pues **lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal.**— destaca el Juzgado—

Luego en decisión de 8 de marzo de 2012, reiteró<sup>8</sup>:

“Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la **conurrencia** del ejercicio de la facultad discrecional y la disciplinaria, 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 del diligenciamiento disciplinario, y **sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.**

En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la media 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 disciplinable, 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 la disciplinaria 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 -se destaca-

En virtud de los criterios legales y jurisprudenciales es posible llegar las siguientes conclusiones:

- Se consagra una potestad discrecional a favor de la Dirección General de la Policía Nacional, con la finalidad de adoptar una decisión tendiente a determinar el retiro del servicio teniendo como causa “razones del servicio”;
- Para decretarlo no se requiere tiempo mínimo de labores;
- Cuando se hace efectivo frente a un miembro del nivel ejecutivo la competencia es de la Dirección General de la Policía Nacional, por delegación del Ministro de Defensa Nacional;
- Para disponer el retiro en ejercicio de la facultad discrecional, se requiere recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.
- La decisión de retiro debe ser motivada; estándar que si bien no debe contenerse materialmente en el cuerpo del acto de retiro, debe descansar en el acta de la Junta de Evaluación, la cual debe ser puesta a disposición del afectado.

<sup>8</sup> SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B” Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, expediente: 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

- La razón del retiro debe estar sustentada en razones objetivas y hechos ciertos analizados y ponderados que justifiquen la determinación que debe necesariamente comprometer el servicio; ejercicio en el cual debe valorarse la hoja de vida, evaluaciones de desempeño de más pruebas relevantes.
- La facultad discrecional no es de naturaleza sancionatoria y por ende además de no requerir del agotamiento de un trámite preliminar, puede ser ejercida de forma concomitante con las acciones disciplinarias y penales, siempre que el hecho afecte de manera clara y notoria el servicio.-

#### 4.3. Cargos de nulidad y caso concreto

La censura contra la determinación de retiro por voluntad de la Dirección General contenida en la Resolución 046 de 9 de abril de 2015, puede compendiarse en los siguientes cargos:

- a) Falta de competencia del Comandante *Encargado* de Policía de Boyacá
- b) Violación del derecho a la defensa ser oído y atendido por Tribunal o autoridad competente.
- c) Ausencia de motivación del acto de retiro
- d) Falta de notificación del Acta No. 074 de 9 de abril de 2015 expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales y Agentes del Departamento de Policía de Boyacá.
- e) Ausencia de elementos objetivos y razonables para determinar el retiro
- f) Desconocimiento del principio de presunción de inocencia
- g) Violación al principio de favorabilidad por falta de aplicación del artículo 50 No. 6 del Decreto 1791 de 2000

El Juzgado atenderá los cargos en el orden indicado, en atención a que se considera la secuencia lógica en el proceso de formación del acto administrativo, anunciado que, solo en caso de que prospere alguna de las glosas enrostradas se relevará el Despacho de analizar los restantes cargos.

##### 4.3.1. Falta de Competencia para expedir el acto administrativo de retiro.

Considera el actor que la Resolución No. 01445 de 16 de abril de 2014 delega en el Comandante del Departamento de Policía de Boyacá la facultad de retirar del servicio activo de forma discrecional a los suboficiales y miembros del nivel ejecutivo, no obstante señala, esa facultad no es extensiva para el Funcionario que ejerce el cargo por *encargo*. Agrega que el acto administrativo de nombramiento en encargo no está motivado, no señala el término del encargo y no hace explícita la facultad para retirar del servicio activo a un miembro del Nivel Ejecutivo, también que, el funcionario encargado del comando de Policía no tomó posesión del empleo que se le encarga. La censura no está llamada al éxito por lo siguiente:

Lo primero será indicar que por disposición legal, el retiro por voluntad del Director General de la Policía Nacional para el caso del personal de suboficiales y personal ejecutivo es una

facultad delegable en los comandantes de Policía Metropolitana y Departamentos de Policía, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 857 de 2003.

Por esa senda y aun cuando no ha sido cuestionado, en la resolución demandada se alude a la preexistencia de la delegación conforme a la Resolución 03913 de 2 de septiembre de 2008, adicionada con Resolución 04408 de 8 de noviembre de 2013 y con la Resolución 1445 de 16 de abril de 2014, por consecuencia el Despacho infiere la competencia del **Comandante** del Departamento de Policía de Boyacá para ejercer facultad discrecional de retiro del servicio sobre el personal de suboficiales y personal ejecutivo.

Dicho esto, dado que la queja en lo medular atiende a defectos atañedores a la emisión del acto administrativo ligados a la figura del *encargo*, se debe atender la naturaleza de la figura, la cual conforme a lo establecido en los artículos 40 y 42 del Decreto Ley 1791 de 2000:

ARTÍCULO 40. DEFINICIONES.

(...)

**4. ENCARGO.** Es la situación administrativa mediante la cual se ejercen, total o parcialmente, las funciones de cargos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados o destinados, por ausencia temporal o definitiva del titular, por término no mayor de ciento veinte (120) días.

(...)

ARTÍCULO 42. **FORMA DE DISPONER DESTINACIONES, TRASLADOS, COMISIONES Y ENCARGOS.** Las destinaciones, traslados, comisiones y encargos, se dispondrán en la siguiente forma:

(...)

**3. Por Orden Administrativa de la Dirección General de la Policía Nacional.**

a. **Encargos de Direcciones, Comandos de Departamentos y Seccionales de Formación.**

(...)

De conformidad con las normas transcritas es claro que para el encargo (*definido como la situación administrativa por medio de la cual se ejercen funciones diferentes al cargo para el que se fue nombrado*) del Comando de Departamentos de Policía **sólo** se requiere la **Orden Administrativa de la Dirección General de la Policía Nacional**, tal como sucedió en este caso mediante la OAP No. 1-065 de 8 de abril de 2015 (f. 104), en la cual se encargó al CR. GARCIA SEPULVEDA EDWAN HENRY para asumir la dirección del DEPARTAMENTO DE POLICIA DE BOYACA *“durante del día 9 de abril de 2015 mientras la ausencia del señor CR BAQUERO AYALA JOSE ELIAS”*; acto administrativo que no limitó o condicionó el ejercicio de las funciones del empleo a asumir, aspecto que resultaría más anejo a la delegación que al encargo, ya que a través de este último pretende esencialmente impedir la afectación del servicio ante la ausencia temporal o definitiva del titular.

De manera pues que la Resolución 046 de 9 de abril de 2015, podía ser expedida y suscrita por el señor coronel EDWAN HENRY GARCIA SEPULVEDA como Director encargado del “DEBOY”

Las normas citadas no exigen posesión para el desempeño del empleo a encargarse y ciertamente la jurisprudencia ha precisado que no se requiere<sup>9</sup>:

“Hay encargo de funciones cuando mediante acto administrativo se dispone el desempeño temporal de funciones de un cargo distinto y adicional a aquel del que es titular. Puede ocurrir con o sin

<sup>9</sup> SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, sentencia de 2 de mayo de 2013 Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00047-01(2458-12)

desprendimiento de las funciones propias y para cuyo ejercicio **no requiere posesión del cargo, basta con asumirlas**, en cumplimiento del mandato que hace el Representante Legal de la Entidad, como lo indica el artículo 89 del renombrado Decreto. (...) No se trata en este caso de delegación de funciones, como alega el actor, puesto que la delegación de funciones que está regulada en los artículos 9° a 14 de la ley 489 de 1998, es una figura que debe constar en acto administrativo escrito, determinando en forma precisa y expresa las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren; y no con el propósito de atender las ausencias temporales, sino para entregarle el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias.

Existe claramente entonces una diferencia entre el encargo y la delegación<sup>10</sup> que permite solventar el cargo en favor de la entidad demanda, en tanto el vacío en punto a la determinación de las funciones a asumir sería sustentable frente a la segunda figura, pero no frente a la primera, amén de que con ella se pretende cubrir una vacante temporal y en tal virtud salvo que otra cosa se disponga conllevaría el ejercicio del cargo y funciones que bajo designación en encargo se efectúa y de contera no requeriría la precisión de las aludidas funciones y tal como se indicó, tampoco una nueva posesión.

Bajo estas consideraciones y tal como se indicó el cargo no prospera.

#### **4.3.2. Violación del derecho a la defensa, ser oído y atendido por Tribunal**

El demandante ha considerado la transgresión a los artículos 1, 2 y 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos de 1969 y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, que consagran entre otros derechos el de ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

Es cierto que estas normas hacen parte del bloque de constitucionalidad, empero, la parte demandante omite precisar cuáles son las actuaciones en las cuales no se permitió ser oído con las debidas garantías, aún más, estas normas hacen referencia a las garantías jurídicas dentro de actuaciones judiciales, las cuales no son objeto de revisión en esta instancia judicial, porque lo que acá se está cuestionando es la decisión de la Policía Nacional de retirar del servicio al señor OCHICA SUÁREZ y no las actuaciones surtidas en los tramites disciplinarios y penales adelantados en su contra, los que valga reiterarlo si poseen carácter **sancionatorio**.

Pierde de vista en todo caso el actor, que la facultad de retiro es discrecional y que si bien aquella de acuerdo con los criterios jurisprudenciales referidos *ut supra*, exige un principio de motivación suficiente que debe contenerse en las valoraciones de la Junta de Evaluación en palabras de la Corte Constitucional: "... *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*" (SU-053/2015) y por consecuencia es claro que el ejercicio del derecho de defensa que imbuje la prerrogativa de ser oído, se materializa

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Cp. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación interna (0719-13) sentencia de 13 de febrero de 2014: "La delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, a diferencia del encargo, cuya naturaleza responde a la de una modalidad de provisión temporal de empleos, que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular. Sobre este particular, concluye la Sala que la delegación de funciones administrativas y el encargo son dos figuras o instituciones jurídicas distintas que obedecen a necesidades puntuales que llevan a la administración de una parte a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, delegación administrativa o, como en el caso bajo examen, proveer un empleo en forma temporal, bajo encargo, mientras su titular lo reasume"

en la capacidad de cuestionar en sede judicial la legalidad de la determinación administrativa, aunque lógicamente, de forma posterior a la aplicación del retiro.

El cargo no prospera.

#### 4.3.3. Ausencia de motivación del acto de retiro – Falta de notificación del acta 074

Sostiene la parte demandante que la Resolución No. 046 de 9 de abril de 2015 carece de la exigencia desarrollada por la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015 relativa al deber de motivar los actos administrativos de retiro de miembros de la Fuerza Pública; que a pesar de mencionarse que se sometió a consideración de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía no se cumple con la exigencia de motivación y ésta además no le fue notificada.

Aunque las glosas atañedoras a la motivación de la decisión de retiro son nutridas, para el mejor desarrollo de la sentencia, el Juzgado ha considerado prudente separar lo concerniente a la existencia formal de la "motivación" para desarrollar bajo otro ítem lo relacionado con el aspecto sustancial de la misma en tratándose de la aplicación de criterios objetivos; la observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad y la finalidad de buen servicio.

Dicho lo anterior, el Juzgado debe hacer obligada mención a la Resolución No. 046 de 9 de abril de 2015 mediante la cual se dispuso el retiro del servicio del patrullero JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ para destacar su fundamento, así (fs. 26-28):

"Que mediante oficio No. S-2015-007420 / DEBOY SUBCO 29 del 09 de Abril de 2015, Suscrito por el señor Teniente Coronel OMAR BONILLA SEPULVEDA, Subcomandante del Departamento de Policía Boyacá, se allegó al Comando del Departamento de Policía Boyacá, el **Acta Nro. 074 del 09 de Abril de 2015**, suscrita por la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, mediante la cual se recomienda el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por "Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional" de un patrullero adscrito a esta unidad policial.

En sesión de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, conforme se registra en el Acta Nro. 074 de fecha 09 de Abril de 2015, se sometió a consideración de sus integrantes, la trayectoria e historial laboral del Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1049619169 de Tunja, de 25 años de edad, nacido el 12 de Noviembre de 1989 en Tunja (Boyacá), de estado civil soltero, hijo de CRISTINA SUAREZ PARRA y DELFIN OCHICA, y quienes figuran como beneficiarios igualmente según el Sistema de Administración del Talento Humano (SIATH).

Es por ello que **la Junta observa que existen elementos objetivos de valoración** para determinar que el señor Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ **no reúne las condiciones de fiabilidad necesarias para continuar en el servicio activo de la Policía Nacional**. Así mismo, se tiene en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y eficiencia que implican que los altos mandos de la Institución puedan contar con el personal bajo su mando en condiciones de absoluta fiabilidad.

Así las cosas, puede afirmarse con total claridad que existe una adecuada relación de medio a fin entre la decisión de recomendar su retiro del servicio activo de la Policía Nacional y los propósitos constitucionales y legales establecidos por el legislador, como lo es el artículo 218 de C.N. "...el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz."

Que en dicho documento la Junta de Evaluación y Clasificación para el personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía de Boyacá, **efectuó una valoración amplia y suficiente de la legalidad de la medida; así como de los elementos objetivos, documentos y razones del servicio invocados para proceder a la recomendación allí efectuada.**

Que previa valoración del Acta Nro. 074 de 09 de abril de 2015, suscrita por la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, este Comando observa que en el asunto se han cumplido los requisitos señalados en la ley y la jurisprudencia constitucional para proceder a efectuar el retiro del personal.

