

## **ACTO DE COMUNICACION - Difiere del acto definitivo / CURSO DE ASCENSO - Acto de comunicación y acto de retiro**

Debe advertirse que el oficio DIREH 3344 de 24 de octubre de 2000, es un simple acto de comunicación, no define nada, solamente informa al actor de la decisión tomada en la Junta de Coroneles, que lo convierte en un acto de trámite no susceptible de ser judicializado. En segundo lugar, los actos a que hace referencia la pretensión y que notifica el oficio citado, contienen para el actor y otros, la negativa del llamamiento a realizar el Curso Integral de Defensa Nacional "CIDENAL AÑO 2001", tomada por la Junta Pre Asesora y Asesora de Generales, sobre los cuales se construye el concepto de violación y se concretan en las Actas 001 y 487 de 23 de octubre de 2000, que para los efectos de las pretensiones se tornan en definitivos porque causan el perjuicio deprecado por el actor y un acto depende de la otra, es decir la asesora de la pre asesora, constituyéndose en un acto complejo. En tercer lugar, pareciera aunque no es claro, que las pretensiones buscan ligar las Actas de los Generales con el acto de retiro, que según el actor no se había producido al momento de la presentación de la demanda, sin embargo, debe la Sala resaltar varios aspectos sobre este tópico. Argumenta el demandante que a raíz de la no convocatoria al curso del "CIDENAL año 2001" presentó su solicitud de retiro del servicio como efectivamente se lee en el escrito cuando manifiesta "Motiva la presente solicitud, el que consideraciones diferentes a mi trayectoria profesional y condiciones personales o sociales, hayan influido para no ser postulado al grado superior de la jerarquía policial" Esta petición generó el Decreto 2546 de 4 de diciembre de 2000, por parte de la Presidencia de la República que retiró del servicio activo de la Policía Nacional, por solicitud propia, a partir del 15 de diciembre de 2000, entre otros al actor, el cual fue notificado personalmente al interesado el 18 de abril de 2001.

## **ADICION DE LA DEMANDA - Oportunidad para demandar el acto de aceptación del retiro voluntario / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO - Falta de demanda del acto final**

Se pueden derivar las siguientes conclusiones: existió un acto expreso que admitió su solicitud de retiro voluntario, acto que si bien fue expedido antes de la presentación de la demanda (26 de febrero de 2001) solo fue notificado el 18 de abril de 2001, fecha en la que no se había admitido aún la demanda lo cual se hizo el 9 de noviembre del mismo año, lo que significa de acuerdo al artículo 208 del C.C.A. que podía haber adicionado la demanda hasta el último día de la fijación en lista, si era su voluntad demandar; sin embargo no lo hizo, quedando este acto investido de la legalidad que le confiere su expedición. Es un acto con vida jurídica propia, independiente de las Actas que resolvieron sobre el curso CIDENAL, está sujeto a las reglas generales de los actos de carácter particular y concreto, susceptible de ser cuestionado dentro de los términos de caducidad señalados en el artículo 136 ídem y por las causales dispuestas en el art. 84 íbidem. Para rematar, si se lee textualmente lo señalado por el actor en las pretensiones respecto del acto de retiro se confirma lo expuesto, porque allí se indicó que se demandaban los actos de trámite o preparatorios del retiro del servicio, es decir, nunca se incluyó expresa ni tácitamente el acto final que resolviera ese asunto y la interpretación de la demanda no puede llegar hasta lo no escrito y sustentado. De manera que el estudio como bien lo resolvió el a quo, se centra en las Actas 001 y 487 de 23 de octubre de 2000, que son las que generan el un perjuicio al no ser llamado al curso del CIDENAL, porque en otras condiciones como por ejemplo cuando va ligado al retiro, estas actas no serían objeto de control judicial en tanto ofician como meros actos de trámite, por ende, es sobre ellas que se revisaran los cargos planteados y las pretensiones alusivas.

## **CURSO DE ASCENSO PARA GENERALES - Policía Nacional: Escogencia discrecional entre aspirantes con requisitos mínimos / CURSO DE ASCENSO EN LA POLICIA NACIONAL - Criterio de confianza para su escogencia**

El curso "CIDENAL", tal y como lo indica la sigla es un curso de defensa nacional, que busca capacitar a los futuros Generales de la Policía Nacional, sobre aspectos doctrinarios de la Seguridad y Defensa Nacionales, y orientar y actualizar a personalidades de alto nivel de la sociedad colombiana, sobre temas de seguridad y defensa nacionales, así como fortalecer los canales de comunicación e integración. Según se lee del acervo probatorio es un curso necesario para ascender en el escalafón de la carrera policial, en el caso puntual, a Brigadier General. Si bien es cierto que el actor fue recomendado por la junta de Generales de la República previo el estudio de su trayectoria, debemos considerar que de la misma forma fueron propuestos los demás Coroneles que también tenían opciones para ser seleccionados, es decir, todos reunían los requisitos necesarios para hacer parte del grupo de los que harían el curso de ascenso, quedando postergada únicamente la escogencia dentro de los aspirantes sugeridos, la elección de los candidatos que efectivamente harían el curso, escogencia respecto de la cual debe decirse que es de tipo discrecional y por tanto podía optarse libremente por cualquiera de los preseleccionados, sin que se entendiera que hubo un desconocimiento frente a los derechos de los no escogidos, pues se insiste, todos estaban en igualdad de condiciones al haber reunido los requisitos mínimos que finalmente son los únicos que exige la norma, para ser aspirantes. La escogencia del personal para este curso, prácticamente implica ascenso, de manera que el o los escogidos deben ser personas que además de sus méritos y condiciones personales, gocen de absoluta confianza de sus jefes y del gobierno, porque en sus manos seguramente estarán muchas decisiones y actuaciones de interés general.

