

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
DESPACHO 004

Santa Marta, veintidós (22) de mayo del año dos mil diecinueve (2019).

MAGISTRADO PONENTE DR. ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-
POLICIA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia de 30 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Marta que declaró la nulidad de la resolución N° 03443 del 31 de diciembre de 2004, y a título de restablecimiento del derecho se condenó a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a reintegrar al señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, obligando a cancelarle los salarios y demás prestaciones que se le adeudaran desde su retiro hasta su reintegro.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, por conducto de apoderado judicial incoó demanda en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL¹ con el fin de obtener las siguientes:

¹ Folio 2-13

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

1.1. Pretensiones (fls.2-3)

- a. Que se declare que entre el señor WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, existió una relación de carácter laboral vigente, legal y reglamentaria, como consecuencia de la prestación del servicio de Agente de la Policía Nacional desde el 11 de mayo del año 1990 hasta el 04 de enero del año 2005.
- b. Que se declare que es nulo el Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 03443 del 31 de diciembre del año 2004, notificada el día 4 de enero del año 2004 por la coordinadora de Talento Humando del Departamento de Policía del Magdalena, por medio de la cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional al señor Agente WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, identificado con la cedula de ciudadanía N° 93.292.934 de Líbano Tolima.
- c. Como consecuencia de la anterior declaración solicita, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene el reintegro del señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, al cargo que venía desempeñando en la Policía Nacional, como agente de esa institución, o a otro cargo similar o superior.
- d. En consecuencia de la anterior declaración pretende se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, que pague al señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones, intereses, auxilios y demás prerrogativas de carácter laboral a las que tiene derecho, correspondientes al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos laborales, desde cuando se produjo el retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado a su cargo.
- e. Solicita que se establezca que no ha existido solución de continuidad en el servicio para todos los efectos legales y prestacionales del señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

- f. Deprecia que las condenas deberán efectuarse mediante sumas liquidadas de moneda de curso Legal en Colombia, y se deben ajustar tomando como base el índice de precios del consumidor, o al por mayor conforme a lo dispuesto por el Art. 179 del C.C.A.
- g. Que para el cumplimiento de la sentencia, se ordene dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. Hechos (fls.3-5)

La parte demandante narró como hechos los que seguidamente se resumen:

- a. Expone que el señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, de manera legal y reglamentaria ingresó a la POLICÍA NACIONAL en el cargo de Agente, el día 11 de mayo de 1990, prestando su servicio en distintas partes del territorio nacional, entre ellas el Departamento del Cesar y en el Departamento del Magdalena, perteneciendo a la unidad de Policía de Carreteras, unidad en la que se encontraba al momento en que ocurre el retiro de la institución por órdenes del Director General de la Policía Nacional.
- b. Explica que durante su vida laboral en la Policía Nacional el demandante, mantuvo un adecuado comportamiento, en razón de ello, en múltiples oportunidades se le otorgaron reconocimientos y bonificaciones (por presentar un excelente comportamiento), lo cual se refleja su hoja de vida y en la calificación de su desempeño efectuada por la Junta de Calificación y Evaluación conforme al decreto 1800 del 2000, de fecha del 31 de diciembre del 2004 (coincidentalmente la misma fecha que posee la resolución que ordeno su retiro de la institución), donde se le da la calificación de SUPERIOR. Calificación que fue realizada por el S.I. GARCIA GONZALES JOSE del Departamento de Policía del Magdalena.
- c. Expresa que en desarrollo de su actividad laboral como Policía de Carreteras, el día 5 de diciembre del año 2004 a las 13:00 horas en la Troncal del Caribe, más exactamente en la Y que conduce a Ciénaga, la patrulla a la cual estaba adscrito el demandante, efectuaba un operativo

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

de requisa a un vehículo que se encontraba a la orilla de la carretera, al momento de realizar el procedimiento a los ocupantes del vehículo (Mazda 323), llevaban consigo y camuflados en el cuerpo una cantidad considerable de dinero.