En este sentido, **del análisis de los elementos objetivos y argumentos expuestos por la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, se considera que es pertinente acoger la recomendación** hecha en el Acta Nro. 074 de 09 de abril de 2015, por cuanto, de los elementos objetivos allí expuestos se advierte que se ha perdido la confianza y credibilidad del funcionario que se relaciona en el artículo primero de la presente resolución.”- se destaca-

Es claro entonces que el fundamento de la decisión es el Acta No. 074-COMAN-GUTAM-2.26 de 9 de abril de 2015 (f. 81-102); debemos entonces remitirnos al contenido plasmado por la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía de Boyacá encontrando lo siguiente:

“En Tunja, a los nueve (09) días del mes de abril del año das mil quince (2015), siendo las 11:20 horas, se reunieron en la Sala de Juntas del Subcomando del Departamento de Policía Boyacá, ubicada en la carrera 4 No. 29-62 tercer piso, La Remonta, los integrantes de la JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL PERSONAL DE SUBOFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DEL DEPARTAMENTO DE POLICÍA BOYACA, de la cual tratan los artículos 22 y 49 de los Decretos 1791 y 1800 de 2000 integrada conforme a lo establecido en la Resolución 03913 del 08 de septiembre de 2008, adicionada por la resolución No. 04408 del 8 de noviembre de 2013 y resolución 01445 del 16 de abril de 2014 a efectos de dar cumplimiento a lo allí establecido en cuanto a la recomendación de la continuidad o retiro del servicio activo de la Policía Nacional de un personal de patrulleros del Nivel Ejecutivo adscrito al Departamento de Policía de Boyacá; para lo cual se procede de la siguiente manera: (...)

RAZONES DE LA SESIÓN: Corresponde en esta oportunidad a la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes del Departamento de Policía Boyacá, dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000 y el artículo 3° de la resolución 03913 del 8 de septiembre de 2008 y la resolución 01445 del 16 de abril de 2014 en cuanto a recomendar al señor Comandante del Departamento de Boyacá la continuidad o retiro del servicio activo de la Policía Nacional de un personal policial adscrito al Departamento de Policía Boyacá. (...)

4.1. RETIROS: Conforme a las anteriores precisiones legales y jurisprudenciales, procede la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía del Departamento de Policía Boyacá a sopesar el desempeño laboral, profesional y ético de un personal policial del Nivel Ejecutivo adscrito administrativamente al Departamento de Policía Boyacá, para determinar si conforme a las razones del servicio y los elementos objetivos disponibles para la correspondiente valoración, resulta pertinente recomendar al señor Comandante del Departamento de Policía Boyacá su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, o por el contrario su continuidad en el, lógicamente en aras del buen servicio.

4.2. Se somete a consideración de la Junta el desempeño del señor Patrullero **JOSE OSWALDO OCHICA SUÁREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.049'619.169, de 25 años de edad, nacido el 12 de Noviembre de 1989 en Tunja (Boyacá), de estado civil soltero, hijo de CRISTINA SUÁREZ PARRA y DELFIN OCHICA, y quienes figuran como beneficiarios igualmente según el Sistema de Administración del Talento Humano (SIATH).

4.2.1. Obtuvo el título de bachiller académico en el institución educativa JUAN JOSE REYES, el día 30 de noviembre de 2007, e ingresó como estudiante a la "Dirección Nacional de Escuelas", de la cual fue egresado como Patrullero de la Policía Nacional mediante Resolución Nro. 08788 del 27 de Diciembre del año 2009.

4.2.2. Ostenta el grado de Patrullero y labora en el Departamento de Policía Boyacá, desde el día 12 de Diciembre del año 2014, actualmente presta sus servicios en la estación de Policía Pachavita, entre las unidades policiales laboradas se encuentran: EMCAR DECES - DEBOY.

4.2.3. De acuerdo con el extracto de su hoja de vida expedido por la Oficina de Talento Humano del Departamento de Policía Boyacá, **el funcionario en su trayectoria policial registra no registra sanciones, (14) felicitaciones en toda su trayectoria- policial.**

4.2.4. Consultado el sistema jurídico de la Policía Nacional (SIJUR) **no le figura investigaciones disciplinarias.**

4.2.5. Mediante *oficio* sin número de fecha **08/04/2015** el señor Subintendente CALDERON ECHEVERRY FAVIO Investigador y/o analista DICAR ARCIN y con visto bueno del señor Brigadier General LUIS EDUARDO MARTINEZ GUZMAN, director de Carabineros y Seguridad Rural, informa lo siguiente: “teniendo en cuenta el desarrollo de la operación MACHIN III, contra estructuras delictivas dedicadas al contrabando de hidrocarburos y otra serie de delitos conexos, investigación liderada por la fiscalía 63 especializada contra el crimen organizado de Bucaramanga, y de acuerdo a los elementos materiales probatorios recolectados en el transcurso de esta investigación se ha logrado establecer la presunta responsabilidad penal del Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ identificado con cedula de ciudadanía número 1.049.619.169 de Tunja, en actuaciones que van en contra del ordenamiento jurídico Colombiano, razón por la cual el juzgado tercero penal municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Bucaramanga expedirá una orden de captura en contra del policial antes mencionado, la cual se hará efectiva por los funcionarios adscritos al Área de Investigación Criminal de la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural.”

4.2.6. **Obra Orden de captura bajo el radicado C8PG-00007 del 08/04/2015** emanada por el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Bucaramanga, en contra del señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ identificado con cedula de ciudadanía número 1.049.619.169 de Tunja, por los delitos de Peculado por Apropiación, Favorecimiento por Servidor Público de Contrabando de Hidrocarburos, Concierto para Delinquir y otro.

**Una vez valorados los antecedentes mencionados**, la Junta advierte que en el caso particular se observa que el señor Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ identificado con cedula de ciudadanía número 1.049'619.169 de Tunja, se encuentra vinculado a un proceso penal dentro de noticia criminal 680816000254201200146, liderada por la fiscalía 63 Especializada contra el Crimen Organizado de Bucaramanga, al igual que se observa que por dichos hechos se produjo orden de captura Nro. 06PG-00007 del 08/04/2015 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Bucaramanga, ya que se evidencian elementos materiales probatorios que dan cuenta de una presunta responsabilidad penal del Patrullero que afecta su desempeño en la Institución. Este comportamiento evidencia que el señor Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ no está cumpliendo correctamente con los deberes y obligaciones que le impone la profesión, además se trata de proceder y actuaciones que van en contra de la función policial y del desempeño que deben observar los funcionarios tanto al interior de la Institución como frente al servicio que demanda la comunidad, por lo que su desempeño mina la confianza y la credibilidad institucional; estas actuaciones negativas motivan la recomendación de su retiro del servicio activo de la Policía Nacional para así mejorar la prestación del servicio policial, garantizar adecuadamente la seguridad ciudadana por parte de la Policía Nacional en el Departamento de Policía Boyacá y consecuentemente proteger la naturaleza de la función pública encomendada a la Policía Nacional.

Por ello, la Junta observa que existen elementos objetivos de valoración para determinar que el señor Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ, no reúne las condiciones de fiabilidad necesarias para continuar en el servido activo de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que el servido policial tiene unas exigencias de confiabilidad y eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar con el personal bajo su mando en condiciones de absoluta fiabilidad.

Así las cosas, puede afirmarse con total claridad que existe una adecuada relación de medio a fin entre la decisión de recomendar su retiro de la Policía Nacional y los propósitos constitucionales y legales establecidos por el legislador, como lo es el artículo 218 de C.N. “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

Frente al caso anteriormente relacionado y estudiado, la Junta tiene en cuenta lo señalado en reiterada jurisprudencia por parte del Consejo de Estado en casos similares, donde ha concluido que este tipo de comportamientos permiten que el nominador pierda la confianza y la credibilidad en sus funcionarios, lo que sin duda redundará en su retiro del servicio en aras del mejoramiento del mismo. (CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "B" (16022006), Rad. 2485-04 C.P. Jesús María Lemus Bustamante).

Por otra parte, ha sido reiterativo el criterio del Consejo de Estado en cuanto a 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. Diversas razones en procura del de metas institucionales, pueden llevar al nominador a ejercer la facultad de libre remoción..." o facultad discrecional. (CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LOCONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - Bogotá D.C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007). C.P. JAIME MORENO GARCÍA.- Radicación: 25000-23-25-000-2001-0302141(5181-051 Actor: ARMANDO ANGEL LAVADOY. (Se resalta y subraya).

En este sentido y después de estudiar el caso objeto de la presente, si bien el funcionario policial tiene registradas felicitaciones en el extracto de la hoja de vida por diferentes circunstancias del servicio, estas situaciones hacen parte del normal resultado de la función desempeñada por todos los funcionarios

policiales; sin embargo el desempeño negativo evidenciado en la orden de captura indicada anteriormente en el caso revisado es lo que influye en el servicio policial y repercute afectando el deber constitucional a cargo de la Policía Nacional.”- destacados fuera de texto-

La lectura del acto administrativo enjuiciado, permite identificar que la razón de retiro obedece a la recomendación que en ese sentido efectuara la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de suboficiales, nivel ejecutivo y agentes del Departamento de Policía de Boyacá en acta 074 de 9 de abril de 2015; análisis que le sirve de causa y en el cual se contiene la ampliación de las razones ofrecidas por la entidad para considerar la viabilidad del retiro.

Es fácil identificar que el móvil de la determinación de la POLICIA NACIONAL obedece a la mella en el principio de fiabilidad y confianza que les ofrece el desempeño del señor OCHICA SUAREZ, particularmente ligado a su presunta participación en la comisión de reatos de peculado por apropiación, favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos, concierto para delinquir y otro, que motivaron la emisión de orden de captura en su contra en fecha 8 de abril de 2015.

De esta forma en criterio de este Juzgado, se cumple formalmente con la exigencia de motivación del acto, dado que conforme lo ha indicado la Corte Constitucional *“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. (...) La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación...”*<sup>11</sup> en atención a que como viene de verse en los documentos se indicó la razón de la desvinculación, descansando aquella en la vinculación del actor al proceso 680816000254101200146, investigación adelantada por la Fiscalía 63 especializada de Bucaramanga y la emisión de orden captura en su contra.

Ahora bien, aun cuando el señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ se quejó de la falta de notificación del acta 074 de 9 de abril de 2015, situación que le habría impedido conocer las razones del retiro, lo cierto es que tal acto es de simple trámite, circunstancia que además de hacerlo no demandable, impide la generación de la obligación de notificar, pues aquella solo deriva del acto conclusivo y de los demás que el ordenamiento expresamente indique<sup>12</sup>. De hecho la circunstancia de haber demandado el acta habría dado lugar a la inhibición<sup>13</sup>:

“De conformidad con lo expuesto, para la Sala el acta y el oficio antes citados no pueden ser controvertidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, esta, al tenor de lo establecido en el artículo 85 del C.C.A., 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 únicamente la recomendación de la Juntas de Evaluación y su respectiva comunicación, pasos previos a la adopción de una medida definitiva, cual es, el retiro del servicio del demandante.

Sobre el particular, esta Sección en sentencia de 20 de septiembre de 2007, Radicado 1679-2004, Actor: Wilson Fernando Garzón Polanía. Magistrado Ponente: Jaime Moreno García, sostuvo que:

<sup>11</sup> Sentencia SU-053-15

<sup>12</sup> El Decreto 1791 de 2000, no prevé la obligación de notificar el afectado el concepto de la junta. Por su parte los artículos 66 y 67 de la Ley 1437 de 2011, establecen: Artículo 66. *Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto.* Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes. Artículo 67. *Notificación personal.* **Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse....** - se destaca-

<sup>13</sup> SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de 8 de marzo de 2012, expediente 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

*“En primer lugar debe precisar la Sala que ni el Acta 479 del 1° de junio de 1999 de la Junta Asesora para la Policía Nacional ni el Concepto jurídico del 13 de mayo de 1999, son actos administrativos enjuiciables.*

*Al tenor del artículo 50 inciso final del C.C.A., son actos definitivos los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y, agrega, los actos de trámite pondrán fin a la actuación cuando hagan imposible continuarla.*

*El acta mencionada y el concepto jurídico no son actos definitivos sino de trámite porque ellos no decidieron la situación particular del actor respecto de su ascenso al grado superior, ni hicieron imposible continuar la actuación, simplemente se limitaron a recomendar su promoción, decisión que finalmente fue adoptada mediante el Decreto 1566 de 1999.”*

Por lo tanto respecto del acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001 y del oficio sin número de la misma fecha visible a folio 4 del expediente procede la inhibición para un pronunciamiento de fondo, como se indicará en la parte resolutive de la presente providencia, en la medida en que como quedó visto no contienen la decisión definitiva objeto de cuestionamiento mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, el retiro del servicio del señor Manuel Italo Belalcázar”

Lo que si desde luego es exigible a la Administración, es posibilitar el acceso del afectado al documento que contiene la recomendación de retiro para poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa. En ese sentido la Corte en la sentencia de unificación señaló: *“No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad”* – se destaca-

Empero este deber no tiene el alcance que pretende el señor OCHICA SUAREZ y desde luego no es semejante a la notificación, por modo que simplemente debe entenderse que la administración debe permitir que el uniformado retirado acceda al acta, punto sobre el cual no se aprecia en el plenario prueba que demuestre que el hoy demandante se haya dirigido al Departamento de Policía de Boyacá para solicitar copia del mismo y que éste a su vez le haya negado un ejemplar de aquella. Se comenta además que un vicio en ese sentido afectaría el derecho de defensa del retirado, pero no viciaría la legalidad de la determinación como quiera que como la notificación, la disposición o enteramiento es posterior al proceso de formación de la decisión administrativo.