## **DESVIACION DE PODER - Concepto. Prueba del elemento subjetivo / DESVIACION DE PODER - Inexistencia en curso de ascenso**

La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. La escogencia del personal para este curso, prácticamente implica ascenso, de manera que el o los escogidos deben ser personas que además de sus méritos y condiciones personales, gocen de absoluta confianza de sus jefes y del gobierno, porque en sus manos seguramente estarán muchas decisiones y actuaciones de interés general. La desviación de poder se enfocó principalmente en la prueba testimonial. Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar. El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento

del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad. Precisamente el verdadero móvil es lo que no se demuestra en el sub iudice, por tanto, no se desvirtúa la presunción de la facultad discrecional, lo que conduce a negar el cargo propuesto.

### **CURSO DE ASCENSO - Inexistencia de falsa motivación / FALSA MOTIVACION - Inexistencia en curso de ascenso**

FALSA MOTIVACIÓN, fundado en que en el DIREH 3344 y en el acta 487 de 23 de octubre de 2000, originada de la Junta de Generales de la Policía Nacional, se dijo equivocadamente que con base en el estudio de la trayectoria profesional no se llamaba entre otros aspirantes al demandante para adelantar el curso integral de Defensa Nacional "CIDENAL", cuando la misma junta lo había recomendado para el ascenso, justamente por su trayectoria profesional. Frente a este cargo debe anotar nuevamente la Sala que siendo este último paso de la selección una facultad discrecional de la Junta de Generales de la Policía Nacional, podían elegir a cualquiera de los aspirantes que estaban en igualdad de condiciones, al reunir todos ellos los requisitos mínimos para acceder al mencionado curso, únicamente obedeciendo al criterio del buen servicio. Bajo esta consideración, debe tenerse en cuenta que la mencionada Junta pudo haber sometido la elección a varias discusiones y ocasionalmente seleccionado a unos candidatos que en discusiones posteriores cambiaron, sin que se pueda entender que se había tomado una decisión oficial y definitiva. Observa la Sala que en el acervo probatorio consta que se realizó una reunión el 23 de octubre de 2000, en donde se hizo la elección de quienes iban a tomar el curso de ascenso, de la cual hubo una filtración de información que creó expectativas en el actor, pues en esta él figuraba como seleccionado para adelantar el mismo. Horas más tarde, hubo otra reunión en la que la elección inicial-según la declaración del Coronel Bejarano- fue cambiada excluyendo al actor; decisión que finalmente fue la adoptada y plasmada en el acta 487 de 23 de octubre de 2000 y comunicada al día siguiente (24 de octubre) mediante el DIREH 3344 que por demás es el acta oficial, suscrita por todos los asistentes dando fe de lo que allí se decidió. Es importante resaltar que al no haber quedado la elección de la primera reunión consignada en un acta, no se le puede dar el alcance de una decisión oficial y definitiva que evidencie la ilegalidad de lo ocurrido como lo manifiesta el actor, por el contrario, debe interpretarse como una reunión preliminar en la que hubo algunos seleccionados que luego mudaron los aires, lo cual no reviste ninguna ilegalidad ni desvirtúa que la Junta haya tomado esta decisión basados en el buen servicio.

### **CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS - Concepto**

Como conclusión general de lo hasta aquí expuesto, puede la Sala señalar que dentro del marco de las decisiones de la administración, existen algunas en las que la legalidad le entrega al órgano competente el ejercicio de una potestad que por las características particulares de la misma, representa lo que la doctrina denomina conceptos jurídicos indeterminados, que están directamente relacionados con la tipología de las facultades discrecionales pero atendiendo en verdad la naturaleza de la función que expresa una situación de mayor complejidad que se sitúa mas allá de la mera discrecionalidad, para dar paso a la clase de actos que acabamos de mencionar. Pues bien, el acto administrativo expedido en función de lo que ha de entenderse por concepto jurídico indeterminado representa la decisión de la administración como único referente de validez, lo que se concreta en la propia voluntad de la administración considerada

en si misma, de forma que su control es de contexto, esto es, por el entorno que presidió la decisión pero no por la decisión misma.

**ASCENSO A GENERALES DE LA POLICIA NACIONAL - Elemento de confianza y seguridad nacional que trasciende la simple facultad discrecional**

Conforme al artículo 218 Superior, la Carta Política diseña los cuerpos castrenses y de policía dentro de una estructura jerarquizada sometida a la jefatura institucional del Presidente de la República, lo cual impone elementos de confianza y seguridad nacional que combinados otorgan certidumbre a las políticas de gobierno en desarrollo, por esta circunstancia, la facultad para el ascenso dentro de los máximos cargos dentro de las instituciones políticas y militares, representa un tipo de acto cuya naturaleza es sustancialmente diferente a la simple facultad discrecional, atendiendo como se anotó, el conjunto de intereses que para la seguridad del estado encarna esta decisión y por consiguiente particulariza la modalidad de control que puede ejercer el juez administrativo en lo que corresponde al alcance de los análisis jurídicos que han de realizarse, no radicado en criterios de proporcionalidad y oportunidad, sino en el contexto de la decisión porque el acto así producido constituye la solución justa y correcta, que no es otra que aquella conforme con el interés descrito en la norma de la que fluye la atribución ejercida.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., noviembre veintiséis (26) de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2001-12161-01(0794-07)**