- d. Aduce que al percibir como sospechosa la actitud de los ocupantes del vehículo el comandante de la patrulla les retuvo por unos momentos mientras averiguaba el origen de los dineros encontrados. Una vez dejados en libertad los ocupantes del vehículo objeto de la requisa por parte de los funcionarios de la Policía de Carreteras, presentaron una denuncia penal por el delito de Concusión (argumentan faltarles la suma de tres millones de pesos, de un total de siete millones de pesos que deberían poseer), la mencionada denuncia fue incoada al día siguiente de los hechos, es decir el día 6 de diciembre de 2004, fue recibida y tramitada por el Juzgado 176 de Instrucción Penal Militar del Departamento de Policía del Magdalena.
- e. Asevera que al momento de presentarse la denuncia por parte de los supuestos civiles afectados, los señores JORGE ELIECER MEJIA RESTREPO y ROBINSON HELI PAREDES REYES, el comandante de la Policía del Magdalena informó del hecho al Director General de la Policía Nacional, quien sin esperar los resultados del proceso penal adelantado en contra del Agente WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ y sus compañeros, para así verificar la veracidad de las imputaciones endilgadas, procedió a ordenar su retiro sin tener en consideración lo consagrado en el decreto 1791 de septiembre 14 del 200, que en su Art. 50 habla de la suspensión en caso de que en contra de un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Quiere decir esto, que el alto mando de la Policía Nacional debía esperar los resultados de la investigación penal para proceder de manera objetiva a la toma de decisión que la normatividad contempla para estos casos, y no actuar de manera impulsiva, con clara desviación y abuso de poder, que afectarían gravemente no solo al señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, si no a los otros agentes involucrados en la denuncia.
- f. Resalta que la denuncia impetrada en contra del señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ y los demás agentes de policía de

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

carreteras, se encontraba en su etapa pre-inicial, denominada investigaciones preliminares, y que los denunciantes presentaron desistimiento de la misma, manifestando que ya habían encontrado los dineros extraviados en una caleta de su vehículo. Como resultado de éste desistimiento el Juzgado Penal 176 de Instrucción Militar profirió sentencia inhibitoria de calenda 31 de diciembre del año 2004, la cual en su parte resolutive en su artículo primero expresamente dice.... Inhibirse, como en efecto se hace, de iniciar acción penal en contra de los Policiales adscritos a la Especialidad de Carreteras AGUDELO MORANTES MANUEL, DIAZ CERVANTES ENRIQUE, DURAN ARIZA JHON, HENAO RODELO JHON FRED, FERNANDEZ ROCA JHON, GONZALES TAMARA JUAN CARLOS Y OSPINA PÉREZ WILSON, de condiciones civiles y personales conocidas en autos según lo sustentado en la parte motiva de este interlocutorio.

- g. Afirma que aunque fueron absueltos de toda responsabilidad, y más aún de no ser procedente la investigación por causa del mismo desistimiento de las víctimas, el Director General de la Policía Nacional, Mayor General JOSE DANIEL CASTRO CASTRO, en una muestra clara de desviación y abuso de poder, procedió a retirar del servicio al señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, sin tomar en cuenta que para tan importante decisión, los procedimientos consagrados por la Constitución Política de Colombia y la legislación aplicable al caso de los Policiales, a través de la Resolución N° 03443 del 31 de diciembre de 2004, la cual es clara muestra del abuso autoritario del poder y jerarquía pues ella adolece de motivación alguna, alegando únicamente que se efectúa el retiro por lo consagrado en el Decreto 1791 del 2000.

2. SENTENCIA APELADA (FLS.146-155)

El 30 de mayo de 2014², el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Marta profirió la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la Resolución No. 03443 del 31 de diciembre de 2004 expedida por la Dirección General de la Policía Nacional y a título de Restablecimiento del Derecho ordenó al MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL el reintegro del señor

² Folio 146-155

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ al cargo de Agente, o a uno de igual o superior jerarquía, al pago de los salarios, prestaciones sociales, reajustes y demás dejados de devengar en el cargo del cual fue retirado, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca el reintegro efectivo.

Para arribar a tal conclusión, esboza el A-quo que el demandante cumplió con la carga procesal, y logró demostrar que su retiro del servicio no obedeció a condiciones de mejoramiento del servicio si no a móviles oscuros, distintos al mismo, es decir, a desviación de poder, por lo cual la facultad discrecional, no fue citada con el ánimo del supuesto mejoramiento, si no con la intención de sancionar al Agente WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, a quien la misma institución calificó como "SUPERIOR" en razón a su excelente comportamiento y servicio dentro de la Policía, por los hechos ocurridos el 5 de Diciembre de 2004, donde se le imputaron a varios policiales el delito de CONCUSIÓN por el presunto hurto de unos dineros, aunque, tal investigación fue archivada por desistimiento de los denunciados.