#### **4.3.4. Ausencia de elementos objetivos y razonables para determinar el retiro.**

Considera el actor que el acto de retiro no relaciona ni sustenta cuáles son los elementos objetivos para determinar que no era merecedor de confianza por parte de superiores y en qué sentido su retiro contribuiría al mejoramiento del servicio. Que la ausencia de hechos reales y elementos objetivos indican la arbitrariedad del comandante del Departamento de Policía de Boyacá, pues el único hecho real es que el actor fue capturado por orden de autoridad judicial el mismo día de notificación del acto de retiro, por lo que sostiene es clara la relación entre la situación jurídica del actor con el acto administrativo de retiro del servicio.

Para este Juzgado el reparo que dirige el demandante a la sustentación del acto de retiro es acertado, amén de evidenciarse la ausencia de una valoración seria y ponderada de las situaciones objetivas que se tuvieron en cuenta como fundamento de la decisión discrecional.

Lo primero será recordar que lo discrecional no es sinónimo de arbitrario, pues como ha sido destacado en el compendio jurisprudencial citado, si bien se trata de una facultad más amplia

que concede la ley para la toma de decisiones específicas, mensurada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad; demanda de forma insoslayable, tener como finalidad el mejoramiento del servicio ante un hecho objetivo, valorado y analizado que comprometa de forma notoria y real la función institucional. Este ejercicio de acuerdo con la Corte corresponde a la Junta de Evaluación, en virtud del cual debe agotar 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”*<sup>14</sup> sin que se trate por lo mismo de un acto subjetivo.

Dice la Corte también que el examen impone el estudio de *“las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales”*<sup>15</sup> y que los motivos deben ser suficientes y razonados, siempre en procura del mejoramiento del servicio.

La afectación del servicio es punto cardinal, para estimar la procedencia de la utilización de la facultad discrecional, sin perjuicio de que pueda o no agotarse de forma conjunta con las acciones disciplinarias o penales, a condición desde luego de que el perjuicio para el servicio sea *“claro y notorio, de manera que se aprecie sin dificultad, pues con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista. Lo contrario, vale decir, hacer uso de la facultad discrecional, cuando no sea evidente la afectación del servicio, con el hecho materia de investigación disciplinaria, deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico...”*<sup>16</sup>. En ese aspecto se insiste que la afectación debe ser *“evidente y palmaria... ...lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal”*<sup>17</sup>

La doctrina por su parte en relación con lo discrecional enseña<sup>18</sup>:

“...en cuanto a la discrecionalidad propiamente dicha, en el concepto propuesto de derecho administrativo se refiere a la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y contenido de sus decisiones, a partir de admitir que las actividades administrativas no están absoluta o plenamente regladas en la normatividad.

Para esos efectos el legislador radica en cabeza de las autoridades una facultad conformadora que la habilita para adoptar las soluciones de configuración y contenido de las decisiones que considere mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, decisiones que necesariamente para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad deben ser razonadas y motivadas, expresando las razones que le sirven de fundamento, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, **respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida.**

Las consideraciones de mérito y oportunidad de las decisiones discrecionales de la administración pública son fundamentales; para la adopción de decisiones **coherentes con la realidad fáctica que deba**

<sup>14</sup> C-179-006

<sup>15</sup> SU-053/15

<sup>16</sup> SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia de 18 de febrero de 2010 Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08)

<sup>17</sup> SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: DR. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 25 de noviembre de 2010, expediente No. 250002325000200306792-01(0938-2010)

<sup>18</sup> Compendio de Derecho Administrativo, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Universidad Externado de Colombia Primera Edición, Septiembre de 2017 pgs 274 y ss

**enfrentar la administración, la apreciación de circunstancias especiales y singulares** resulta inevitable bajo los contextos del Estado Social y democrático de derecho...

(...)

En ese sentido la discrecionalidad de la actuación administrativa sujeta a reglas que reconozcan a la administración a la adopción de decisiones verdaderamente justificadas y transparentes, decantando para el efecto la totalidad de los **argumentos fácticos y jurídicos** en que se sustenta, al igual que las razones de conveniencia u oportunidad en que se funda, de ser el caso, esto es, verdaderamente ponderadas..."

- se destaca-

Pues bien, en opinión de este Juzgado tras el análisis del acto administrativo censurado y el concepto de la Junta de Evaluación que recomendó el retiro, es viable concluir que la decisión de retiro fue **precipitada**; carente de un examen riguroso sobre las situaciones fácticas endilgadas al policial que le permitieran a la administración efectuar una ponderación frente al interés superior que se pretendía proteger, en tanto comportaba el sacrificio de la estabilidad laboral y presunción de inocencia del hoy demandante.

Como se concluyó líneas atrás el argumento central para recomendar el retiro del señor OCHICA SAUREZ, se edificó en un **informe** del día anterior (8 de abril de 2015) suscrito por un investigador y analista de la "DICAR ARCIN" y con visto bueno del Director de Carabineros y Seguridad Rural en el cual se indicaba que la Fiscalía 63 Especializada de Bucaramanga "*de acuerdo con elementos materiales probatorios*" habría logrado **establecer la responsabilidad penal** de OCHICA SUAREZ en actuaciones contrarias al orden jurídico colombiano (delitos de Peculado por Apropiación, Favorecimiento por Servidor Público de Contrabando de Hidrocarburos, Concierto para Delinquir y otro), motivo por el cual se expediría una orden de captura que se haría efectiva por el Grupo de Carabineros, dando cuenta de la identificación de la misma bajo el radicado C8PG-00007 del 08/04/2015.

A partir de lo anterior la Junta consideró que la "vinculación" a la investigación penal y la orden de captura "*evidencia que el señor Patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ no está cumpliendo correctamente con los deberes y obligaciones que le impone la profesión, además se trata de proceder y actuaciones que van en contra de la función policial y del desempeño que deben observar los funcionarios tanto al interior de la Institución como frente al servicio que demanda la comunidad, por lo que su desempeño mina la confianza y la credibilidad institucional*" haciendo recomendable el retiro para "*garantizar adecuadamente la seguridad ciudadana por parte de la Policía Nacional en el Departamento de Policía Boyacá y consecuentemente proteger la naturaleza de la función pública encomendada a la Policía Nacional*". Concluyendo:

En este sentido y después de estudiar el caso objeto de la presente, si bien el funcionario policial tiene registradas felicitaciones en el extracto de la hoja de vida por diferentes circunstancias del servicio, estas situaciones hacen parte del normal resultado de la función desempeñada por todos los funcionarios policiales; sin embargo el **desempeño negativo evidenciado en la orden de captura** indicada anteriormente en el caso revisado es lo que influye en el servicio policial y repercute afectando el deber constitucional a cargo de la Policía Nacional."- se destaca-

La argumentación que plantea la Junta permite apreciar al rompe, que la recomendación de retiro no descansa en la identificación de uno o varios hechos puntuales, delimitados en tiempo y espacio, que realizados por el señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ, posibiliten valorar la existencia real de una anomalía en su desempeño, que además de lindar o incursionar en el ámbito de la responsabilidad penal, permitan apreciar de forma clara y directa la afectación grave del servicio público.

La importancia del control sobre los hechos determinantes con base en los cuales se aplica la facultad discrecional, ha sido destacada por la doctrina al señalar<sup>19</sup>:

En el proceso de aplicación del Derecho son identificables dos actividades básicas que usualmente se consideran diversas y sucesivas, cuya realización pone de relieve la trascendencia de realizar una correcta determinación de los hechos: en primer lugar la fijación de los presupuestos fácticos a los cuales va a ser aplicada una norma; y en *segundo* término, la subsunción de esa realidad que se ha determinado previamente, en el supuesto de hecho normativo cuya concurrencia desencadenará la aplicación de la correspondiente consecuencia jurídica.

(...)

Tal y como con lograda simplicidad lo explica Mozo SEOANE, las normas jurídicas intentan incidir de una u otra forma en las conductas o situaciones sociales que regulan de manera abstracta; a su vez, es función de la Administración pública al ejecutar la ley, **operar sobre realidades concretas** a las que aplica las normas pertinentes; pues bien, esa "correspondencia" entre supuesto de hecho normativo y situación fáctica concreta es un **presupuesto imprescindible de corrección del ejercicio de facultades discrecionales**

(...)

Así pues, el control por los hechos determinantes parte de la evidencia de que la aplicación de una potestad discrecional —como la de cualquiera otra— **exige como presupuesto fáctico la existencia de una realidad de hecho que dé lugar a la actividad** y a la decisión administrativas de que se trate. Ahora bien, como se desprende del principio lógico de no contradicción, esa realidad es una y sólo una, no puede ser y no ser a la vez, o simultáneamente ser de una manera y de otra. La verificación de la ocurrencia del hecho, al igual que la forma o las circunstancias en que se ha producido escapan, por tanto, a todo tipo de apreciación discrecional, aunque no pueda necesariamente afirmarse lo mismo con respecto a la valoración de dicha realidad. Así pues, la actividad probatoria desplegada tanto en sede administrativa como, eventualmente, con posterioridad ya en la instancia judicial, tiene por objeto **controlar plenamente la exactitud de los hechos determinantes de la decisión** de suerte que, por esa vía, se fiscaliza naturalmente el ejercicio de las facultades discrecionales por parte de la Administración, que solo podrá utilizarlas una vez acreditada la concurrencia de las circunstancias que integran el supuesto de hecho de la norma que las consagra" – se destaca-

Desde luego que la situación del policial es grave, pero el ejercicio de la facultad discrecional que se revisa no debe basarse en una valoración sobre la existencia o no de procesos penales y disciplinarios, menos aún partir de la comprobación de ordenes de captura, si no como se indicó, en el análisis serio, razonado y ponderado **de los hechos** que de acuerdo con el examen que efectuó el organismo sugieran el compromiso del servicio. Lo contrario sería dejar en manos del acusador penal, la permanencia en el servicio del uniformado por la sola circunstancia de aperturar un proceso.

En la sustentación que se escruta, este análisis reposado y reflexivo que ha debido vincular los hechos objetivos de la realidad material, el desempeño del uniformado y el servicio público es inexistente, pues el aludido *informe* que se contiene en el oficio de 8 de abril de 2015 a que hace alusión la Junta y cuya copia no fue aportada al plenario, no da cuenta de la participación del señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ en la realización de un hecho cabalmente definido, de modo que la determinación de retiro no reposaría más que en la persecución penal que se dirigía contra el servidor y del cual no se conocía dato alguno de tiempo, modo y lugar, al no consignarse detalles en ese sentido.

Bajo estas consideraciones, se ha indicado que la decisión de retiro es apresurada y poco reflexiva porque a solo un día de haberse conocido la noticia de la orden de captura, sin hacer miramiento alguno en aras de conocer los eventos por los cuales se le sindicaba

<sup>19</sup> Discrecionalidad Administrativa, HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, Universidad Externado, Primera Edición 2007, pag 84 y ss

responsabilidad penal; que contrario a lo dicho en el acta, es tan solo un supuesto que no enerva su presunción de inocencia, la administración opta por prescindir de los servicios de OCHICA SUAREZ, sobre la literal base de la *desconfianza* que le generó la futura vinculación al proceso penal de su patrullero y seguramente movido por el anhelo de evitar la afectación de la imagen institucional, pero sin ponderar que la apariencia que hasta ese momento cubre la actividad del hoy demandante no puede ser razón suficiente para disponer la insubsistencia, pues ello equivaldría a aceptar que todo aquel policial sobre quien recae acción disciplinaria o penal es por ese solo hecho, conózcanse o no los motivos, susceptible de ser retirado bajo el temor de que se afecte el buen nombre de la entidad.

Lo anterior, en tanto incorporaría un inadmisibles criterio peligrosista, edificado en la mera sospecha y como lo indicó el consejo de Estado en sentencia previamente citada *"permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal"*

En este contexto y en complementación a lo ya expuesto, no considera el Juzgado que la legalidad de la facultad discrecional se condicione al acierto o desacierto de la decisión, como si se tratara de una determinación premonitoria que deba ser analizada por sus efectos en el futuro, por el contrario, la necesidad de agotar análisis de razonabilidad y ponderación, impone el examen de la realidad material y jurídica existente al momento de la adopción de la decisión; que adicionalmente debe apoyarse, por lo mismo, en el escrutinio de los hechos y de las pruebas conocidas.

En otras palabras, no podría de forma razonada disponerse el retiro del servicio de OCHICA SUAREZ sólo por el conocimiento de la existencia de un proceso penal y orden de captura en su contra, sin ninguna valoración sobre los hechos que se le endilgan, para, confiando en el futuro nutrir de legitimidad y acierto a la decisión, sobre el cimiento de una ulterior condena penal o disciplinaria, ya que ello, no sería más que un prejuzgamiento irresponsable y poco considerado con la estabilidad laboral del uniformado que aunque sin garantías de inamovilidad encuentra en su desempeño la gracia de la permanencia en aras del buen servicio público, que a decir verdad no hay como sustentar afectó, en la medida en que no se sabe que hizo.