**Actor: JORGE ARMANDO MARTINEZ HERRERA**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor JORGE ARMANDO MARTÍNEZ HERRERA contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

**ANTECEDENTES**

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el demandante solicitó al Tribunal que se declarara la nulidad del oficio DIREH 3344 de octubre 24 de 2000, proferida por el Director de Recursos Humanos, Brigadier General Arnaldo José Sandoval Salamanca, que le informó la no selección para optar al ascenso al grado superior; así como la nulidad de los actos que se entiendan concomitantes con los de trámite o preparatorios del acto administrativo que decidirá sobre el retiro definitivo del demandante.

Igualmente solicita que se considere la situación más beneficiosa para él, ya sea la vigencia de la decisión inicial o la nulidad de la misma, originado en la Junta de Señores generales de la Policía Nacional; además que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la demandada a pagar toda clase de daños y perjuicios materiales y morales; el salario con sus aumentos desde el momento en el que él se hubiera beneficiado del ascenso, con todos los incrementos que el grado de Brigadier General le acarrearía; las bonificaciones, subsidios, primas, vacaciones, reivindicaciones de seguridad social y pensiones; y demás prestaciones que se causaren desde la fecha de desvinculación, que se diere como resultado y desarrollo del acto impugnado, y hasta la fecha en que reasuma su posición dentro del rango que para la época de la sentencia le corresponda.

Como **fundamentos de hecho**, manifestó que habiendo egresado de la Escuela de Policía General Santander ascendió al grado de subteniente el 05 de diciembre de 1973, de donde ascendió normalmente hasta el grado de Coronel el 01 de junio de 1997, sin haber sido sancionado, ocupando siempre los primeros lugares y realizando una serie de cursos de formación en el país y en el extranjero; al tiempo que obtuvo en reiteradas ocasiones una gran cantidad de condecoraciones y distintivos.

El 23 de octubre de 2000, luego de la evaluación de la Junta de Generales, resultó empatado en votos con el Coronel Alberto Ruiz García, a quien se prefirió para la realización del Curso Integral de Defensa Nacional que le

permitía ascender al grado de Brigadier General, aún teniendo inferiores condiciones curriculares y de puntaje, desconociendo lo establecido por el artículo 36 del C.C.A.

Pese a ser conocido su puntaje y curriculum frente al otro Coronel, al día siguiente se expide el DIREH 3344, en el que se afirma que previa evaluación de su trayectoria por unanimidad no había sido seleccionado para adelantar el mencionado curso.

El mismo 24 de octubre el Coronel Martínez Herrera presentó ante el Director Nacional de la Policía Nacional la solicitud de retiro formal de la institución, de la cual a la fecha de la demanda no hay respuesta.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Citó como transgredidos por el acto atacado los artículos 14, 21, 25, 29, 125, 209 y 220, entre otros de la Constitución Nacional; 36 y 47 del Código Contencioso Administrativo y las normas jurisprudenciales que regulan el acto administrativo.

Estimó que se atenta contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del actor, dentro de la carrera a la cual ha dedicado 30 años (Art. 14 C.N.), igualmente considera violada la garantía consagrada en el artículo 21 de la C.N., pues la honra en la ponderación del honor militar o policial adquiere connotaciones subjetivas particulares que fueron vulneradas.

Consideró que al haber alcanzado los merecimientos que le otorgan el derecho para ascender en el rango de una carrera, y no poderlo hacer por capricho o con base en consideraciones que riñen con la vida y tradiciones institucionales y por más que la decisión sea de tipo discrecional, se desconoció lo estipulado en los artículos 25 y 220 de la C.N.

Sostuvo que se desconoce administrativamente el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.N. cuando una decisión pareja en la votación, se dirime a favor de alguien que dista mucho de ostentar los méritos curriculares y profesionales del actor. Por otra parte, habiendo existido un empate en la votación

entre los coroneles, como se registró en lo medios de comunicación, no se entiende como el DIREH de 24 de octubre de 2000, dice que por unanimidad se tomó esta decisión.

Finalmente afirmó que esta conducta evidenció una desviación de poder que hace anulable la decisión tomada por la Policía Nacional, citó como apoyo de su afirmación doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado del ente demandado contestó oportunamente la demanda oponiéndose a sus pretensiones.

Sobre los hechos referentes a la vinculación y novedades durante su permanencia en la institución, manifestó que se atiene a lo probado en la hoja de vida del demandante.

Afirmó que seleccionar o no a un funcionario, cualquiera sea su cargo o grado, para la realización de un curso, es potestativo de la Dirección General y está limitado a los cupos disponibles, sin que de ninguna forma la exclusión del mismo se le pueda equiparar a un retiro, descalificación o sanción.

Frente a la pretensión de reconocimiento por los daños causados de tipo material y moral generados por la frustración en el ascenso de su carrera, precisó que no tiene sustento, pues todos los militares en determinado momento no son seleccionados para ciertos cursos, sin que esto quiera decir que se les está retirando, o que se les esté causando un daño moral o material.