Aunado a lo anterior, considera que si la POLICÍA NACIONAL estimaba que el señor Agente WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, hubiere incurrido en un delito, o pudiese incurrir en las mismas faltas o influir en la investigación, lo concerniente era suspenderlo del ejercicio de las funciones mientras definía de forma definitiva la situación jurídica particular de cada uno de los implicados y en el caso concreto del demandante, pero no, so pretexto de ejercer la facultad discrecional, proceder a sancionarlo, que en verdad fue lo que se hizo con el acto de retiro del servicio.

Sobre el particular, asevera que el retiro del servicio del demandante Agente WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, obedeció por los hechos ocurridos el 5 de diciembre de 2004, donde presuntamente él y otros policiales se hurtaron \$3.000.000, pues como se observa de las pruebas allegadas, la recomendación del retiro se hizo el 29 de diciembre de 2004, incluyendo a otros implicados como lo son el Subintendente MANUEL AGUDELO MORANTE, y el patrullero ENRIQUE DÍAZ CERVANTES, es decir, la recomendación se hizo 24 días después de ocurridos los hechos y el retiro del servicio, y se concretó mediante la Resolución No. 03443 del 31 de diciembre de 2004, incluyendo a los 3 implicados citados, es decir, 2 días después de la recomendación para un total de 26 días entre la ocurrencia de los hechos -5 de diciembre de 2004- y la

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

decisión de retiro del servicio -31 de diciembre de 2004-, lo que demuestra la causalidad entre los hechos narrados en la demanda –probados en el proceso y el retiro del servicio activo del demandante-, eventos que dan cuenta de la existencia de la relación de causalidad entre el retiro y los hechos originarios de la denuncia, es decir, se observa un nexo causal de la investigación penal adelantada contra el demandante y su retiro del servicio.

3. RECURSO DE APELACIÓN (FLS.158-162)

El apoderado judicial de la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, dentro del término de traslado concedido para ello, presentó recurso de apelación³ en contra de la decisión de primera instancia, manifestando el retiro adoptado por la institución que representa, tiene como base que la actividad de la Policía es una actividad de confianza, y en este caso consideraron se vio deteriorada, comoquiera que fue justo esa situación la que dio lugar hacer uso de la Facultad Discrecional, como herramienta legal vigente para oxigenar el servicio de la Policía Nacional, con el fin de entregar un mejor servicio a la comunidad, razón de ser de la institución misma, en aras de prestar un servicio que goce de completa excelencia.

En igual sentido, expone que la potestad de discrecionalidad de que se ha revestido 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.

Manifiesta que no se debe desconocer que al momento que la entidad emitió la Resolución N° 03443 del 31 de diciembre de 2004 no reunía las exigencias de confiabilidad que implica el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, confianza que se soporta en llevar una hoja de vida irreprochable como ejemplo para todos sus conciudadanos, comprometido con sus ideales, eficientes y eficaces en el despliegue de la actividad policial en aras de garantizar la prevalencia del interés general garantizando el pleno funcionamiento de las funciones Policiales.

³ Folio 158-162

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

Al respecto expone que el señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, tenía varios correctivos inmersos en su hoja de vida, tales como:

- Con fecha 13-10-1998 correctivo, por oficio petitorio de queja contra el señor policial.
- Con fecha 01-01-1997 correctivo, por no cumplir con una orden dada por un superior.
- Con fecha 01-10-1996 correctivo, por no cumplir con las ordenes específicas para los desplazamientos.
- Con fecha 01-02-1991 correctivo, por ausentarse de las instalaciones.

En este orden, aduce que el Consejo de Estado, ha dicho que el retiro por voluntad del Gobierno, es una facultad discrecional y no se requiere explicar los propósitos que animan el acto que lo materializa, en lo que guarda analogía con la insubsistencia de empleados públicos de libre nombramiento y remoción donde también se encuentra la expresión de voluntad del nominador.

4. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 06 de octubre de 2014⁴ se admitió el recurso de apelación y el 26 de enero del 2015⁵ se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, el cual fue descrito en primera medida por el extremo demandado NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, en fecha del 17 de septiembre de 2015⁶, así como hizo lo propio el apoderado judicial del extremo activo de la litis, el mismo día⁷, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda, la contestación de la demanda y el recurso de apelación, respectivamente, por su parte, el Agente del Ministerio Público presentó sus alegatos de conclusión el 24 de febrero de 2015, aduciendo que debía confirmarse la sentencia de primera instancia, por cuanto, se configuró un abuso de poder⁸.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

⁴ Folio 173

⁵ Folio 175

⁶ Folios 176-180

⁷ Folios 182-184

⁸ Folios 187 - 189

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 30 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Marta dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de la referencia.