Lo anterior además, para destacar que la decisión de retiro se produce al día siguiente del informe sobre la existencia de la persecución penal y de manera virtualmente concomitante con la materialización de la orden de captura (la legalización se produce el 13 de abril de 2015), de modo que lo precipitado de la determinación es más que evidente, constituyéndose en un acto innegable de prejuzgamiento y persecución.

Es que, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser observados para el ejercicio de la facultad discrecional, condicionan el análisis serio de los hechos en tanto imponen un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto:

“El principio de proporcionalidad configura un precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración, de aplicación en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional. El juicio de proporcionalidad, se rige doctrinalmente por tres subprincipios básicos, integradores de su configuración material pero que implican a su interior juicios y análisis de naturaleza diferentes: el de la **utilidad**, el de la **necesidad** y el de la **proporcionalidad en estricto sentido**: “[...] el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario —el más moderado— respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación coste-beneficio [...]”

El *test* propuesto escalonadamente invita a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar, en primer lugar, la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como **"juicio de adecuación"** tendiente básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines esperados; en segundo lugar, un **"juicio de necesidad"** con el cual se invita a reflexionar a la administración acerca de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos, y el menos limitativo de los derechos subjetivos; que la medida es la única posible en cuanto no se advirtió la existencia de alguna otra más suave o moderada, decisión que debe ser medible objetivamente, “[...] conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio”; y por último, un **"juicio propiamente de proporcionalidad"** que permite visualizar las ventajas que se alcancen con el fin perseguido; debe ser, en esencia, “[...] razonablemente proporcionada en relación con los valores políticos y sociales que encierra la finalidad perseguida [...]”. Para efectos de esta valoración le asiste a la administración un amplio margen de valoración y de apreciación (...)

La proporcionalidad se incorpora al derecho positivo nacional por la vía del artículo 44 de la ley 1437 de 2011...estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y **proporcional a los hechos que le sirven de causa** - 20<sup>se destaca</sup>-

De donde se sigue entonces la absoluta imposibilidad de adoptar una medida discrecional sin hacer, como ya ha sido reiterado, un examen serio, razonado, objetivo y ponderado de los hechos que motivarían el retiro del servicio de un suboficial por la presunta afectación de la misión institucional, en el contexto de la tensión que surgiría entre la protección del buen servicio público y la estabilidad laboral del uniformado.

Cabe agregar a lo anterior, que tal como lo indicó la Junta de Evaluación el desempeño anterior del señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ, era adecuado y se encuentra respaldado en las siguientes pruebas.

Al tenor de lo establecido en el extracto de hoja de vida y la Hoja de servicios No. 1049619169 (f. 77-79), se evidencia que JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ ingresó como Alumno de la Escuela de Policía Rafael Reyes, para adelantar el curso de Agente del Nivel Ejecutivo, el 4 de mayo de 2009, incorporándose en el nivel ejecutivo en fecha 1 de diciembre de 2009.

En el extracto de hoja de vida se destacan las siguientes felicitaciones (f. 78):

Clase	Motivo	Fecha
Felicitación especial	Por espíritu de colaboración	Julio 2008
Felicitación especial	Buen desempeño servicio PONAL	Octubre 2008
Felicitación especial	Buen desempeño laboral	Enero 2009
Felicitación especial	Buen desempeño laboral	Agosto 2009
Felicitación especial	Buen desempeño servicio PONAL	Octubre 2009
Felicitación especial	Buen desempeño servicio PONAL	Octubre 2009
Felicitación especial	Efectividad en el cumplimiento de las tareas	Diciembre 2009
Felicitación especial	Operativo	Noviembre 2010

<sup>20</sup> Compendio de Derecho Administrativo, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Universidad Externado de Colombia Primera Edición, Septiembre de 2017 pg 294

Felicitación especial	Por su consagración al trabajo	Febrero 2012
Felicitación especial	Por su responsabilidad, compromiso...	Mayo 2012
Felicitación especial	Por su buen desempeño laboral y mística	Mayo 2014
Felicitación especial	Participación bloque ceremonia...	Julio 2014
Felicitación pública colectiva	Buen desempeño laboral	Enero 2015

El demandante aportó con la demanda copia de la evaluación de desempeño correspondiente al año 2014 (fs. 18-25), en el cual fue clasificado con 1.200 que corresponde a "SUPERIOR". Se destaca de este formulario de evaluación la inexistencia de anotaciones negativas y por el contrario se insertaron observaciones positivas por disponibilidad para el servicio (9 marzo, 25 y 30 de abril, 18, 24 de julio, 28 de octubre, 8 y 28 de noviembre de 2014), **por incautación de combustible "715 galones" en el camión de placas BUJ-193" (11 de marzo de 2014)**, por captura en flagrancia (27 de junio de 2014), otras capturas (28 mayo y 18 de noviembre de 2014).

Adicionalmente a folio 133 del proceso se certificaron las evaluaciones anuales del actor en donde se registran puntajes de 1.200, para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, que corresponde a *superior*<sup>21</sup>.

Se trataba entonces de un funcionario, carente de antecedentes de todo orden, y con calificaciones sobresalientes en el desempeño de su cargo, quien además recibía felicitaciones de forma habitual.

El Juzgado no conoce por menores del proceso penal. En el expediente reposa tan solo copia parcial del acta de legalización de captura (fs. 30 y 31) y copia del escrito de acusación (fs. 138-173). De él se destaca en relación con el accionante la imputación de los delitos de favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos, peculado por apropiación, concierto para delinquir agravado, falsedad ideológica en documento público agravado.

En relación con medios de prueba se citan en mención a OCHICA SUAREZ (historia laboral. f 140); entrevista de JOSE OSWALDO OCHICA f. 143), oficio suscrito por OCHICA SUAREZ de fecha 11 de marzo de 2014, en los que se pone en conocimiento hechos relacionados con una incautación (f. 143) y la incautación de 500 galones de combustible en el vehículo de placas BUJ-193 (F. 143), Anexos del acta de captura (f. 147) fecha de la realización 10 de abril de 2015.

En el escrito de acusación se atribuye al hoy actor hacer parte de una organización criminal integrada por miembros de la policía nacional y civiles para el tráfico de hidrocarburos. En el

<sup>21</sup> Desconformidad con el Decreto 1800 de 2000, este puntaje solo es superado por "excepcional". *SUPERIOR: Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes. Su calificación se ubica entre mil uno (1.001) y mil doscientos (1.200) puntos y su rendimiento oscila entre ochenta y cuatro por ciento (84%) y cien por ciento (100%). El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional.*

escrito se contienen dos casos asociados a incautaciones de fechas 18 de diciembre de 2013 y 11 de marzo de 2014, este último en el que se ubica la participación del señor JOSE OSWALDO OCHICA. En la narración se describe que el aquí demandante junto al también policial RUBEN JACOME, hallaron camión cargado con combustible, que delincuentes habrían abandonado y que fue presentado a la FISCALIA con escrito de 11 de marzo de 2014 por OCHICA con indicación de incautación de 500 galones, pero no obstante por interceptación telefónica al patrullero JACOME se habría establecido que la cantidad era muy superior “*verificándose la apropiación de por lo menos 635 galones de gasolina*” (f. 157) y que la diferencia habría sido ofrecida a contrabandistas por aquel.

La Fiscalía considera que tanto en la apropiación como en la venta habrían participado OCHICA, JACOME y el MAYOR DANIEL MAURICIO MANRIQUE, coordinados por este Oficial para dejar a disposición solo una parte del combustible 550 galones, impartiendo las ordenes correspondientes. Comenta que el MAYOR decidió reportar 715 galones de forma posterior, cuando lo realmente incautado era 1.135, que se obtendrían de sumar 500 galones dejados a disposición más 635 que fueron “*apropiados y comercializados*”. Se achaca a OCHICA prestarse para faltar a la verdad en el informe de incautación. Posteriormente se narra la participación de otras personas para la custodia del combustible apropiado.

Concluye el escrito señalando que con probabilidad de verdad entre otros OCHICA SUAREZ “*se concertaron de manera indeterminada con otros individuos en el municipio de Valledupar para la comisión de los delitos*”

Se aportó al proceso copia del expediente disciplinario radicado SIJUR GRUTE-2015-12 el cual se compone de 1104 folios, que hasta donde se tiene noticia igual que el penal no ha concluido. Lo relevante para el caso en decisión en cuanto a la responsabilidad de OCHICA SUARES en criterio del Juzgado, se reduce a lo expuesto en el pliego de cargos, en el cual se expone un ejercicio argumentativo en relación con las pruebas practicadas y trasladadas, luego de atribuirle al señor OCHICA SUAREZ apropiarse en concierto con otras personas de 500 galones de combustible incautado tras el registro de una cantidad menor (fs. 621-628 anexo):

“(.) El artículo 128 de la Ley 734 de 2002, Ordena fundar toda decisión interlocutoria o fallo, en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso, requisitos éstos que se cumplen por cuanto las pruebas practicadas y arrimadas al presente disciplinario, se recaudaron de acuerdo a las formalidades legales, garantizando siempre el derecho a la publicidad de la mismas.

De este modo, pasa el despacho a valorar las pruebas que componen la presente investigación, lo cual, no es otra cosa que el análisis de cada una de ellas, en las que se plasma la posición del funcionario con atribuciones disciplinarias, determinando si éstas fueron aportadas al proceso atendiendo los requisitos de legalidad y forma, además que dan certeza y convencimiento de la presunta infracción al Régimen Disciplinario.

Al llegar a este punto, es el momento preciso para someter a escrutinio las pruebas que están señalando el sustento probatorio del presente pliego de cargos, e iniciaremos por dar soporte a esta hipótesis, en la que se censura la presunta conducta del señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ, en lo que concierne a realizar una conducta descrita en la ley como delito, acogiendo como **prueba** el Informe Ejecutivo - FPJ-3 de fecha 24 de marzo de 2015197. Este documento lo considera válido el despacho para predicar la presunta conducta irregular asumida por el investigado, en razón a que guarda plena relación a los hechos que nos ocupan, documento que fue suscrito por los servidores de Policía

Judicial que adelantaron todas las diligencias dentro de la investigación penal bajo el radicado No. 680816000254201200146-00, en el cual se pueden observar las sinopsis de las llamadas entrantes y salientes del abonado celular No. 315 -2059591 utilizado al parecer por el señor Patrullero (R) RUBÉN JÁCOME ROPERÓ, sobre las cuales se efectuó un análisis con el fin de establecer las posibles conductas relacionadas con el delito de Peculado por Apropiación.

Ahora bien, esta prueba de orden documental, allegada al expediente **como prueba trasladada** por parte de la Fiscalía 63 Especializada Contra el Crimen Organizado, a través de la Comunicación Oficial No. 063 de fecha 14 de abril de 2015198, mediante la cual se remite al despacho el Informe Ejecutivo -FPJ-3 de fecha 24 de marzo de 2015, haciendo referencia al análisis de las llamadas entrantes y salientes del abonado celular 315-2059591, documento que indica las presuntas conductas ilícitas cometidas por un personal adscrito al Escuadrón Móvil de Carabineros del Departamento de Policía Cesar y en las cuales estaría inmerso el señor Patrullero JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ.

En complemento de lo anterior, se encuentra el acta de la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento que fue adelantada con ocasión a hechos que investiga la Fiscalía 63 Especializada Contra el Crimen Organizado 199, relacionados con la presunta apropiación de un combustible de contrabando que era transportado por caminos de herradura que conducen al municipio de La Paz Cesar, hidrocarburo que era de incautado por funcionarios adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES.

De igual forma, se observa que **estos funcionarios al parecer no dejaban a disposición de autoridad competente la totalidad del carburante confiscado presuntamente apropiándose de una cantidad considerable de combustible la cual al parecer era comercializada con personas de la zona, hechos que tienen coincidencia con las demás pruebas obrantes en el expediente respecto del procedimiento adelantado el día 11 de marzo de 2014**; así las cosas, el despacho procede a exponer las sinopsis obtenidas durante el análisis realizado por funcionarios de Policía Judicial adscritos al Grupo de Hidrocarburos de la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural, así:

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 094.**

Conversación registrada con el número de producto 1242399 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 07:53:21 a.m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591 y el Mayor MANRIQUE, quien utiliza el abonado número 321-3946128. (Comandante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar).