Propuso como excepciones:

INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO, al considerar que no se ha dictado ningún acto administrativo que produzca efectos ni en favor ni en contra del actor, y la jurisdicción contencioso administrativa está hecha para juzgar o controlar la legalidad de los actos administrativos. Por el contrario pide el actor que se declare la nulidad de un acto que aún no se ha producido, es decir demanda un acto inexistente, respecto del cual se imagina va a existir.

FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, teniendo en cuenta que pide indemnización por daños y perjuicios materiales y morales, salarios y aumentos, cuando con la comunicación de no selección para adelantar un curso no se afecta nada de lo reclamado.

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES, por cuanto pide la nulidad del oficio que le comunica no haber sido seleccionado para adelantar un curso de ascenso y que se le indemnice y pague salarios propios de una relación laboral que no se está afectando. No es derivado lo uno de lo otro.

Considera además que los cargos propuestos por el actor son simples acusaciones, sin mayores argumentos y que por no estar debidamente probados, no deben ser atendidos.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante Sentencia de 24 de noviembre de 2006, decidió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que no podía hablarse de la existencia de un acto administrativo complejo entre el que determina la exclusión del actor del curso de ascenso y el que determina su retiro de la institución, por cuanto este último se da a petición expresa y voluntaria del actor. En consecuencia, la solicitud de nulidad con fundamento en las actas de evaluación no implica necesariamente la anulación del acto de retiro del servicio, que no fue demandado, y por tanto las pretensiones de restablecimiento del derecho expuestas en la demanda no tienen piso jurídico.

Siendo la desviación de poder la acusación central, se hacía necesario probar en forma fehaciente y contundente las finalidades u objetivos del emisor al proferir el acto impugnado, para verificar si los mismos consultan el interés general o el buen servicio, lo cual no se pudo concluir de las pruebas documentales, ni de los testimonios, que no son coincidentes.

Consideró el *ad quo* que pese haber un testimonio que se puede tener como indicio a favor de las aspiraciones de la demanda, no es plena prueba de la desviación de poder y por tanto le dio mayor credibilidad a las versiones de



los dos Generales que participaron directamente en la junta de evaluación, que afirmaron no haber tenido ningún tipo de presión.

## **RECURSO**

El apoderado de la demandante apela la Sentencia de primera instancia, para que se revoque y, en su lugar, se acceda a las nulidades y condenas contenidas en la demanda.

Frente a la consideración de insuficiencia del testimonio rendido por el testigo Bejarano Chávez para deducir el desvío del poder, en tanto que solo puede ser tenido como indicio, afirmó que dado que la desviación de poder se origina en una decisión muy íntima y subjetiva del administrador del Estado, resulta bastante difícil encontrar una prueba directa de tal vicio, y es por eso que la jurisprudencia admite construir la prueba necesaria a través de indicios.

Acusa que el fallador no realizó un análisis comparativo entre las hojas de vida de los Coroneles Martínez Herrera y Sánchez García, a pesar de que la este último se solicitó reiteradamente por considerarse fundamental para tomar una decisión.

Respecto de la indeterminación de los actos acusados que afirma el tribunal, manifestó que se adhiere a la posición del Magistrado Carlos A. Pinzón Barreto, que fundamenta en estricto derecho y mira más a lo sustancial que a lo procedimental, principio que debe regir en toda clase de decisiones judiciales y administrativas, sin aceptar con esto que no se hayan determinado los actos demandados.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **De la parte demandante**

Insiste en que la decisión de solicitar la baja no fue unilateral, libre ni voluntaria como se pretende hacer ver, sino que deviene de la relación de causalidad existente entre la determinación de no llamar al demandante a realizar

el curso de ascenso y la consecuencia que ello conlleva dentro de la línea de mando y la institución misma.

Alega que la decisión no se produjo en aras de la finalidad que realmente persigue la norma, que es la de llamar a quien tiene las más altas calificaciones, mérito y trayectoria, sino que obedeció a la satisfacción de otros intereses que jurisprudencial y doctrinalmente se conocen como los motivos ocultos.

Concluye que ninguno de los testimonios fue tachado de falso y pide se tenga en cuenta que estas declaraciones son prueba solemne y no constituyen indicios propiamente dichos, pero que si se tuvieran por tales no son descartables y merecen una valoración dentro de la sana crítica.

### **De la parte demandada**

Insiste en que el llamar a un funcionario cualquiera que sea su cargo o grado a hacer o no un curso, es potestativo de la Junta de Generales de la Policía Nacional y no es equiparable al retiro, descalificación ni mucho menos una sanción.

Afirma que el Coronel Martínez Herrera tomó la decisión voluntaria de pedir su solicitud de retiro, cuando el sabía que podía haberse esperado al siguiente llamamiento para la próxima elección de Coroneles a curso de CIDENAL.

Concluye afirmando que la prueba testimonial recaudada en el Tribunal no aporta nada relevante al proceso, pues se limita a ratificar las excelentes calidades del demandante, que nunca se han puesto en duda.

El representante del Ministerio Público no hizo ningún pronunciamiento.