2. Cuestiones previas.

2.1. Aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil

El artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, respecto a los aspectos que no regula, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, sea del caso señalar que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 –CGP–, el cual entró en vigencia, en este departamento, el 01 de enero de 2014.

En relación con este aspecto, el Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la ley vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

En la providencia en cita se ha alusión al artículo 624 de la ley 1465 de 2012, el cual contiene un régimen de transición que remite a la normativa anterior de la siguiente manera:

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

“Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”

(Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con la norma transcrita se establece unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo.

Por otra parte, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado , mediante auto del 24 de febrero de 2017⁹ , con la ponencia de la doctora Martha Nubia Velásquez, precisó que el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reguló lo atinente al régimen de transición y vigencia de este cuerpo normativo respecto de los procesos en curso o iniciados antes del 2 de julio de 2012, los cuales se seguirán rigiendo y culminarán con el régimen jurídico anterior.

⁹ Rad. No. 25000-23-26-000-2007-00736-01 (37437). Actor: EPS SaludCoop. Demandado: Ministerio de la Protección Social.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

Señaló que la expresión “régimen jurídico anterior” a la que hizo alusión el legislador, no se refiere solamente a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, sino que también comprende todas aquellas disposiciones normativas autónomas o complementarias que se encontraban vigentes a la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, por ende, resultan aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

De ahí que en este proceso, en los aspectos no regulados en el Código Contencioso Administrativo, también resulten aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, dado que este asunto inició con anterioridad al 2 de julio de 2012.

3. Problema jurídico.

Habrà de determinarse si resulta procedente la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 03443 del 31 de diciembre de 2004 donde se ordena el retiro definitivo del señor WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ, emitida por el Director General de la Policía Nacional, bajo las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder. En caso de ser así, deberá establecerse si hay lugar al restablecimiento del derecho deprecado con la demanda.

5. Marco normativo y jurisprudencial.

5.1. De los cargos de nulidad

Teniendo en cuenta que el presente asunto versa sobre la procedencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo atacado, en virtud de que el extremo activo de la litis alega se configuran las causales de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, se estima menester dejar por sentado cuáles son sus características y bajo qué criterio se consideran configuradas.

Dicho lo anterior, en lo concerniente al cargo de nulidad por **Falsa Motivación**, emerge necesario destacar que dicha figura se define como la irrealidad o inexistencia de las razones expresadas en el acto administrativo, es decir, se configura cuando los fundamentos de la legalidad que llevaron a tomar la decisión correspondiente, no son acordes a la realidad fáctica y jurídica del respectivo caso.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

Baste para corroborar ello lo esgrimido por el Máximo Jefe de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concepto que seguidamente se transcribe ad pedem litterae¹⁰:

Desde el punto de vista general, conforme a los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 del 1984), que consagraban las acciones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos pueden ser impugnados, entre otras causales, por falsa motivación del acto.

Acorde con ello, el Consejo de Estado¹¹ ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

Por ello, ha explicado que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Según lo precedente, esta Corporación ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión

(Subrayas y neqrillas fuera del texto)

De lo expuesto en la referida sentencia, se puede colegir que la Falsa Motivación es un vicio que deriva en la nulidad del acto administrativo, presentándose por inexistencia de fundamentos de hechos o derecho en la voluntad de la Administración Pública ii) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas y iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un

¹¹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente 25000232400020080026501, magistrada ponente: María Claudia Rojas Lasso

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento del acto no justifican la decisión.

Aunado a lo antepuesto, en lo concerniente a la **desviación de poder**, debe resaltar el Despacho que uno de los pilares fundamentales de la administración es la debida motivación de los actos administrativos que profiere, exigencia que implica que las razones que fundamentan la decisión de un Órgano del Estado, correspondan a la realidad y además, sean suficientes. Sobre el particular, valga la pena transcribir lo esgrimido por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“El vicio que se analiza se presenta cuando hay disparidad o discordancia entre el fin que pretende la ley con la atribución de una competencia administrativa, el que, en todo caso, debe estar circunscrito al interés general, en los términos del artículo 209 de la C. P., y el propósito concreto que tuvo el funcionario al ejercerla¹²”.