*En esta llamada, el Mayor MANRIQUE le ordena al Patrullero JÁCOME que del procedimiento de Policía que están realizando, solo reporte 550 galones de combustible de contrabando y se queden con el resto al parecer 300 galones, que se apoye en el Patrullero ESPINAL porque él tiene conocimiento que se debe hacer cuando se "apropian" de los combustibles y de las pampinas; que no tenga en cuenta al Patrullero BERTHONY y el Sargento PORTO, porque en otras ocasiones le han quedado mal, y en esta oportunidad no los hará parte del botín, manifestando esta decisión en los siguientes términos: "NI MIERDA, LOS VOY A PONER A PERDER POR HIJUEPUTAS". (Sic)."*

En esta llamada se puede observar los presuntos actos irregulares que se generaron durante el procedimiento adelantado el día 11 de marzo de 2014 por parte del señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ y otro funcionario adscrito al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, en el cual presuntamente se concierta la cantidad de combustible al parecer que se van apropiar, estableciendo al parecer la cifra de trescientos (300) galones de combustible; es por ello, que el despacho desaprueba este comportamiento presuntamente irregular cometido al parecer por el investigado, teniendo en cuenta que su función era de colocar a disposición de la Fiscalía General de la Nación, la totalidad de combustible de contrabando, el cual había sido hallado en un vehículo abandonado; luego entonces, el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ al parecer de forma voluntaria se aparta del correcto proceder que rige a todos los miembros de la Policía Nacional y decide presuntamente apropiarse de cierta cantidad de combustible, denotándose un actuar contrario a la norma disciplinaria por parte del investigado que exige un reproche como tal.

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 106.**

Conversación registrada con el número de producto 1291835 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 11:43:18 a. m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591 y alias "EL INDIO", un contrabandista de combustible de la zona, quien utiliza el abonado número 318-6149468.

*En esta llamada, se establece que son 500 galones de combustible los que el Patrullero JÁCOME y sus compinches se "apropiaron" y deciden vender al contrabandista conocido con el alias "EL INDIO", persona esta que les ofrece mejor precio de compra y quien sostiene negocios con el Grupo,*

*tal como se advierte en buena parte de las conversaciones sostenidas con el Patrullero JÁCOME. (Sic)*

Con en esta llamada, quiere evidenciar al parecer la responsabilidad que tiene el Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ en la presunta apropiación de un combustible incautado durante un procedimiento policial, pues como se mencionó en el acápite anterior desde el inicio del operativo policial en el que este funcionario halla un hidrocarburo de procedencia ilícita en un vehículo abandonado de placas BUJ - 193, se presenta al parecer una **concertación entre el investigado y otros funcionarios para presuntamente apropiarse de trescientos (300) galones de este carburante**, cantidad que varió en la medida que los funcionarios judicializaban el caso de policía, estableciéndose al parecer que estos policiales presuntamente se apropiaron de quinientos (500) galones, como se puede observar en la sinopsis de esta conversación.

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 116.**

Conversación registrada con el número de producto 1308845 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 01:02:09 p. m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591 y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

*En esta llamada, el responsable del procedimiento de judicialización, Patrullero OCHICA llama al Patrullero JÁCOME y este le manifiesta que toda vía esta "engrampado con esta monda", refiriéndose al descargue del combustible apropiado y vendido, **manifestándole OCHICA que lo espere, que hasta las dos de la tarde llevaría a cabo la judicialización.** Se evidencia entonces de esta manera la participación del Patrullero OCHICA. (Sic)*

Con en esta llamada se confirma la presunta responsabilidad que tiene el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, en la presunta apropiación del combustible que se presentó en el procedimiento que adelantó el día 11 de marzo de 2014, como se puede vislumbrar en esta conversación el investigado al parecer conocía de las presuntas actividades irregulares que realizaba el señor Patrullero (R) JÁCOME ROPERO con el presunto hidrocarburo que se habían apropiado durante el operativo policial, tan es así, que el investigado le informa a su compañero que judicializara el procedimiento en horas de la tarde, con esto, al parecer para que entre los dos presuntamente puedan descargar todo el combustible presuntamente apropiado; por lo tanto, este despacho reprocha el actuar del investigado, cuando al parecer se aparta de las normas que regulan estos procedimientos y presuntamente de manera voluntaria al parecer decide apropiarse de cierta cantidad de combustible, el cual había sido hallado en el interior de un vehículo abandonado de placas BUJ — 193, en el sector conocido como "VARAS BLANCAS" jurisdicción del municipio de "La Paz" Cesar.

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 117.**

Conversación registrada con el número de producto 1310908 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 01:13:42 p. m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591 y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

*En esta llamada, el Patrullero OCHICA le dice al Patrullero JÁCOME que debe modificar el informe del caso, porque los datos de la placa del vehículo incautado no coinciden. (Sic)*

Como lo evidencia en esta llamada el investigado, al parecer era quien se encontraba judicializando el procedimiento de incautación, por ello, infiere el despacho que el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, **al parecer conoció la cantidad real de combustible** que había sido hallada al interior del vehículo de placas BUJ - 193 y presuntamente decide en asociación de otros policiales adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, la presunta apropiación de quinientos (500) galones de hidrocarburo, presunta cantidad que se estableció en la sinopsis de las llamadas No. 129 y No. 131204; por lo anterior, el despacho no encuentra una causal de exoneración a la presunta conducta desplegada por el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, cuando al parecer no sigue el procedimiento establecido para este tipo de casos, el cual indica que todo el combustible incautado por los miembros de la Policía Nacional debe ser puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación, actuar que no fue seguido por el hoy investigado para el día 11 de marzo de 2014.

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 124.**

Conversación registrada con el número de producto 1330514 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 02:53:51 p.m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 3152059591 y el Mayor MANRIQUE, quien utiliza el abonado número 321-3946128, (Comandante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar).

*Esta llamada, demuestra que los responsables del procedimiento de judicialización son el Patrullero JACOME y el Patrullero OCHICA, bajo la «supervisión» del Mayor MANRIQUE quien desde la LLAMADA No. 094 estableció el ilegal procedimiento a seguir. (Sic)*

Dentro del presente análisis, se sigue confirmando que al parecer el Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, fue quien presuntamente judicializó el procedimiento policial adelantado el día 11 de marzo 2014 en el cual se incautó hidrocarburo de contrabando, siendo el investigado el que presuntamente ostentaba el poder de decisión sobre los bienes confiscados y al parecer de forma voluntaria presuntamente decide apropiarse de una cantidad considerable de galones de combustible, los cuales presuntamente fueron comercializados al parecer con contrabandistas de la zona.

#### **SINOPSIS DE LA LLAMADA No. 135 (a partir del record 00:01:01)**

Conversación registrada con el número de producto 1350166 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 05:22:12 p.m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591 y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

*Esta llamada, demuestra que quien dejó a disposición de la Fiscalía el vehículo y el combustible, fue el Patrullero OCHICA, quien solicita a JACOME los datos del vehículo para ser consignados en el informe policial que al parecer le tocó Cambiar por ausencia de datos. (Sic).2"*

Consecuentemente con lo anterior el despacho quiere demostrar que efectivamente fue puesto a disposición de autoridad competente un hidrocarburo que había sido incautado durante un procedimiento policial adelantado por los Patrulleros (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA y RUBÉN JÁCOME ROPERO, adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES; hasta aquí, se pensaría que todo se encuentra dentro de las normas tanto penales como disciplinarias, pero esta instancia pudo establecer que presuntamente no fue dejado a disposición todo el hidrocarburo confiscado en este procedimiento, el cual correspondía presuntamente a mil (1.000) galones y al parecer tan solo se puso a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía la cantidad de quinientos (500) galones como consta en el recibo No. 392084 emitido por la Estación de Servicio: "EL SALGUERO"207; por lo tanto, no encuentra esta instancia disciplinaria una razón que justifique el actuar del señor investigado, cuando presuntamente no deja a disposición la totalidad del hidrocarburo confiscado para al parecer apropiarse de cierta cantidad de combustible incautado durante este procedimiento policial en asocio con otros funcionarios de esta Unidad.

Así mismo, obra en el paginarlo el Poligrama No. 035 fechado el día 12 de marzo 2014, mediante el cual se informa la incautación de setecientos quince (715) galones de combustible de contrabando, durante un procedimiento adelantado por personal adscrito al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, así:

*(...) en desarrollo de la política y convivencia ciudadana implementada por la Policía Nacional, durante patrullaje de registro y control en jurisdicción del sitio conocido como corregimiento de Varas Blancas vía La Paz cesar kilómetro 06, personal de la Segunda Sección del EMCAR DECES (...), posteriormente se procede a requisar el vehículo encontrando que en el fueron abandonados, 13 tambores por 55 galones, con un líquido que por su aroma y color, se asemejaba al combustible tipo gasolina, lo cual fue constatado luego de realizar la prueba preliminar (PIPH), por el personal del "POLFA DECES", en la prueba se constató que era gasolina, de procedencia extranjera para un total de (715) galones envasados en diferentes recipientes de plástico avaluado en \$3.932.500 pesos, los cuales eran transportados en el vehículo (...), marca FORD 350, servicio particular, placa BUJ-193, color blanco, No. de chasis AJF1RP20751, (...), combustible y vehículo fueron dejados a disposición de la Fiscal 14 de turno Seccional URI, mediante SPOA 200016001066201400225. (Sic)*

Por lo anterior, el despacho encuentra relación entre este documento y la sinopsis de las llamadas No. 129 y No.131,209 sí bien es cierto, el señor Mayor (R) MANRIQUE BETANCOURT informó la incautación de setecientos quince (715) galones de combustible, cantidad que al parecer no corresponde a la que fue confiscada para el día de 11 de marzo de 2014, la cual según acápites anteriores al parecer correspondía a más de setecientos quince (715) galones de combustible; de igual forma, llama la atención de esta instancia disciplinaria la información que fue suscrita por parte de los funcionarios que realizaron la incautación, pues en el informe con el cual fue puesto en conocimiento de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación con sede en Valledupar, se indica el decomiso de quinientos (500) galones de hidrocarburo de contrabando, cifra que corresponde con la que fue entregada en la Estación de Servicio "EL SALGUERO" según recibo No. 392084210; no obstante, durante éste procedimiento policial presuntamente el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ al parecer con asocio de otros policiales adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, presuntamente se apropiaron de quinientos (500) galones de combustible, los cuales presuntamente fueron comercializados con contrabandistas de la región, como se evidencia en la sinopsis de las llamadas No.131 y No.133

Adicionalmente, en el acervo probatorio arrimado al expediente, obra la Comunicación Oficial No. S-2015015693 /DICAR - GUTAH de fecha 23 de junio de 2015, suscrita por el Teniente Coronel JAIRO HUMBERTO PINZÓN HERRERA, Jefe Grupo Talento Humano DICAR212, mediante la cual remite las funciones de los Integrantes del Escuadrón Móvil de Carabineros; lo anterior, para significar que en esa reconstrucción de sucesos conforme se está investigando una posible apropiación de combustibles incautado por parte del investigado, quiere referir el despacho que encuentra congruencia en indicar que para la época de hechos, el investigado no tenía ninguna función relacionada con la apropiación y disposición de combustible incautado durante los procedimientos adelantados por los miembros del Escuadrón Móvil de Carabineros DECES. En este sentido, nótese que cotejados los hechos informados versus las pruebas obrantes en el plenario se presume una consistencia cronológica que permiten al despacho establecer que el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ, **al parecer sí se apropió del combustible que fue confiscado durante el procedimiento que adelantó el día 11 de marzo de 2014**, combustible que presuntamente fue comercializado con contrabandistas del Departamento del Cesar.

Así mismo, obra en el expediente la Comunicación Oficial No. 144238457-0023 fechada el día 28 de enero de 2015, suscrita por el señor CESAR AUGUSTO TERNERA SANTO DOMINGO, Jefe de la División de Gestión de Fiscalización DIAN Valledupar, mediante la cual remite el valor del combustible para la fecha de hechos, escrito que convalida la hipótesis planteada por el despacho, toda vez que le permiten determinar la cuantía del combustible presuntamente apropiado por el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ, al parecer en asocio con otros policiales adscritos a esta Unidad. De igual forma, obra en el paginario la comunicación de fecha 22 de junio de 2015 suscrita por el señor JULIÁN AMAYA GÁMEZ, Asesor Jurídico de la Estación de Servicio "EL SALGUERO"213, mediante la cual informa que el día 11 de marzo de 2014, se recibieron quinientos (500) galones de combustible según recibo No. 392084214; por lo anterior, el despacho confirma la hipótesis que se viene planteando, cuando se menciona que el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ al parecer se apropió de un combustible incautado, pues como se observa en el recibo de entrega del hidrocarburo confiscado, la cantidad al parecer no corresponde con la totalidad que fue decomisada en el procedimiento policial.