## **CONSIDERACIONES**

### ***Cuestión previa***

Previo al análisis de fondo es necesario revisar y definir claramente los actos demandados. Textualmente se señaló en el acápite de las pretensiones respecto de los actos demandados lo siguiente:

***“PRIMERA.** Que por tratarse de “actos viciados” , primero que todo se declare la nulidad de aquellos que notifica el DIREH 3344 de octubre 24 de 2000, los mismos que por sus características y contenido son concomitantes con los de trámite o preparatorios del Acto Administrativo que con respecto al retiro definitivo del señor coronel aún no se ha producido.*

*Se impetra la presente acción de nulidad por cuanto la actuación, que dentro de la Policía Nacional tiene vigencia administrativa desde su expedición y notificación (octubre 24 de 2000) resulta manifiestamente violatoria de los derechos de mi mandante, y por tanto abiertamente contraria a la constitución, a la ley, y puntualmente a la jurisprudencia referida a los elementos formales constitutivos del acto administrativo y a los decretos reglamentarios.*

***SEGUNDA.** Que igualmente se revise, y si es del caso y en cuanto a mi poderdante le resulte benéfico se de paso a la vigencia de la decisión inicial, y en cuanto le perjudique se declare la revocatoria y o nulidad, del otro acto preparatorio o de trámite originado en la Junta de los Señores Generales de la Policía Nacional a que se refiere la mentada comunicación del 24 de octubre. Todo ello por cuanto los resultados presentes a todas luces resultan excluyentes y violatorios del ordenamiento institucional en general y particularmente del procedimiento contencioso administrativo.*

La sola lectura del petitum advierte la necesidad de interpretar las pretensiones dada su falta de técnica y claridad, ya que demanda la nulidad y/o revocatoria de algunos actos derivados de una notificación, de unos preparatorios o de trámite y de otros que no se han producido y sobre los cuales le deja la potestad al juez para que decida según la conveniencia del actor.

Ante esta diversidad e indefinición que desafortunadamente dejó avanzar el juez colegiado, debe acudir al concepto de violación expuesto en el libelo para concretarlos y direccionar la decisión del recurso, privilegiando así el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el acceso a la administración de justicia.

En primer lugar, debe advertirse que el oficio DIREH 3344 de 24 de octubre de 2000 (fl.2), es un simple acto de comunicación, no define nada, solamente informa al actor de la decisión tomada en la Junta de Coroneles, que lo convierte en un acto de trámite no susceptible de ser judicializado.

En segundo lugar, los actos a que hace referencia la pretensión y que notifica el oficio citado, contienen para el coronel Jorge Armando Martínez y otros, la negativa del llamamiento a realizar el Curso Integral de Defensa Nacional "CIDENAL AÑO 2001", tomada por la Junta Pre Asesora y Asesora de Generales, sobre los cuales se construye el concepto de violación y se concretan en las Actas 001 y 487 de 23 de octubre de 2000, que para los efectos de las pretensiones se tornan en definitivos porque causan el perjuicio deprecado por el actor y un acta depende de la otra, es decir la asesora de la pre asesora, constituyéndose en un acto complejo.

En tercer lugar, pareciera aunque no es claro, que las pretensiones buscan ligar las Actas de los Generales con el acto de retiro, que según el actor no se había producido al momento de la presentación de la demanda, sin embargo, debe la Sala resaltar varios aspectos sobre este tópico.

Argumenta el demandante que a raíz de la no convocatoria al curso del "CIDENAL año 2001" presentó su solicitud de retiro del servicio como efectivamente se lee en el escrito visible al folio 7 del cuaderno principal cuando manifiesta *"Motiva la presente solicitud, el que consideraciones diferentes a mi trayectoria profesional y condiciones personales o sociales, hayan influido para no ser postulado al grado superior de la jerarquía policial"*

Esta petición generó el Decreto 2546 de 4 de diciembre de 2000 (fl. 128), por parte de la Presidencia de la República que retiró del servicio activo de la Policía Nacional, por solicitud propia, a partir del 15 de diciembre de 2000, entre otros al coronel Jorge Armando Martínez Herrera, el cual fue notificado personalmente al interesado el 18 de abril de 2001 (fl. 129).

De aquí se pueden derivar las siguientes conclusiones: existió un acto expreso que admitió su solicitud de retiro voluntario, acto que si bien fue expedido antes de la presentación de la demanda (26 de febrero de 2001) solo fue notificado el 18 de abril de 2001 (fl. 129), fecha en la que no se había admitido aún

la demanda lo cual se hizo el 9 de noviembre del mismo año (fl. 49), lo que significa de acuerdo al artículo 208 del C.C.A. que podía haber adicionado la demanda hasta el último día de la fijación en lista, si era su voluntad demandar; sin embargo no lo hizo, quedando este acto investido de la legalidad que le confiere su expedición. Es un acto con vida jurídica propia, independiente de las Actas que resolvieron sobre el curso CIDENAL, está sujeto a las reglas generales de los actos de carácter particular y concreto, susceptible de ser cuestionado dentro de los términos de caducidad señalados en el artículo 136 ídem y por las causales dispuestas en el art. 84 íbidem.

Para rematar, si se lee textualmente lo señalado por el actor en las pretensiones respecto del acto de retiro se confirma lo expuesto, porque allí se indicó que se demandaban los actos de trámite o preparatorios del retiro del servicio, es decir, nunca se incluyó expresa ni tácitamente el acto final que resolviera ese asunto y la interpretación de la demanda no puede llegar hasta lo no escrito y sustentado.

De manera que el estudio como bien lo resolvió el a quo, se centra en las Actas 001 y 487 de 23 de octubre de 2000, que son las que generan el un perjuicio al no ser llamado al curso del CIDENAL, porque en otras condiciones como por ejemplo cuando va ligado al retiro, estas actas no serían objeto de control judicial en tanto ofician como meros actos de trámite, por ende, es sobre ellas que se revisaran los cargos planteados y las pretensiones alusivas.

### ***Problema jurídico***

Se trata entonces de definir, si con la decisión de la Junta de Generales de la Policía Nacional de no Seleccionar al demandante para la realización del curso "CIDENAL año 2001", se obró en derecho, o por el contrario, se incurrió en los cargos de desviación de poder y falsa motivación, fundando los perjuicios que ahora depreca el demandante.

Para resolverlo se revisará el sustento jurídico dentro del cual se tomó la decisión demandada junto con las pruebas allegadas, en conexidad con las razones de impugnación del accionante.

### ***Normas aplicables***

La naturaleza jurídica de la Policía Nacional como institución emerge del artículo 218 de la Constitución, cuyo carácter civil tiene como objetivo *“el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”*(C.P art. 218).

En desarrollo de la citada norma constitucional el legislador extraordinario expidió los decretos 1790 y 1791 de 2000 que contienen respectivamente, el régimen de carrera y la definición del mismo. Allí se reguló por ejemplo en relación con el tema de interés, la competencia para evaluar la trayectoria profesional del personal para ascenso, las funciones de las juntas asesoras, entre muchas otras. En este contexto según se deriva de las normas y de las declaraciones de los generales, la junta pre asesora (que es la Junta de Generales) vota por los coroneles que van a realizar los diferentes cursos, de una preselección que han hecho 3 generales, decisión de la cual queda constancia en un acta, que se lleva a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional que podría modificarla o confirmarla.

El curso “CIDENAL”, tal y como lo indica la sigla es un curso de defensa nacional, que busca capacitar a los futuros Generales de la Policía Nacional, sobre aspectos doctrinarios de la Seguridad y Defensa Nacionales, y orientar y actualizar a personalidades de alto nivel de la sociedad colombiana, sobre temas de seguridad y defensa nacionales, así como fortalecer los canales de comunicación e integración<sup>1</sup>.

Según se lee del acervo probatorio es un curso necesario para ascender en el escalafón de la carrera policial, en el caso puntual, a Brigadier General.

El actor señala que su no convocatoria al curso se debió no al buen servicio, ni al interés general sino a presiones externas, concretamente a la intervención que hizo el Coronel Royne Chávez, quien se desempeñaba como Jefe de Seguridad del Presidente de la época, Andrés Pastrana Arango. Para demostrar esta afirmación que es el punto central del cargo principal de desviación de poder, se allegaron las siguientes pruebas que son relevantes para resolver el conflicto:

---

<sup>1</sup> Página de Internet de la Escuela Superior de Guerra

- Los actos acusados: Actas 001 y 487 de 23 de octubre de 2000 y la comunicación DIREJ 3344 de 23 de octubre del mismo año.
- Acta # 488 de 15 de noviembre de 2000, en donde el Director General de la Policía Nacional presenta al Ministro de Defensa Nacional y a los demás miembros de la Junta Asesora, las solicitudes de retiro en donde se encuentra el nombre del coronel Jorge Armando Martínez Herrera (fl. 141, 268).
- Decreto 2546 de 4 de diciembre de 2000 “*Por el cual se retira del servicio activo a un personal de oficiales de la Policía Nacional*”, con su notificación personal (fl. 128 y 129)
- Hoja de vida del demandante y resumen de la hoja de vida del coronel José Laureano Sánchez Guerrero.
- Testimoniales de: Luis Ernesto Gilibert Vargas, Victor Manuel Páez Guerra, Rafael Pardo Cortés, Edgar Guillermo Bejarano Chávez.

### ***Cargos propuestos***

***DESVIACIÓN DE PODER***, fundado en que teniendo los merecimientos que le otorga el derecho para ascender en el rango de su carrera, este no se dio con base en consideraciones que riñen con la vida y tradiciones institucionales, desconociendo los merecimientos curriculares. Se violó administrativamente el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues una decisión pareja en la votación se dirimió en favor de quien dista mucho de ostentar los méritos profesionales y curriculares del actor.

Frente a este cargo debe precisar la sala que no se logra demostrar en el *sub lite* la existencia de una verdadera desviación de poder en la expedición del acto administrativo que excluye al demandante de los seleccionados para adelantar el curso de ascenso.

Si bien es cierto que el actor fue recomendado por la junta de Generales de la República previo el estudio de su trayectoria, debemos considerar que de la misma forma fueron propuestos los demás Coroneles que también tenían opciones para ser seleccionados, es decir, todos reunían los requisitos necesarios para hacer parte del grupo de los que harían el curso de ascenso,

quedando postergada únicamente la escogencia dentro de los aspirantes sugeridos, la elección de los candidatos que efectivamente harían el curso, escogencia respecto de la cual debe decirse que es de tipo discrecional y por tanto podía optarse libremente por cualquiera de los preseleccionados, sin que se entendiera que hubo un desconocimiento frente a los derechos de los no escogidos, pues se insiste, todos estaban en igualdad de condiciones al haber reunido los requisitos mínimos que finalmente son los únicos que exige la norma, para ser aspirantes.

Ahora bien, la escogencia del personal para este curso, prácticamente implica ascenso, de manera que el o los escogidos deben ser personas que además de sus méritos y condiciones personales, gocen de absoluta confianza de sus jefes y del gobierno, porque en sus manos seguramente estarán muchas decisiones y actuaciones de interés general.