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo.... Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley...¹³”

*“Ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia, existen dos formas distintas de manifestación de la desviación de poder, a saber: **i) la desviación hacia fines ajenos al interés general, esto es aquellos supuestos en los cuales la Administración se orienta a la búsqueda de intereses absolutamente extraños e incluso contrarios al interés general, como serían los móviles personales, el interés estrictamente privado, el deseo de venganza, las preferencias políticas, etcétera y, de otra parte, ii) la desviación hacia fines públicos pero diferentes a aquel que señala el ordenamiento jurídico, casos en los cuales la Administración se aparta del fin señalado por el ordenamiento pero para atender otro que también considera de interés público, como el ejercicio de potestades administrativas con fines de carácter financiero, como serían los encaminados a aumentar los ingresos de una entidad pública o a disminuir sus gastos. (...) Incurre, por ende, en desviación de poder, tanto el agente que actúa impulsado por motivaciones personales, verbigracia el interés privado, la venganza o los móviles políticos, como también aquel que lo hace —tal como aconteció en el asunto sub iudice— apartándose del fin establecido por el ordenamiento, aunque sea para satisfacer otro propósito de interés público, pues en palabras de Georges Vedel, “como resultado de la***

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de mayo cinco (5) de dos mil cinco (2005). Expediente No. 11001-03-26-000-1996-01855-01 (11855). M.P. Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Providencia de mayo seis (6) de dos mil doce (2012). Expediente No. 250002325000200212596-01 (1752-09). M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

propia estructura de la Administración cualquier agente público no tiene a su cargo el interés público en su totalidad. Cada uno de los poderes que le han sido conferidos responde a una categoría particular de interés público que no debe confundirse con otros. (...) Las dos anotadas modalidades de la desviación de poder, identificables en función de la naturaleza de los móviles que condujeron al órgano actuante a apartarse del norte teleológico fijado en el ordenamiento para la facultad ejercida, también han sido recogidas por la jurisprudencia colombiana, tal como lo pone de presente una providencia del año 1945 en la cual se distinguió claramente entre la desviación de poder en interés particular de la ocurrida "en interés público" pero diferente de aquel cuya salvaguarda fue específicamente encomendada a través de las competencias atribuidas al órgano actuante¹⁴."

Frente al punto, esta Sección ha dicho:

"En efecto, la desviación de poder, contemplada en el artículo 137 del CPACA como la "desviación de las atribuciones propias de quien los profirió", **es una causal de nulidad de los actos administrativos que se presenta: "cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia"**¹⁵.

Al respecto, la Sección Quinta mediante sentencia de octubre de 2013¹⁶ sostuvo **que la desviación de poder no sólo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el evento en el que "es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa"**¹⁷.

Así pues, existe desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley¹⁸".

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de junio veintiocho (28) de dos mil doce (2012). Expediente No. 27001233100020000033-01 (23361). M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Ver Sentencia C-456/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de 31 de octubre de 2013, radicado N° 11001-03-28-000-2012-00040-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁷ Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 7 de septiembre de 2015. Expediente 11001-03-28-000-2014-00066-00 M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

Atendiendo lo consagrado en la jurisprudencia precitada, emerge indubitable la inferencia que la desviación de poder se constituye como un vicio de nulidad en que se incurre al momento de expedirse un acto o decisión administrativa, cuando se ejerce la facultad otorgada para el efecto con fines y objetivos diferentes a los establecidos en la ley y la constitución, lo anterior, independientemente a que la motivación sea personal del funcionario que lo expidió o incluso dirigida a alcanzar fines de interés general.

5.2 De la Normatividad aplicable para el retiro del servicio de los agentes de la Policía Nacional.

Habiendo clarificado las características de los cargos de nulidad alegados por el extremo actor, sea pertinente acotar lo atinente al marco normativo aplicable para el retiro del servicio de los agentes de la Policía Nacional. En este orden, tiénese que el 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*" en sus artículos 62 y 55 numeral 6°, instituye:

ARTICULO 55. CAUSALES DE RETIRO El retiro se produce por las siguientes causales: (.....)

6. Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.

ARTICULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

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).

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

- *Paréntesis declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-253 de marzo 25 de 2003.*

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

Al unísono, la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, publicada en el diario Oficial de la misma fecha “*por medio del cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto el Decreto 1791 del 2000 y se dictan otras disposiciones*”, en sus artículos 1° al 4°, establece:

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

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

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

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

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

4. *Por llamamiento a calificar servicios.*

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

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

6. Por incapacidad académica.

Artículo 3º. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.