Seguidamente el despacho para dar mayor sustento a este auto de cargos, se traslada al material probatorio de orden testimonial, inicia con la declaración jurada del señor Intendente JAIME POLO MADRID, quien para la fecha de los hechos era el Comandante de la Tercera Sección del EMCAR 4 - 3. En esta diligencia al preguntarle, si el personal que Comandaba realizó procedimientos relacionados con incautación de combustible, el deponente respondió: "Si claro, ellos realizaron procedimientos"215, continuando con la diligencia se le pregunta: manifieste al despacho cuando usted menciona, ellos a qué, funcionarios se refiere, el señor mando ejecutivo mencionó: "Ahl judicializaban varios, los Patrulleros JACOME, OCHICA, ESPAÑA DE ARMAS"s( ic)

Con lo anterior, vemos como el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ al parecer contaba con amplia experiencia en los procedimientos relacionados con la incautación de combustible de contrabando, es por ello, que esta instancia no encuentra justificación al comportamiento desplegado por el investigado, cuando **al parecer de forma voluntaria decide presuntamente apropiarse de un hidrocarburo** de contrabando, los cuales presuntamente fueron comercializados con contrabandistas de la zona

Así mismo, obra en el proceso la declaración del señor Patrullero BERTHONY RODRÍGUEZ ARRIETA, quien para la fecha de hechos integraba la Tercera Sección del Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, en esta diligencia se le preguntó: quien daba la orden de que judicializaran siempre los procedimientos los Patrulleros (R) RUBÉN JÁCOME ROPER, JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ, NEIDER RAFAEL ESPAÑA DE ARMAS Y DUVER ARMANDO ESPINAL RÚA, el declarante respondió: "El Comandante del dispositivo DANIEL MAURICIO MANRIQUE". (Sic)217, seguidamente se le pregunta: cuál es el procedimiento que se debe realizar con el combustible de contrabando incautado a un ciudadano, el señor Patrullero RODRÍGUEZ respondió: Se le hacía el acompañamiento hasta el Comando de Policía Cesar donde se verifica la cantidad del combustible incautado, también enviaban a unos funcionarios de POLFA para que verificaran el combustible si era de contrabando, se realizaban actas de incautación, se elaboraba un informe a la fiscalía dejando a disposición, el combustible incautado se llevaba a una Estación de Servicio de nombre "EL SALGUERO", y en cuanto a los recipientes no sé qué hacían con ellos, lo único que sé es que siempre los hacían los compañeros que ya mencione atrás JÁCOME, OCHICA y ESPAÑA con unos de POLFA. (Sic)

Con esta diligencia quiere el despacho confirmar la presunta responsabilidad que al parecer tiene el señor Patrullero OCHICA SUÁREZ, en la presunta apropiación de quinientos (500) galones de combustible, durante el procedimiento policial que adelantó el día 11 de marzo de 2014, en el entendido, que como lo menciona el declarante en su jurada, una vez se tiene conocimiento de la procedencia ilegal del combustible, se realizaba un acompañamiento hasta el Comando de Policía Cesar, y se procedía a la verificación de la cantidad de combustible incautado, es allí, que al parecer se procede a la apropiación del combustible presuntamente por parte del señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, **al parecer en asocio con otros policiales adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES como se ha**

**venido exponiendo durante el análisis probatorio;** por lo tanto, no 'es de recibo para esta instancia disciplinaria, el presunto comportamiento del investigado, cuando presuntamente desconoce sus funciones como miembro de la Policía Nacional y al parecer decide apropiarse de unos bienes que se encontraban bajo su custodia, teniendo en cuenta que el investigado fue quien informó a la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación con sede en Valledupar, sobre la incautación de un combustible de contrabando, el cual era transportado en el vehículo de placas BUJ 193.

Continuando el hilo procesal se tiene la diligencia de declaración juramentada que rinde el señor Patrullero DEIMER RAFAEL GUEVARA SUÁREZ, quien para la fecha de hechos se encontraba adscrito al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, durante la diligencia se le preguntó: con el conocimiento y la experiencia que tuvo usted al pertenecer al EMCAR, al momento de realizar una incautación como es el caso de combustible, el declarante indicó: primero que todo se comunicaban a las unidades de Hidrocarburos para realizar la respectiva prueba, si había que judicializar se colocaban a disposición del fiscal, se verificaba y se dejaba a disposición a la bomba que estaba autorizada para dejar a disposición o donde reposaba el combustible. (Sic)219; como vemos el declarante Patrullero GUEVARA SUÁREZ, respalda con su jurada la hipótesis del despacho al indicar que al parecer todos los miembros adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros, entre ellos el señor Patrullero (R) OCHICA SUÁREZ, al parecer tenía pleno conocimiento en la judicialización de los procedimientos adelantados para la incautación de hidrocarburo ilegal

Finalmente, se tiene la diligencia de declaración juramentada que rinde el señor MILTON JOSÉ OLIVELLA TORRES, quien para la fecha de hechos se desempeñaba como almacenista de la Estación de Servicio "EL SALGUERO", durante la jurada se le pone de presente al declarante los recibos de entrega de combustible que constan dentro del expediente a folio 478, remitidos en medio magnético vía SKYPE empresarial, con el fin de que manifieste al despacho si estos fueron diligenciados por su persona y de ser así, si corresponden a las cantidades de combustible recibidas, el declarante contestó: "sí, fueron elaborados por mí, y las cantidades son correctas" (Sic), continuando con la diligencia se le indago: si él sabía, que hacen los uniformados de la Policía Nacional, una vez usted les retorna los recipientes o contenedores del combustible incautado, el deponente manifestó: "desconozco el destino que le dan"(Sic)221.

En este orden de ideas, el despacho encuentra en esta jurada la relación que existe entre las sinopsis analizadas en acápites anteriores y lo que menciona el declarante, en la cual afirma que la cantidad de **combustible que fue entregado el día 11 de marzo de 2014, corresponde al parecer a quinientos (500) galones de hidrocarburo según recibo No. 392084,222 cifra que al parecer no se ajusta con la incautada durante el procedimiento adelantado para el día de hechos, en el entendido que al parecer existe una diferencia de quinientos (500) galones, entre el combustible incautado y el que fue puesto a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación,** cantidad de carburante que al parecer fue apropiada presuntamente por el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ con asocio de otros policiales adscritos al Escuadrón Móvil de Carabineros DECES, como se ha venido demostrando en el presente análisis.

Hasta aquí y como se ha hecho a lo largo de este análisis, para el despacho se denota el presunto comportamiento irregular asumido por el señor Patrullero (R) JOSÉ OSWALDO OCHICA SUÁREZ, en la medida que para el día 11 de marzo de 2014, al parecer se apropió de un combustible que había incautado durante un procedimiento policial, al parecer incurriendo con este presunto actuar en una conducta descrita en la ley como delito, como se ha podido entrever con cada una de las probanzas debidamente practicadas por esta instancia disciplinaria, en uso de sus facultades legales, con lo cual estaría presuntamente demostrada la conducta endilgada contenida en la Ley 1015 de 2006, artículo 34 numeral 9...." Destacados fuera de texto -

Aunque no corresponde a este Juzgado efectuar valoraciones de la conducta penal y disciplinaria del señor JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ, el examen del cargo relativo a la inexistencia de razones objetivas, fundadas y serias para disponer el retiro, imponen el análisis de los medios de prueba que no atendió la POLICIA a solo un día de conocer la vinculación al proceso penal y la orden de captura.

No porque como se indicó en precedencia, la decisión de la administración se torne legítima por los resultados finales de los procesos sancionatorios, sino para destacar que incluso con el arribo de los medios de prueba incorporados en estas actuaciones sería difícil, concluir más allá de toda duda que el señor OCHICA SUAREZ estuviera realmente comprometido en una empresa criminal como se le imputa en sede penal y disciplinaria. El Juzgado básicamente

identifica que el soporte de las sindicaciones contra el ex patrullero se edifica en el contenido de las llamadas interceptadas y las inconstancias en los reportes del combustible incautado.

En cuanto hace a las llamadas y en opinión de este Despacho, los extractos resumidos por los funcionarios instructores, lejos están de comprometer la responsabilidad del señor OCHICA SUAREZ, pues **en ninguna de las llamadas en las que intervine OCHICA existe una referencia directa a un hecho delictual, llámese falsedad del informe, apropiación de elementos incautados, venta del combustible, división del producto punible, opiniones o referencias al evento, muchos menos muestra de concertación delictual.** Las únicas intervenciones del hoy demandante se refieren a inexactitudes en relación con la identidad del automotor, al parecer porque los datos del proyecto de informe en cuanto a la placa y demás datos relevantes estaban errados. Las transcripciones de los audios en los que interviene directamente OCHICA SUAREZ reposan a folios 984, 985 y 987 y su contenido es el siguiente:

**LLAMADA No. 116.**

Conversación registrada con el número de producto 1308845 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 01:02:09 p. m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 3152059591 y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

NN. Patrullero JÁCOME: Alo.

NN. Patrullero OCHICA: Que hace.

NN. Patrullero JÁCOME: Con quien hablo NN. Patrullero OCHICA: Con OCHICA

NN. Patrullero JÁCOME: Marica estamos aquí engrampados con esta monda todavía guevon.

NN. Patrullero OCHICA: Aquí está mi Sargento

NN. Patrullero JÁCOME: Aguante a ahí que hasta las dos (2) es que vamos a pegar eso ya mi Sargento se fue.

NN. Patrullero OCHICA: Ha bueno listo, si, si acá esta mi Sargento ya trajo el dictamen ese.

NN. Patrullero JÁCOME: Bueno este pendiente, usted yo yale.

NN. Patrullero OCHICA: Todo bien.

NN. Patrullero JÁCOME: Bueno.

(...)

**LLAMADA No. 117.**

Conversación registrada con el número de producto 1310908 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 01:13:42 p. m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 3152059591 y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

NN. Patrullero JÁCOME: Que paso.

NN. Patrullero OCHICA: Alo oiga marica mirand

NN. Patrullero JÁCOME: Dígame.

NN. Patrullero OCHICA: Mirando el informe acá está mal marica porque

NN. Patrullero JÁCOME: Porque.

NN. Patrullero OCHICA: Porque en el informe están relacionando la camioneta blanca marca FORD, pero la placa no coincide, cuando lo vallamos a dejar a la URI.

NN. Patrullero JÁCOME: No ahorita le digo a mi Sargento, que va para allá ahorita el está acá con nosotros.

NN. Patrullero OCHICA: Ha bueno si, el Fiscal va a decir eso, porque entonces va a decir pero este no es el vehículo.

NN. Patrullero JÁCOME: Ahorita le dice a mi Sargento él va para allá, mi Sargento NN. Patrullero OCHICA: Bueno listo.

NN. Patrullero JÁCOME: (Se dirige a otra persona y le dice, la placa de la camioneta no coincide con el informe que allá esta OCHICA), él ya va para allá OCHICA, ya va para allá.

NN. Patrullero OCHICA: Listo, listo. NN. Patrullero JÁCOME: aja.

(...)

**LLAMADA No. 135 (a partir del record 00:01:01)**

Conversación registrada con el número de producto 1350166 el día 11 de marzo del 2014 siendo las 05:22:12 p.m., entre el Patrullero JÁCOME, quien utiliza el abonado controlado número 315-2059591

y el Patrullero OCHICA, quien utiliza el abonado celular No. 310-6536203, Integrante del Escuadrón Móvil de Carabineros Cesar.

NN. Patrullero JÁCOME: Alo NN. Patrullero OCHICA: Alo

NN Patrullero JÁCOME: Dígame

NN Patrullero OCHICA: Hola hágame un favor averíguame todos los datos del vehículo número de chasis, placa he.

NN Patrullero JÁCOME: De que, con qué.

NN Patrullero OCHICA: Ha.

NN Patrullero JÁCOME: Con qué.

NN Patrullero OCHICA: Ahí no hay papeles, no hay tipo, ningún tipo de documento.

NN Patrullero JÁCOME: Hey no hay papeles en la camioneta, no, vamos a mirar, ya vamos a mirar OCHICA, todo bien.

NN Patrullero OCHICA: Pero lo necesito rápido marica, no ve que me toco hacerle otro oficio al Fiscal, porque con el que habían hecho no lo reciben.

NN Patrullero JÁCOME: Bueno, bueno.

NN Patrullero OCHICA: Bueno vale, numero de chasis, todo lo de la camioneta, todos los datos del vehículo.

NN. Patrullero JÁCOME: (Se dirige a otra persona y le dice: Marica necesito número de chasis, número de todo guevon quien tiene esos papeles y a su vez esta le responde: Los tiene mi Sargento GIL), hey márquele a mi Sargento GIL.

De otra parte y en lo que respecta a la diferencia en la cantidad incautada y la puesta a disposición existe divergencia en los mismos reportes de las autoridades, para la Fiscalía se habrían incautado 1.135 galones el demandante se habría apropiado en concurso con otras personas de 635 galones y reportado solo 500, no obstante, en el reporte de decomiso se consignaron 715, galones, por lo que incluso recibió anotación positiva. La autoridad disciplinaria considero que la apropiación era de 500 galones.

Estas diferencias en los datos de lo supuestamente incautado, de lo entregado y de lo supuestamente apropiado exigen mayor precisión, cuando además en la actuación aparece que el día 11 de marzo de 2014, se habían entregado al depositario contratado las siguientes cantidades: 210, 500, 400 y 510 galones (f. 480 anexo), de los cuales y hasta donde se pudo observar en el informativo disciplinar tendrían respaldo las entregas de 510 y 200 (sic) en los folios 910-913, luego entonces, la pérdida del combustible es asunto que merece precisión.

Se insiste entonces que las reflexiones precedentes no tienen por fin emitir conceptos sobre lo que deben ser las decisiones penales y disciplinarias pues no es competencia de este Juzgado, sino la de ahondar en el mérito suasorio de la prueba que existe en contra del ex patrullero, para resaltar de ellas, la gran limitación que ofrecen para construir un juicio de reproche que en la materia en la que sí es competente el Despacho, cual es la de establecer el adecuado ejercicio de la facultad discrecional posibiliten inferir sin asomo de duda la real y grave la afectación del servicio público, ya que en cuanto a la protección de la finalidad constitucional de defender a la sociedad en su vida, honra y bienes, no es nítido que el señor OCHICA SUAREZ incursionara en una asociación criminal, se hubiera apropiado de combustible incautado, lo hubiera comercializado a delincuentes o si quiera hubiera recibido parte de las ganancias de dicho ilícito, más aun, no tiene certeza la institución de las reales cantidades, incautadas, entregadas y supuestamente apropiadas.