La desviación de poder se enfocó principalmente en la prueba testimonial. Se recibió por ejemplo la declaración del Director de la Policía para la época, General Luis Ernesto Gilibert Vargas (fls. 110-114) que confirmó que el actor fue recomendado por la Junta de Generales como una persona que por su trayectoria podía adelantar el curso y posteriormente ascender a Brigadier General. Señaló que en el caso del Coronel Martínez Herrera rodó la información que se habían recibido presiones del Palacio a través del jefe de Seguridad del Presidente, Coronel Royne Chávez, sin embargo, él afirma que personalmente no fue presionado y que solo se encontraban en el plano de las elucubraciones.

Similar declaración hace el General Víctor Manuel Páez Guerra (fl. 193) sobre las circunstancias que rodearon la selección para el curso CIDENAL 2001, no obstante remite al juez a recibir la declaración del Coronel Edgar Guillermo Bejarano Chávez, de quien informa era el secretario privado del Director de la Policía y quien podía tener mayor información, porque sabe quien lo llamaba, quien lo preguntaba, era el jefe de los escoltas, etc.

El Coronel Edgar Guillermo Bejarano Chávez (fl. 210-223): en extensa declaración narra los acontecimientos que se generaron alrededor de las elecciones de generales para el curso CIDENAL.



*“...una vez reunidos los Generales para el contenido de la convocatoria después de 2 horas o 3 de deliberación se da por concluida la reunión de que estamos hablando, en este momento salen los Generales asistentes a dicha junta al Despacho del Secretario Privado, que era el paso obligado para acceder al sitio de reunión y todas las personas teníamos la curiosidad inmediata de saber quienes habían sido llamados a curso cidenal, como preámbulo para acceder a Brigadier General, inmediatamente entré al Despacho del Director General para preguntarle como había quedado la selección y me enteré ahí que había sido llamado el Coronel Jorge Armando Martínez Herrera, comentario que ya se estaba manejando en el espacio de mi despacho, por las pláticas que ejercían los Generales que minutos antes habían salido de la reunión y quiero manifestarle al Despacho en este momento bajo el juramento de la verdad que recibí una llamada del secretario de Seguridad Presidencial el Coronel Royne Elías Chávez García donde me indagó quienes habían sido los escogidos y yo le manifesté vía telefónica como dije anteriormente, que los Coroneles Ruíz García y Jorge Armando Martínez Herrera, el Coronel Royne Elías Chávez García me manifestó, que le dijera al General Gilibert que trancara esa decisión porque el señor Presidente de la República se iba a molestar, ya que no había sido llamado el Coronel Sánchez Guerrero José Laureano, que ellos en Palacio no estaban de acuerdo con que el coronel Martínez Herrera hubiera sido llamado, 10 o 15 minutos después de mi conversación telefónica con el Coronel Royne Elías Chávez García se llama a una nueva reunión si se le puede llamar así, entre los Generales que horas antes habían asistido a la Junta convocada con anterioridad para efectos de calificar los Coroneles que en el año 2000 debían ser llamados al curso de cidenal, posterior a esta nueva reunión si así se le puede llamar se supo, que había sido excluido el Coronel Martínez Herrera Jorge armando, y en su defecto llamado el Coronel Sánchez Guerrero José Laureano...”*

*“...le ruego al Despacho que me interroge hasta la saciedad porque estoy hábido (sic) de la verdad y de pronto en mis palabras me he quedado corto, para transmitirle al competente lo que sé sobre los hechos que se me interrogan en este Despacho y digo lo anterior porque me considero ser testigo directo de estos eventos y que de verdad me duele que haya sucedido en el seno de la institución”*

Asevera que se causo mucho malestar y que expresamente el General Trujillo Polanco Ismael, lo hizo abiertamente, los demás comentarios

fueron hechos en voz baja, porque les pesaba profundamente que las decisiones de trascendencia en la institución se estuvieran manejando con influencias políticas,....”*pero como estamos en una institución disciplinada y jerarquizada, donde no se puede deliberar sino referirse únicamente a asuntos del servicio, y por las implicaciones gravosas que puede traer un comentario que no guste a los oídos del superior los miembros uniformados de la institución policial, se abstienen de hacer los comentarios pertinentes a la verdad, en aras de evitar futuras represalias”*

Esta declaración lo mismo que la de los Generales aportan elementos importantes en el proceso. De ellas se puede deducir:

- Que efectivamente el Coronel Martínez Herrera fue preseleccionado en el estudio previo que hicieron los tres generales y sobre su nombre se votó en la Junta pre asesora.
- Que se dio cumplimiento al procedimiento señalado por el art. 22 del Decreto 1791 de 2000, que asigna la competencia a la Junta de Generales, respecto de la valoración y de ello es prueba el Acta 001/00.
- Que no hubo presión cierta y demostrable del Jefe de Seguridad de Palacio, al menos sobre los generales que declararon.
- Que si hubo intervención del Coronel Royne Chávez, de lo cual solo hay comentario de los rumores por parte de los generales y afirmación por el Coronel Bejarano, su intervención estaría dentro de los parámetros de la discrecionalidad, habida cuenta que tal y como lo manifiesta el mismo declarante, “...*el señor Presidente de la República se iba a molestar...*”, porque finalmente el Presidente es el Jefe de las Fuerzas Armadas y de Policía. La decisión de la Junta Pre asesora, podía ser modificada por la Junta Asesora que preside el Ministro de Defensa, por ser discrecional.

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la

buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

Precisamente el verdadero móvil es lo que no se demuestra en el sub iudice, por tanto, no se desvirtúa la presunción de la facultad discrecional, lo que conduce a negar el cargo propuesto.

Por último, respecto de la violación del artículo 29 Superior, por haberse decidido el empate entre el demandante y el Coronel que finalmente fue seleccionado en favor de este último pese tener mejores méritos profesionales y curriculares, observa la sala que no obra dentro del expediente constancia idónea de dicho empate, que por demás, de haber existido, debe volverse a la presunción del buen servicio en la facultad discrecional, que como se dijo precedentemente no fue desvirtuada.

**FALSA MOTIVACIÓN**, fundado en que en el DIREH 3344 y en el acta 487 de 23 de octubre de 2000, originada de la Junta de Generales de la Policía Nacional, se dijo equivocadamente que con base en el estudio de la trayectoria profesional no se llamaba entre otros aspirantes al demandante para adelantar el curso integral de Defensa Nacional "CIDENAL", cuando la misma junta lo había recomendado para el ascenso, justamente por su trayectoria profesional.

Frente a este cargo debe anotar nuevamente la Sala que siendo este último paso de la selección una facultad discrecional de la Junta de Generales de

la Policía Nacional, podían elegir a cualquiera de los aspirantes que estaban en igualdad de condiciones, al reunir todos ellos los requisitos mínimos para acceder al mencionado curso, únicamente obedeciendo al criterio del buen servicio.

Bajo esta consideración, debe tenerse en cuenta que la mencionada Junta pudo haber sometido la elección a varias discusiones y ocasionalmente seleccionado a unos candidatos que en discusiones posteriores cambiaron, sin que se pueda entender que se había tomado una decisión oficial y definitiva.

Observa la Sala que en el acervo probatorio consta que se realizó una reunión el 23 de octubre de 2000, en donde se hizo la elección de quienes iban a tomar el curso de ascenso, de la cual hubo una filtración de información que creó expectativas en el actor, pues en esta él figuraba como seleccionado para adelantar el mismo. Horas más tarde, hubo otra reunión en la que la elección inicial-según la declaración del Coronel Bejarano- fue cambiada excluyendo al actor; decisión que finalmente fue la adoptada y plasmada en el acta 487 de 23 de octubre de 2000 (fl. 338) y comunicada al día siguiente (24 de octubre) mediante el DIREH 3344 (fl. 2) que por demás es el acta oficial, suscrita por todos los asistentes dando fe de lo que allí se decidió.

Es importante resaltar que al no haber quedado la elección de la primera reunión consignada en un acta, no se le puede dar el alcance de una decisión oficial y definitiva que evidencie la ilegalidad de lo ocurrido como lo manifiesta el actor, por el contrario, debe interpretarse como una reunión preliminar en la que hubo algunos seleccionados que luego mudaron los aires, lo cual no reviste ninguna ilegalidad ni desvirtúa que la Junta haya tomado esta decisión basados en el buen servicio.

Como conclusión general de lo hasta aquí expuesto, puede la Sala señalar que dentro del marco de las decisiones de la administración, existen algunas en las que la legalidad le entrega al órgano competente el ejercicio de una potestad que por las características particulares de la misma, representa lo que la doctrina denomina conceptos jurídicos indeterminados, que están directamente relacionados con la tipología de las facultades discrecionales pero atendiendo en verdad la naturaleza de la función que expresa una situación de mayor complejidad que se sitúa mas allá de la mera discrecionalidad, para dar paso a la clase de actos que acabamos de mencionar.

Pues bien, el acto administrativo expedido en función de lo que ha de entenderse por concepto jurídico indeterminado representa la decisión de la administración como único referente de validez, lo que se concreta en la propia voluntad de la administración considerada en si misma, de forma que su control es de contexto, esto es, por el entorno que presidió la decisión pero no por la decisión misma.

Lo anterior es así, porque conforme al artículo 218 Superior, la Carta Política diseña los cuerpos castrenses y de policía dentro de una estructura jerarquizada sometida a la jefatura institucional del Presidente de la República, lo cual impone elementos de confianza y seguridad nacional que combinados otorgan certidumbre a las políticas de gobierno en desarrollo, por esta circunstancia, la facultad para el ascenso dentro de los máximos cargos dentro de las instituciones políticas y militares, representa un tipo de acto cuya naturaleza es sustancialmente diferente a la simple facultad discrecional, atendiendo como se anotó, el conjunto de intereses que para la seguridad del estado encarna esta decisión y por consiguiente particulariza la modalidad de control que puede ejercer el juez administrativo en lo que corresponde al alcance de los análisis jurídicos que han de realizarse, no radicado en criterios de proporcionalidad y oportunidad, sino en el contexto de la decisión porque el acto así producido constituye la solución justa y correcta, que no es otra que aquella conforme con el interés descrito en la norma de la que fluye la atribución ejercida.

De manera que, fuerza concluir que los actos acusados se ajustan a derecho, por tanto las súplicas de la demanda no habrán de prosperar y en consecuencia, el proveído apelado será confirmado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A :**

**CONFÍRMESE** la sentencia de 24 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso iniciado por el señor Jorge Armando Martínez Herrera, que negó las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.**

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
**Impedido**