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.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

De las normas en cita, se puede colegir de manera diamantina, que entre las causales del retiro del personal del nivel oficial, ejecutivo, suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, se encuentra la de voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, previa recomendación de la Junta Asesora de Evaluación y Calificación correspondiente, y que para su procedencia, resulta menester se emita una previa recomendación por parte de la Junta de Evaluación y Calificación respectiva en tratándose de Directores de la dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamento de Policía y Directores de las Escuelas de Formación.

5.3 Caso Concreto

Advierte la Sala que el Agente WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, ingresó a la Policía Nacional en fecha del 11 de junio de 1990, en calidad de Agente Alumno y trabajó en la Institución hasta el 04 de enero de 2005 (fl.78), manteniendo su vinculación por más de 14 años, y desempeñando sus funciones en calidad de Agente, a la fecha en que se efectuó su retiro del servicio.

Se avista que el agente WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, fue retirado del servicio mediante Resolución No. 03443 del 31 de diciembre de 2004, la cual obra a folios 14, 32 y 33 del expediente, en la cual se invocaron las causales de retiro de los artículos 55 numeral 6° y 62 del Decreto 1791 de 2000 por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

Asimismo, se visualiza que con antelación a la emisión del acto de retiro del servicio del demandante, la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales para el Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, mediante Acta No. 015 del 29 de diciembre de 2004, recomendó el retiro del servicio activo por razones del servicio y en forma discrecional, del agente WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, tal como se puede corroborar en los folios 89 y 90 del plenario.

No siendo menos importante, se observa que el mismo día en que fue retirado del Servicio, el Juzgado Ciento Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, mediante providencia del 31 de diciembre de 2004 (fls.93 y 94) impartió decisión en el sentido

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

de inhibirse de iniciar acción penal en contra de varios policiales, entre los cuales se encuentra el aquí demandante, lo anterior, por cuanto el 9 de diciembre del 2005 los denunciados manifestaron que les había parecido el dinero que les hacía falta.

Decantado lo precedente, procede el Despacho a analizar si en efecto, existió una falsa motivación o desviación de poder por parte de la POLICÍA NACIONAL, al momento de proferir el acto administrativo demandado, para tales efectos, emerge potísima la necesidad de discurrir lo correspondiente a la Facultad Discrecional de la Policía Nacional para retirar miembros del Servicio Activa, la cual ha sido estudiada y desatada por el Consejo de Estado en el siguiente sentido:

Descendiendo al asunto objeto de tutela, el accionante argumenta que la autoridad judicial demandada debió aplicar las decisiones señaladas en el acápite de fundamentos de la acción de este fallo, pues en su sentir, dichas decisiones obligan a que la Policía Nacional motive los actos de desvinculación.

*La Corte Constitucional en sentencia SU-053 de 2015¹⁹, resaltó 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, si es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible, la cual se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación.***

La anterior posición fue reiterada en la sentencia SU-091 de 2016²⁰, en la que se mantuvo la posición de que motivación del acto de administrativo de destitución en ejercicio de la facultad discrecional, reposa en el concepto previo.

En relación con la desvinculación de integrantes de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, la Sección Segunda de esta Corporación, dijo en sentencia del 25 de noviembre de 2010:

"(...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenza a la comunidad (...)"

¹⁹ M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

Ahora bien, bajo tales presupuestos analizó el tribunal la incidencia del buen desempeño del miembro retirado, el cual no obsta para que la institución ejerza la facultad discrecional para desvincular a sus integrantes, previa recomendación de la Junta Asesora en el caso de los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para lo Suboficiales²¹.

Asimismo, se observa que mediante Junta de Evaluación y Clasificación N°. 013 de 13 de julio de 2005, se recomendó el retiro del actor, por lo que se cumple con el requisito establecido en el ordenamiento jurídico.

Pese a lo anterior, la autoridad judicial accionada estudió la hoja de vida y demás pruebas, bajo el argumento de que "es indispensable que el juez evalúe los elementos de prueba allegados al proceso, a efectos de establecer si es cierto o no que los fines que se buscaron con la expedición del acto de retiro fueron ajenos a los del buen servicio, como quiera que la falta de motivación del acto, per se, no da lugar a declarar su nulidad."