La evidencia de la participación de otros uniformados en actos de corrupción no puede ser trasladada y adjudicada al señor OCHICA SUAREZ automáticamente, solo por hacer parte del grupo del operativo, cuando la evidencia de ello es precaria y hay visiblemente gran espacio a posibilidades circunstanciales. Si esta es la situación actual (*de lo que ha sido aportado al proceso*), sin duda ambigua; el ejercicio de la facultad discrecional incluso hoy

recomendaría prudencia, por ende mucho más cauteloso y sosegado debió ser el proceder el 9 de abril de 2015, cuando se decidió retirar al hoy demandante, pues para ese momento está demostrado, la decisión se tomó solo con base en el informe relacionado con la existencia del proceso penal y la orden de captura, sin valorar ni sopesar medios de prueba que den cuenta de la comisión de hechos o la valoración de ellos.

Se insistirá entonces que el ejercicio de la facultad discrecional, debe obedecer a un análisis ponderado, razonado y reflexivo de una situación acreditada sucedida en la realidad material, para determinar la real afectación del servicio público y en tal virtud debe partirse de forma elemental de comprobarlo, lo cual no puede hacerse jamás sobre la sola consideración de una acusación indeterminada o confundir la noción del servicio con la imagen institucional, pues ello es enteramente diverso.

De allí entonces que la decisión de retiro incorporada en la Resolución 046 de 9 de abril de 2015 se estime precipitada e irreflexiva, pues se sostiene únicamente en la existencia del proceso penal que se adelanta contra el hoy ex servidor y la emisión de la orden de captura, como si esas solas circunstancias hicieran las veces de causal, situación que adquiere mayor desproporción cuando la misma JUNTA en el acta 074 de 2015, puso en evidencia que el señor OCHICA SUAREZ no tenía ningún antecedente disciplinario o penal y por el contrario acreditaba 14 felicitaciones en su vida policial; circunstancia que en contraste con la importancia del "hecho" que motiva el retiro, deja entrever la precipitud de la recomendación, que a la postre terminó afectando de forma desproporcionada la estabilidad laboral del hoy demandante.

Lo que en la práctica traduce esta determinación, es que la Institución aplica el retiro a quien soporta un proceso penal, sin valorar hechos y solo se basta del informe de su trámite o existencia, lo cual es por mucho, distante del correcto ejercicio de la facultad discrecional que como se ha indicado se opone a la arbitrariedad y el prejuizgamiento. Se trató entonces de aplicar una especie de sanción *ex ante* por la sola tramitación del informativo penal, de manera apresurada y sin ninguna preocupación por conocer los hechos que la originaban.

En adición a lo anterior se dirá que, sea cual sea la decisión o resultado final de las causas penales y disciplinarias, la determinación de retiro discrecional no es bajo ningún aspecto una sede premonitoria, que pueda bajo un criterio eminentemente subjetivo determinar por anticipado la participación del uniformado en hechos delictuales y que pueda adquirir legitimación dependiendo del resultado final de los tramites sancionatorios, pues ello desconocería el sustrato de la figura, la cual se bien da al nominador margen de maniobra debe observar principios de razón suficiente, valoraciones y ponderaciones sobre hechos determinantes.

En ese contexto si bien será procedente la nulidad del acto censurado en esta ocasión, no avanza ello a eliminar la facultad discrecional para retirarlo del servicio cuando quiera que se advierta y argumente razonadamente, que sus actuaciones comprometen el adecuado funcionamiento de la entidad o porque bajo otras causales, como por ejemplo los comentados resultados de los procesos sancionatorios aquello se abra paso. En suma, como la facultad discrecional y las actuaciones sancionatorios son independientes, asimismo, autónomas y distintos pueden ser sus resultados.

Retomando entonces, se indicará que al comprobarse la existencia de un nexo temporal entre la decisión de retiro y el conocimiento de la Institución acerca de la existencia de un proceso penal con orden de captura, a tan solo un día de la disposición de retiro, sumada a la ausencia de una ponderación y análisis serio de eventos acreditados cometidos o realizados por el servidor demandante, se infirma la presunción de legalidad del acto censurado y por ende se hace procedente disponer su anulación, con las consecuencias que ello envuelve.

El Consejo de Estado en casos de similares contornos consideró que si bien podría ser legítimo prescindir de un funcionario por la pérdida de la confianza, no avanza a ejercer la facultad discrecional como una sanción<sup>22</sup>:

“...lo primero que hay que señalar es que evidentemente entre la fecha de la ocurrencia del operativo que condujo a la recuperación de la tranquilidad y el orden en una residencia y que a la vez llevó a que se pusiera en tela de juicio la honestidad y transparencia del SI. (r) Triana Rivera, esto es el 20 de enero de 2003, y el retiro por facultad discrecional, el 25 de marzo de 2003, **hay una cercanía temporal**; máxime si se tiene en cuenta que el Acta No. 005, por la cual se recomendó su desvinculación, data del 12 de marzo de 2003.

Este sólo hecho, sin embargo, no acredita un vicio de nulidad del acto cuestionado por desviación de poder, en la medida en que dicha proximidad temporal puede ser una mera coincidencia frente a una valoración que de cara a la buena prestación del servicio efectuó la Policía Nacional en esos momentos y que condujo a su retiro de la Institución. Con todo, si a dicha cercanía temporal le sumamos el hecho de que mediante el acto administrativo demandado, la Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003, se retiraron del servicio los otros 4 uniformados implicados en las supuestas irregularidades acaecidas en el operativo del 20 de enero de 2003, encontramos un indicio adicional **que puede determinar que efectivamente dicha situación generó el retiro del servicio.**

Si a ello le sumamos las calificaciones que obtuvo el SI. (r) Triana Rivera durante el año 2002, las cuales tal como se anotó anteriormente aconsejaban que incluso fuera partícipe de planes de estímulos, se concluye que de cara al mejoramiento del servicio no existían motivos para su retiro, tampoco se evidencia que en dicho momento la Institución dada su estructura piramidal tuviera que prescindir de los servicios del uniformado, pues prueba en dicho sentido no fue allegada al proceso.

Analizados entonces en su conjunto los tres supuestos antes referidos, se concluye que **es bastante razonable considerar que lo que motivó el retiro del servicio del actor fue el manto de duda que se tejó en contra de su honestidad en el operativo adelantado el 20 de enero de 2003.** Empero, dicha conclusión por sí sola no tiene la virtualidad de afirmar la configuración del vicio de desviación de poder respecto del acto demandado, pues lo sucedido en el operativo de 20 de enero de 2003 pudo generar, de un lado, desconfianza en sus superiores y en consecuencia, determinar la decisión de removerlo efectivamente del servicio; y, de otro, una afectación tal en el servicio que justificara la decisión discrecional.

En este sentido y a pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal, en el presente asunto debe analizarse si dados los antecedentes laborales del accionante era razonable ejercer dicha potestad. En este sentido, se resaltan los siguientes elementos debidamente acreditados:

1. El actor durante toda su vinculación laboral, y más intensamente durante los dos últimos años, fue considerado por sus superiores como una persona con grandes virtudes policiales y como un ejemplo para los demás. Igualmente, es de resaltar que durante su vida laboral y especialmente durante el año 2002 fue calificado por diferentes uniformados, los cuales coincidieron en dicha valoración.
2. Igualmente, tal como ya se afirmó anteriormente, durante los últimos dos años su evaluación dio como resultado **una clasificación superior**, la cual denota la prestación de un servicio con un rendimiento que oscila entre el 84% y el 100% y que incluye, además del servicio esperado por parte de cualquier funcionario que le sirve al estado, actos sobresalientes.
3. El manto de duda que se extendió sobre el servicio del SI. Triana Rivera se dio con ocasión de un acto del servicio que indudablemente dejaba a la Policía Nacional con un reconocimiento societario importante, por el cumplimiento de sus deberes y funciones constitucionales. Empero, dicha actuación

<sup>22</sup> SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: DR. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 25 de noviembre de 2010, expediente No. 250002325000200306792-01(0938-2010)

fue empañada en el caso del actor por la presunta intención de apoderarse de un arma de los delincuentes, la cual incluso de conformidad con el material probatorio allegado al expediente ya había sido reportada como incautada por otro de los participantes en la operación.

Estas probanzas llevan a cuestionarse si en atención a un fin constitucionalmente relevante, como lo es la buena prestación del servicio público, con dichos antecedentes era razonable desvincular a un servidor que demostró durante el tiempo en que estuvo vinculado, virtudes policiales adecuadas al mejoramiento del servicio. En otras palabras, teniendo en cuenta que la razón de la facultad discrecional es el buen servicio, **cabe preguntarse si el servicio efectivamente se favorecía con el retiro inmediato de un funcionario en el marco que acaba de describirse y con un desempeño "superior".**

Aun cuando es innegable el malestar que generaron las irregularidades presentadas en el operativo tantas veces citado frente a la credibilidad y prestación del servicio público, lo que se cuestiona es si en aras de proteger dicho servicio se requería prescindir, por la vía de la facultad discrecional, de un funcionario que, se repite, gozaba de excelente consideración dentro de la Institución.

(...)

**De nuevo, ante la ocurrencia de presuntas irregularidades en el Operativo de 20 de enero de 2003, la facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación.**

Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, **pues lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal.** (..) “- se destaca-

En otra ocasión destacó la precipitación en el accionar del nominado, en el afán de mostrar resultados ante la opinión pública que terminaron afectando derechos al uniformado demandante<sup>23</sup>:

“...el operativo realizado por la Policía Nacional, en el que se vio vinculado el demandante, se efectuó de manera ligera, es decir sin la suficiente prudencia o mesura, pues si bien, es cierto se hizo con fundamento en la información de un ciudadano de que, en la entrada del sector del Aguacatal en la Avenida 9ª Oeste con calle 23, denominado Puente Azul, se estaban ejecutando maniobras sospechosas, también lo es, que el Subintendente Jhon Jairo Castro Arismendi ordenó la detención del vehículo donde se movilizaba el agente, hoy demandante, sin que los ocupantes hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de los hechos delictuosos que se les endilgaban, exponiéndolos de manera inmediata y arbitraria al escarnio público, con lo que se demuestra que las actuaciones posteriores a la calificación de la actividad de los agentes realizadas por la Institución estuvieron mal planeadas, evaluadas y desarrolladas.

Que el Comandante de la Policía Metropolitana de Cali, General Luis Alfredo Rodríguez, el mismo día de la detención informó a los medios de comunicación (periódicos y noticieros) que los capturados colaboraban con una oficina de sicarios al servicio del narcotráfico y que supuestamente iban a ajustar cuentas (fl. 121)

Que si bien es cierto, dentro de las funciones de la Policía estaba atender y realizar el procedimiento que considerara adecuado ante la información suministrada por el civil, también lo es, que fue incorrecta la actuación realizada con posterioridad por parte del Comandante de la Institución, pues sometió a uno de sus funcionarios al escarnio público sin que éste hubiera tenido la oportunidad de un juicio justo que respetara el debido proceso y el derecho de defensa.

Que el hecho de que la Institución hubiera suministrado la anterior información a los medios, condujo a que, esta entidad, tuviera que demostrar a la ciudadanía que estaba tomando las medidas pertinentes para moralizar, evitar y erradicar la corrupción encontrada en su interior, por lo que tuvo que retirar al agente del servicio aún violando sus derechos fundamentales, **razón por la cual es claro que sobrepuso**

<sup>23</sup> SUBSECCION "A" Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente: 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08)

**el interés general de manera falaz, tal como lo demostraron las investigaciones penales y disciplinarias adelantadas.**

Que las pruebas obrantes en el expediente llevan a concluir que de no haber ocurrido los hechos en los que se vio inmerso el agente, ahora demandante, no se hubiera efectuado su retiro, pues no existe otra circunstancia de tiempo modo y lugar que hubiera llevado a la Policía a tomar la decisión de retirarlo del servicio, lo que evidencia que sino se hubieran producido estos hechos, el agente aún continuaría en la Institución.

**Que la demandada basada en un error omitió realizar los procedimientos establecidos para no incurrir en injusticias y se centro en realizar una persecución contra un miembro de la Institución por sola sospecha, es decir, la Institución con fundamento en un yerro vulneró derechos fundamentales al demandante.**

**Probado así el nexo causal entre la facultad discrecional y la investigación penal, no sobra señalar, que en el expediente no se vislumbra, cómo la investigación reprochada, afectó de forma contundente el cumplimiento de objetivos funcionales de la entidad. Factor que, en un momento dado, si hubiera desquebrajado la prestación del servicio como tal habría facultado a la demandada para utilizar concomitante estas dos figuras.**

Las anteriores circunstancias permiten inferir que la entidad nominadora con la expedición del acto acusado, no se inspiró en razones del buen servicio público, sino que el fin perseguido se orientó a castigar al actor por la investigación que en detalle se consignó, lo cual pone en evidencia la relación de causalidad entre la ocurrencia de tal procedimiento y la expedición del acto de retiro....- se destaca-

En otro caso el Consejo de Estado ordenó el reintegro de un uniformado que, como en el caso que se analizó, fue retirado del servicio sobre la única base de la existencia de la investigación disciplinaria, demostrando el nexo temporal, la ausencia de consideración de sus cualidades y buen desempeño<sup>24</sup>.

“Teniendo en cuenta lo expuesto en los acápites precedentes estima la Sala que en el caso concreto, en primer lugar, está probada la existencia de un **nexo temporal entre la investigación disciplinaria que se adelantó en contra el actor y su retiro definitivo del servicio**. En efecto, se observa que el 28 de noviembre de 2001 el Departamento de Policía del Cauca ordenó la apertura formal de una investigación disciplinaria en contra del actor; teniendo en cuenta el informe de 26 de noviembre del mismo año suscrito por el Comandante del Escuadrón Móvil de Carabineros Roma, DECAU; frente a lo cual, quince días más tarde, el Director General de la Policía Nacional mediante Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001 ordenó su retiro definitivo del servicio como Suboficial de la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, si bien la administración en el caso concreto hizo uso de manera concomitante de las facultades discrecional y disciplinaria estima la Sala que, **el hecho de que durante el tiempo que el demandante permaneció al servicio de la Policía Nacional lo hubiera hecho merecedor únicamente de anotaciones positivas en su hoja de vida, y distinciones honoríficas, dan cuenta que su permanencia en la citada institución no resultaba inconveniente contrario a lo afirmado por la demandada y mucho menos que se hubiere afectado su normal funcionamiento.**

Sobre el particular, dirá la Sala que resulta evidente que **la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que la indagación de carácter disciplinario que se venían adelantando en su contra**, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la apertura de la investigación disciplinaria y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto que una y otra decisión, como quedó visto, fueron adoptadas con una diferencia de quince días. En otras palabras, **dicha medida en el caso concreto constituyó una especie de sanción frente a la supuesta responsabilidad disciplinaria que se le atribuía al actor**, lo cual contradice la razonabilidad, proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración al expedir el acto administrativo acusado.

Así las cosas, debe decirse que al no estar probada la afectación grave del servicio, que a juicio de la Dirección de la Policía Nacional suponía la permanencia del demandante como Suboficial de la Policía Nacional se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio no estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa ni fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>24</sup> SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de 8 de marzo de 2012, expediente: 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

Bastaran entonces las razones dadas por el Juzgado, en punto de la ausencia de reflexión sobre hechos objetivos que atribuidos a OCHICA SUAREZ y determinados en tiempo, modo y lugar; evidencien para el 9 de abril de 2015 la afectación grave del servicio público, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado y disponer el reintegro del actor, dado el uso desviado y carente de razonabilidad y ponderación que se dio a la facultad discrecional en este caso; que se usa como mecanismo adicional de persecución erigiéndose en una sanción *express* para el uniformado.

Por estas razones, se relevará el Despacho de analizar los cargos restantes por inane.

#### **Restablecimiento del derecho.**

Como restablecimiento del derecho se ordenará a la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL reintegrar al señor **JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ** al servicio de dicha Institución, desde luego, con las limitaciones que la condición jurídica que ostente en el marco de los procesos disciplinarios y penales le imponga.

Se ordenará además el **pago de los salarios y prestaciones sociales** que por efecto del retiro del actor hubiese **efectivamente** dejado de devengar, desde cuando este se materializó y hasta cuando sea efectivamente reintegrado, pero teniendo en cuenta en todo caso, las limitaciones que la condición jurídica que ostente en el marco de los procesos disciplinarios y penales le imponga.

Sin perjuicio de lo anterior deberán efectuarse los **descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el demandante durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.**

Esto último, siguiendo la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que en reciente sentencia SU-354 de 25 de mayo de 2017, con ponencia del Doctor IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, reiteró la línea jurisprudencial trazada por ese organismo en relación con la naturaleza y límite de la indemnización que respecto a actos de retiro de servicio debe observarse al momento de disponer el reintegro de un empleado<sup>25</sup> (indistintamente de que sea provisional o carrera). Se destacan de la providencia los siguientes apartados:

“la Sala pasa a exponer las razones por las cuales considera que este precedente se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

(i) La esencia del restablecimiento del derecho es **retrotraer las cosas a su estado inicial**, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano. Es por esa razón que ese tipo de condenas están dirigidas a reintegrar al funcionario al cargo que venía desempeñando y al pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que aquel nunca fue retirado del servicio. Bajo ese entendido, no puede concluirse que las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho, que en todo caso se reconocen indexadas, tengan además un carácter indemnizatorio, porque se estaría desnaturalizando la finalidad de la decisión de restablecimiento. ...

<sup>25</sup> SU-691/2011, SU-556/2014, SU-053 y 054 de 2015

(ii) Los descuentos que han de efectuarse no surgen por la temporalidad del cargo o por la expectativa de permanencia en el mismo. Si bien este argumento es válido para determinar el momento desde y hasta el cual a un funcionario en provisionalidad se le deben reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir de conformidad con la naturaleza de ese tipo de vinculación, no es el fundamento que hace viable o procedente el descuento por lo percibido en otros cargos. Como se ha sostenido, la estabilidad en un cargo en propiedad tampoco es absoluta, puesto que si bien se genera una mayor expectativa de permanencia en el empleo por haber aprobado un concurso de mérito, ello no convierte al funcionario en inamovible del cargo, en tanto su labor está sujeta a la verificación temporal del cumplimiento de las funciones que le fueron asignadas.

Quiere decir lo anterior que independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.

(iii) La Sala reitera que independientemente de la naturaleza del cargo, en el funcionario radica la responsabilidad de su propia subsistencia económica y, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, sea cual fuere la razón y aún por un acto viciado de nulidad, aquel debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Bajo esa línea argumentativa, para el caso de los cargos en carrera el restablecimiento del derecho también debe ser respecto de lo efectivamente dejado de percibir, es decir, cuando existe una verdadera imposibilidad de generar un ingreso como retribución por el trabajo, porque de lo contrario, se estaría permitiendo que la persona reciba dos montos salariales y prestacionales durante un mismo periodo. (...)

Con todo, a juicio de esta Corporación el precedente fijado por la jurisprudencia constitucional **cuando se ordena el reintegro y la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro**, se aplica con independencia de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera. Esto, en cuanto el asunto no se relaciona con la temporalidad o la expectativa de la permanencia en el empleo, sino con la esencia misma del restablecimiento del derecho que genera la ficción jurídica de que el funcionario nunca fue retirado del empleo, indistintamente de la clase de vinculación que aquel ostente, de modo tal que serían incompatibles una condena por ese concepto y al mismo tiempo el pago de salarios y prestaciones recibidos por el ejercicio de otro cargo estatal en ese lapso”- destacados fuera de texto-

Tesis que desde luego, puede aplicarse al personal uniformado, al no existir razón jurídica que permita introducir un criterio de diferenciación<sup>26</sup>.

No desconoce el Juzgado que el Consejo de Estado desde 2008, ha estado sosteniendo una tesis contraria, fundada en la consideración de que no se presentaría doble asignación del tesoro público porque la naturaleza de la indemnización o su causa, no es salarial<sup>27</sup>, reiterada

<sup>26</sup> SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”, Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sentencia de 8 de mayo de 2003, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02): *Igualmente, se dispondrá, acogiendo la tesis expuesta por la Sala Plena de Sección,*<sup>26</sup> *el descuento de las sumas de dinero por concepto de lo que hubiere podido recibir el actor con ocasión de otra vinculación laboral ejecutada durante el tiempo de retiro del servicio.*

<sup>27</sup> Ver sentencia de 29 de enero de 2008, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero, Doctor JOSÉ MARIA LEMUS BUSTAMANTE, expediente: 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ): En esta ocasión la Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones: Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley. Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada. **El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.** La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió. Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente. **Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontarse porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.** Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración. **Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.(...)** El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el

entre otras decisiones en providencias de 19 de agosto de 2010, expediente 0396-10, con ponencia del DR. ALFONSO VARGAS RINCON y de 17 de mayo de 2012, expediente 0002-10, con ponencia del DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, no obstante de forma reciente algunos pronunciamientos de sus secciones Tercera y Quinta han acogido el criterio de la Corte Constitucional, al respecto providencias de 6 de Diciembre de 2016, expediente 11001-03-15-000-2000-06686-01(S), con ponencia del Dr. RAMIRO PAZOS GUERRERO (Sala Doce Especial de Decisión) y sentencia providencia de 9 de marzo de 2017, expediente (3065-13), con ponencia de la DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, proferida por orden de la Sección Quinta.

De esta manera entonces el Despacho acogerá la tesis de unificación Constitucional, porque posee fuerza vinculante como lo considera el Consejo de Estado en sentencia de 6 de diciembre de 2016; versa de forma específica sobre la situación de reintegro de la generalidad de los servidores del Estado, es decir, no se trata de un caso disanálogo o que se refiera a un régimen laboral exceptuado o privilegiado y además se aviene de mejor forma al ordenamiento superior, pues si bien puede aceptarse que la indemnización recibida con fundamento en el reintegro por concepto de salarios y prestaciones sociales no es percibida como contraprestación por la venta de la fuerza de trabajo, se trata a no dudarlo de una ficción jurídica propia del restablecimiento del derecho que permite suponer que el actor no fue retirado del servicio, y es justamente bajo tal sustrato lógico que debe aceptarse bajo idéntica ficción, que al demandante tampoco le sería permitido en actividad, percibir una doble asignación; ni de recurso público ni de recurso privado, dada la exclusividad que demanda el servicio público, por ende se generaría innegablemente un enriquecimiento injustificado al permitir que en aras del restablecimiento el trabajador pueda obtener más recursos que aquellos que **efectivamente** frustró el ilegal retiro.

Por lo demás las sumas que resulten serán indexadas al tenor del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y atendiendo la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.- se destaca-

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial comenzando por la que devengaba el actor al momento del retiro y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

También se declarará que para todos los efectos legales incluido el relativo a las cotizaciones para la asignación de retiro no ha habido solución de continuidad.

Finalmente, es la ocasión para señalar que se negará la pretensión de la demanda dirigida a obtener indemnización por daños morales, dado que ello exige la demostración de la generación particular del perjuicio, sin que se encuentre en el plenario prueba alguna que demuestre que el actor efectivamente sufrió el daño de aflicción que permite sustentar la aludida reparación. Recuérdese que en eventos de daños morales derivados de pérdidas patrimoniales, no se admiten presunciones y en tal virtud es indispensable la plena prueba del daño:

No habrá lugar al reconocimiento de los perjuicios morales, dado que aunque la Sala ha prolijado la procedencia de tales reconocimientos, resulta necesario acreditar la afectación emocional que produjo en el directamente afectado o en otras personas, la expedición del acto de retiro. Evidentemente, la pérdida del empleo puede causar traumatismos en el individuo que lo padece y en su entorno familiar, pero no es dable presumir esta afectación en todos los individuos, dado que el grado de sensibilidad no es el mismo en todos los seres humanos y por ello, resulta necesario para quien lo alega asumir la actividad probatoria<sup>28</sup>.

#### 4.4. Costas procesales.

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el No. 5 del artículo 365 del C.G.P<sup>29</sup> que expresa:

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión.”

De manera que como en este caso las pretensiones de la demanda no prosperaron en su totalidad existen suficientes razones para sostener que el triunfo de la parte actora solo es parcial, de manera que para conservar la equidad de las cargas procesales, el Juzgado no impondrá costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

1. **Declarar la nulidad de la Resolución N° 046 del 9 de abril de 2015**, mediante el cual se retiró al patrullero JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ de la POLICÍA NACIONAL por voluntad Discrecional de la Dirección General de la Policía Nacional, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

<sup>28</sup> SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”, Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sentencia de 8 de mayo de 2003, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02)

<sup>29</sup> Norma que resulta aplicable a los asuntos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.



*Consejo Superior  
de la Judicatura*

2. Como consecuencia de la anterior declaración se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL** reintegrar al patrullero **JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ** al servicio de dicha Institución, desde luego, con las limitaciones que la condición jurídica que ostente en el marco de los procesos disciplinarios y penales que cursan en su contra le imponga.
3. **Declárese** que para todos los efectos, incluido lo relacionado con los aportes y cotizaciones pensionales o con destino a la Asignación de retiro, no ha habido solución de continuidad.
4. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL**, a reconocer y pagar al señor **JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ**, **los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro efectivo y hasta cuando se produzca su reintegro**, pero teniendo en cuenta en todo caso, las limitaciones que la condición jurídica que ostente en el marco de los procesos disciplinarios y penales le imponga. La suma que se pague en favor del accionante se actualizará en la forma indicada en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:
 
$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$
5. Sin perjuicio de las anteriores disposiciones, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL** **efectuar los descuentos** correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el demandante **JOSE OSWALDO OCHICA SUAREZ** durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.
6. La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.
7. Sin costas por lo expuesto.
8. Niéguese las demás pretensiones de la demanda
9. Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.
10. No reconocer personería jurídica a la Doctora **NANCY ALEJANDRA SANDOVAL SARMIENTO** por no acreditarse la calidad del poderdante (f. 214)

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**FABIAN ANDRES RODRIGUEZ MURCIA**  
Juez

JUZGADO DECIMO ORAL ADMINISTRATIVO TUNJA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO	
No. 02	DE HOY 07/02/13
SECRETARIO(A)	