En vista de lo anterior, indicó que de la hoja de vida se le felicitó en varias ocasiones por su buen desempeño pero que también cuenta con una anotación negativa, por lo que sostuvo que "no solo es menester demostrar las excelentes calidades en el desempeño de la labor y que incluso pudieron llegar a condecoraciones, menciones de honor o cualquier otra expresión que enaltezca al servidor público, haciendo excepcionalmente valiosos sus servicios, sino también la presencia de situaciones irregulares en la decisión de retiro, lo que no ocurrió en este caso. "

En cuanto al normal o buen desempeño de los miembros de la Policía Nacional en sus cargos, la misma Sección Segunda de esta Corporación ha dicho:

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

²¹ Artículo 4º de la Ley 857 de 2003. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR 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

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

*En el caso de la Policía Nacional, como en el de otras instituciones de seguridad nacional, el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, que implican que los altos mandos puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, lo cual justifica que bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad el nominador pueda ejercer la facultad de libre remoción.*²²

En ese orden de ideas, la Sala afirma que aparte de la consideración de la hoja de vida del actor, en la que si bien, la gran mayoría, de anotaciones pudieron ser positivas, no es una garantía de estabilidad o inamovilidad del uniformado, puesto que, es lo mínimo esperado en su desempeño normal, es decir, que tenga un comportamiento ejemplar que no necesite alguna anotación negativa en su hoja de vida."

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

De conformidad a lo dispuesto en la sentencia precitada, se tiene entonces que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional, estrictamente no deben estar motivados en el sentido de mencionarse las razones por las cuales el órgano policivo tomó esa decisión, sin embargo, es completamente exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, es decir, el estándar de motivación justificante es exigible, en el entendido que se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación.

Dando continuidad al análisis respecto a la discrecionalidad de la Policía Nacional para retirar del servicio en forma voluntaria a un miembro de la institución, valga traer al presente asunto, el análisis realizado por la H. Corte Constitucional mediante sentencia de unificación 172 de 2015, con ponencia de la Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, que en lo pertinente, esbozó:

Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible

59. De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, rad. 2001-03004-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.

*Lo anterior, debido a que ambos entienden que **la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.***

60. Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápites atrás.

Por ello, 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 estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. 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.

Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

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.

61. A partir de los antecedentes y las consideraciones expuestas, procede esta Sala a efectuar el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencia judicial. De superarse, entrará al estudio de las causales de procedibilidad alegadas”

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

De conformidad al derrotero jurisprudencial hasta aquí discurrido, se tiene entonces que en las actas o los informes de evaluación debe quedar constancia de la realización de un examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. Además, en dicho examen, debe efectuarse un análisis de las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

Asimismo, en caso de que dicha documentación goce de reserva, mantendrán dicha condición, pero deberán ser puestos en conocimiento del afectado.

Puntualizado todo lo anterior, y descendiendo al fondo de la cuestión litigiosa, debe acotar esta Sala que, en lo relativo a la causal de nulidad por desviación de poder alegada por el extremo actor, contrario sensu a lo considerado por el A-quo, la

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

misma no se observa configurada en el sub-lite, habida consideración que no existe prueba que permita corroborar, que la decisión del retiro del agente WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, haya obedecido a fines ajenos al interés general como lo es, la prestación del servicio de seguridad y defensa, o que a su vez, se hubiere decidido desviando los fines públicos del ejercicio de las potestades administrativas de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

En efecto, el fallador estima que el retiro del demandante obedeció a la comisión de hechos delictivos, que se le imputaron al agente en hechos ocurridos el 05 de diciembre de 2004, de los cuales más adelante fue absuelto por no existir conducta delictiva, reprochable o irregular, teniendo en cuenta que los denunciantes, inclusive, retiraron la denuncia al encontrar en su vehículo particular los dineros aparentemente hurtados.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el Agente, para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de mismo año, gozaba de una evaluación final del desempeño policial del Agente, con puntaje de 1.196 como calificación, equivalente a "superior" (fls.16-17), afirma el juez de instancia que al ser la recomendación de retiro realizada el 29 de diciembre de 2004, días después de ocurridos los hechos y el retiro del servicio el 31 de diciembre de ese año, es decir, dos días después de la recomendación, para un total de veintiséis días entre la ocurrencia de los hechos (5 de diciembre de 2004) y la decisión del retiro del servicio (31 de diciembre de 2004), de ello se logra inferir, a su criterio, que el retiro del servicio del demandante, no obedeció a condiciones del mejoramiento del servicio sino a móviles oscuros, distintos a la facultad discrecional de la institución, siendo que el fin no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al plurimentado agente.

Sin embargo, lo cierto es que, del acto administrativo atacado en cotejo con las pruebas arribadas al expediente, no se puede colegir que el retiro hubiere obedecido en virtud de lo acaecido el 5 de diciembre de 2004 a la altura de la Y de Ciénaga (Magd.), por cuanto, no se entiende como, puede relacionarse una recomendación de retiro adiada 29 de diciembre de 2004 y el respectivo acto de retiro contenido en la Resolución No.03443 del 31 de diciembre de 2004, con el acontecimiento referido, cuando no existe acervo material que permita relacionar la facultad discrecional con el hecho materia de investigación disciplinaria e inclusive penal mencionado, cuando por ejemplo, reposa en la hoja de vida del demandante,

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

investigación disciplinaria por uso indebido de armas de fuego en el cual fue encontrado responsable (fls.102-114 del cuaderno de pruebas), además de investigación por dar lugar a justificadas quejas por parte de los ciudadanos por su comportamiento negligente o arbitrario dentro y fuera del servicio, en el cual fue encontrado responsable (fls.160-163 del cuaderno de pruebas), además de investigación por no permanecer disponible en su residencia para cualquier reacción o apoyo de orden dada para el personal casado donde fue hallado responsable (fls.188-190 del cuaderno de pruebas), circunstancias que de ninguna manera, -se itera- permiten concluir, como lo apreció el a-quo, que la expedición del acto de retiro aquí atacado, hubiere tenido su génesis sin lugar a hesitación alguna, a los hechos que se presentaron el 5 de diciembre de 2004, de los cuales ni siquiera se encontró responsable al demandante, cosa que sí sucedió, -se resalta- en los otros eventos.

Ahora bien, ello no sucede así en tratándose del estudio de la falsa motivación, pues se avista en el presente asunto que a folios 89 y 90 reposa copia del Acta No. 015 del 29 de diciembre de 2004, por medio de la cual la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, invocando los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000 y el artículo 5 numeral 3º de la Resolución de Delegación 0162 del 27022002, dispuso recomendar por razones del servicio y en forma discrecional, el retiro del servicio de la Policía Nacional, al señor WILSON ORLANDO OSPINA PÉREZ, entre otros.

No obstante lo anterior, no se logra avistar en las actas referidas, si quiera sumariamente, la constancia de que se hubiere realizado un examen riguroso al aquí demandante, en lo concerniente a su hoja de vida, el desempeño que hubiere logrado en la institución o cualquier otro elemento relacionado.

Contrario sensu, lo que se advierte es una abierta omisión a exposición de las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora del retiro del agente WILSON OSPINO PÉREZ, derivándose de ello la inferencia indefectible, de que se incurrió en una falsa motivación al momento de emitirse la Resolución No. 03443 de 2004, por cuanto, si bien se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben estar motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, lo cierto es que, tal como se ha

Demandante	WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	47-001-3331-002-2013-345-01

expuesto en líneas anteriores, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, por lo cual, al momento de omitirse dicho requisito, se presenta una inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública.

Así las cosas, para la Sala no hay lugar a vacilación alguna de que en el asunto bajo estudio, existió falsa motivación al emitirse la Resolución No.03443 del 31 de diciembre de 2004 por parte del Director General de la Policía Nacional, razón por la cual, debe proferirse decisión en el sentido de CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Marta, aunque, de acuerdo a las consideraciones expuestas en el presente proveído, tal como en efecto se hará constar más adelante en su parte resolutive.

5.4. Costas.

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes tanto en primera instancia (como lo pretende hacer ver el accionante), como en segunda, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

6. Decisión.

En mérito de las consideraciones expuestas el Tribunal Administrativo del Magdalena administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 30 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas.

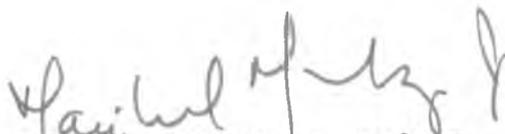
Demandante WILSON ORLANDO OSPINO PÉREZ
Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación 47-001-3331-002-2013-345-01

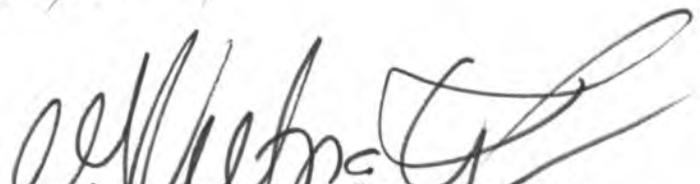
TERCERO: En firme esta decisión, envíese el expediente al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Marta para lo pertinente a su cargo.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada


MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada