

SU091-16

Sentencia SU091/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado u otros mandatos de orden superior.

PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL-Estricto acatamiento del precedente judicial cuando se trata de jurisprudencia constitucional

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Formas como puede ser desconocido

Se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS

MILITARES-Marco normativo

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES-Diferencias

El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro. A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro.

RETIRO DISCRECIONAL O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA-Alcance y finalidad

El retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad

con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.

RETIRO DISCRECIONAL O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Motivación del acto administrativo

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Es la forma natural de terminación del servicio activo en la institución

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Características

El retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: (i) la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; (ii) esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; (iii) la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; (iv) el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; (v) existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; (vi) es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera

dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Requisitos

Para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes. Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Finalidad

El llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Sólo procede cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Precisión jurisprudencial respecto a que no requiere motivación, siempre y cuando reúna requisitos

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-No requiere motivación adicional del acto

No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

CONTROL JUDICIAL POSTERIOR A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Carga de la prueba por afectado con el retiro

Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes. En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

FACULTAD DISCRECIONAL PARA EL RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Las razones del retiro deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas y motivadas

RATIO DECIDENDI EN SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Fuerza y valor de precedente/SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Carácter obligatorio

En sentencia C-539/11 se reiteró la regla sobre el valor normativo del precedente jurisprudencial de los jueces en Colombia, consistente en que si bien los precedentes de las Altas Cortes son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país. En esta medida dicho precedente constituye una fuente obligatoria de derecho.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto causal de retiro “llamamiento a calificar servicios” no requiere motivación expresa

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente constitucional en materia de necesidad de motivación del acto de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía

Referencia: expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.

Acciones de Tutela instauradas por el Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo del Meta; Larry Humberto Reyes Rincón contra el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, SECC Segunda Subsección F, Sala de Descongestión; Luis Arturo Salazar Velazco contra el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural; Alexander Tejeiro Torres contra el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila.

Tema: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; tercero, las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; cuarto, el defecto por desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma; quinto, las diferencias existentes entre las causales denominadas llamamiento a calificar servicios, retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y Retiro Discrecional en las Fuerzas Militares; sexto, la posición de la Corte Constitucional frente a las causales denominadas retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección

General, séptimo, precisión de la jurisprudencia frente a la causal denominada retiro por llamamiento a calificar servicios.

Problema jurídico: corresponde a la Sala Plena de esta Corporación establecer si los Despachos Judiciales accionados vulneraron los derechos fundamentales invocados por los peticionarios, al no aplicar a juicio de los tutelantes el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Derechos Fundamentales invocados: Debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia que le ha sido concedida por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y por el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado que concedió la protección del derecho fundamental al debido proceso, en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor Luis Alfonso Zarate Patiño, actuando en representación del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo del Meta; (ii) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la protección de los derechos fundamentales en el trámite de la acción de tutela iniciada por Larry Humberto Reyes Rincón contra el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del

Circuito de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección F, Sala de Descongestión; (iii) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que negó la protección de los derechos fundamentales en el trámite de la acción de tutela incoada por Luis Arturo Salazar Velazco contra el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño Sala Segunda de decisión del sistema escritural y; (iv) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que negó la protección de los derechos fundamentales en el trámite de la acción de tutela incoada por Alexander Tejeiro Torres contra el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila.

Los expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia relacionada con el retiro de miembros de la Fuerza Pública por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o voluntad del Gobierno Nacional o la Dirección General, mediante auto del día once (11) de junio de dos mil quince (2015) proferido por la Sala de Selección número Seis (6) de la Corte Constitucional, para ser fallados en una sola sentencia.

Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 A del Acuerdo 05 de 1992, “Por el cual se adopta el reglamento de la Corte Constitucional” y, en razón de la trascendencia del problema jurídico debatido en los asuntos de la referencia, la Sala Plena de esta Corporación decidió en sesión del diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015), asumir el conocimiento de los expedientes de la referencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y las decisiones judiciales adoptadas en cada uno de los expedientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. EXPEDIENTE T-4.862.375.

1.1.1. Solicitud.

El señor Luis Alfonso Zarate Patiño, actuando en representación de la Nación-Ministerio de Defensa -Policía Nacional, solicita ante el juez de tutela el amparo del derecho fundamental al debido proceso, por la supuesta configuración de una vía de hecho en el fallo emitido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Meta, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Libardo Morales Lagos en contra de la entidad hoy accionante. En consecuencia, pide se deje sin efectos el fallo proferido el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014) por el despacho accionado. Dicha solicitud se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1.2. Hechos y argumentos de derecho.

1.1.2.1. Señala el actor que la presente acción de tutela resulta procedente en cuanto reviste de relevancia constitucional, ya que el fallo atacado, además de ser vulneratorio de derechos fundamentales, fija una posición con el fin de unificar jurisprudencia respecto de la aplicación de la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicios”.

1.1.2.2. Asegura que debido a la expedición del acto administrativo No 991 del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), el señor Libardo Morales Lagos por medio de apoderado judicial instauro demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del hoy accionante, por considerar que dicho acto administrativo que ordenaba su retiro por la causal denominada “llamamiento a calificar servicios”, no había sido motivado.

1.1.2.3. Expresa que en ejercicio de su derecho a la defensa, la Policía Nacional afirmó que el acto administrativo por medio del cual se ordenaba el retiro del señor Morales Lagos, se encontraba amparado por la presunción de legalidad, pues se expidió con base en la normativa aplicable al caso concreto.

1.1.2.4. Asevera que se dió cumplimiento al proceso establecido para la expedición de este tipo de actos administrativos, puesto que la ley establece que para que el retiro pueda ser efectuado, debe existir recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa la cual en el caso concreto, existía al momento de la expedición del documento.

1.1.2.5. Manifiesta que el proceso le correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Administrativo del Meta, quien mediante providencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013), negó las pretensiones bajo el argumento de que dichos actos administrativos no requieren ser motivados, puesto que se presumen inspirados en el mejoramiento del servicio, toda vez que se expiden en ejercicio de la facultad discrecional. Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso el recurso de apelación oportunamente.

1.1.2.6. El Tribunal Administrativo del Meta conoció del asunto en segunda instancia y mediante fallo del veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), revocó el fallo del a quo y decretó la nulidad del acto de retiro del señor Libardo Morales Lagos.

1.1.2.7. Indica que el señor Morales Lagos fue retirado de la institución porque laboró por veinticuatro (24) años y cinco (5) meses, tiempo de servicio que lo hace acreedor de la asignación de retiro. En este sentido, se tiene que la causal de “llamamiento a calificar servicios” tiene un único requisito, referente al cumplimiento de 15 años o más de servicio, exigencia presentada en el presente caso.

1.1.2.8. Expresa que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha establecido que la idoneidad y la alta calidad del servicio del funcionario retirado no generan un fuero de estabilidad ni limitan la facultad discrecional del nominador, ya que es la regla general que el funcionario realice las actividades de manera idónea.

1.1.2.9. En este orden de ideas, afirma que conforme a dicha jurisprudencia el llamamiento a calificar servicios no es una sanción, sino una herramienta propia de la naturaleza jerárquica de la Fuerza Pública, cuya finalidad es la de mantener el orden y garantizar la calidad en la prestación del servicio.

1.1.2.10. Asegura que en el fallo de segunda instancia no se tuvo en cuenta el precedente asentado por el Consejo de Estado; además sostiene que la decisión se fundamentó en fallos de la Corte Constitucional que no tienen relación material ni fáctica con el tema debatido en el caso concreto.

1.1.2.11. Expresa que el fallador sólo tuvo en cuenta para tomar la decisión la Sentencia T-1168 del 2008, por medio de la cual se realizó un estudio de la facultad

discrecional para disponer, por razones del servicio, el retiro del personal, mientras que lo que se debate puntualmente es una figura diferente la cual es el llamamiento a calificar servicios.

1.1.2.12. Aduce que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime frente a este tema en el sentido de que el acto administrativo mediante el cual se desvincula del servicio activo a un oficial no debe motivarse. Este precedente fue desconocido en el fallo emitido por el Tribunal del Meta por lo tanto se constituyó una vía de hecho lo que hace procedente la presentación de la acción de tutela.

1.1.2.13. Manifiesta que respecto de la orden emitida referente al reconocimiento y pago de los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde el momento del retiro hasta su reintegro, no se tuvo en cuenta que el señor Morales Lagos goza de una asignación de retiro de carácter mensual.

1.1.2.14. Por último, indica que el Tribunal Administrativo del Meta incurrió en error, al declarar la nulidad del acto administrativo que ordenaba el retiro del señor Morales Lagos, lo cual afecta gravemente a la Institución no solo por las consecuencias presupuestales sino también por la configuración de inseguridad jurídica.

1.1.2.15. Con base en lo descrito, solicita la protección del derecho fundamental al debido proceso de su poderdante, ya que se desconoció el precedente establecido por el Consejo de Estado, pues los actos administrativos de desvinculación de la Policía Nacional por “llamamiento a calificar servicios” no requieren ser motivados.

1.1.3. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la solicitud de tutela, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante oficio del cuatro (4) de marzo de dos mil catorce (2014), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar: (i) al Tribunal Administrativo del Meta, como demandado; (ii) al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio; (iii) al Ministerio de Defensa; (iv) al señor Libardo Morales Lagos y; (v) a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como terceros interesados en el proceso, para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación del auto remitieran informe detallado sobre los hechos de la demanda. Al respecto indicaron:

1.1.3.1. Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio.

Mediante oficio del catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014), la Doctora Sandra Janet Lugo Castro en su calidad de jueza del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio, manifestó que emitió fallo dentro del proceso ordinario el treinta (31) de julio de dos mil trece (2013); igualmente señaló que el fallo fue recurrido por medio de la apelación y que el Tribunal Administrativo del Meta se encuentra surtiendo el recurso interpuesto.

1.1.3.2. Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

1.1.3.2.1. Indica que la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad generales y especiales. En este sentido, se establece que se trata de una sentencia de segunda instancia contra la cual únicamente procedería el recurso extraordinario de revisión; en el presente caso no se cumple con ninguna de las causales para que sea válida la interposición del recurso extraordinario, por lo tanto no existe otro medio judicial para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

1.1.3.2.2. Señala que la decisión emitida por el Tribunal Administrativo del Meta es violatoria del derecho fundamental al debido proceso del hoy accionante, teniendo en cuenta que el fallo violó directamente normas del ordenamiento jurídico que se encuentran vigentes; igualmente se efectuó una errónea interpretación de las normas en las cuales se fundó la decisión.

1.1.3.2.3. Asegura que el Tribunal Administrativo del Meta, desconoció en su fallo la normativa aplicable al caso concreto, en cuanto se ha establecido que para poder acceder al llamamiento a calificar servicio solo se debe dar cumplimiento con el requisito de haber laborado por más de quince (15) años lo cual está plasmado en el artículo 3 de la Ley 857 de 2003.

1.1.3.2.4. Afirma que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han sostenido en su jurisprudencia que los miembros de la Policía Nacional pertenecen a un régimen de carrera especial, por lo tanto, estos no tienen un derecho adquirido sobre el

cargo. En este mismo sentido, han señalado que el llamamiento a calificar servicios no es una sanción disciplinaria sino el mantenimiento de un orden que pretende mejorar la prestación del servicio.

1.1.3.2.5. Asevera que existió un desconocimiento jurisprudencial asentado por el Honorable Consejo de Estado frente al llamamiento a calificar servicios de los miembros de Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. La jurisprudencia de dicha Alta Corporación ha establecido que no se requiere de motivación dentro del acto administrativo destinado a retirar del servicio a un miembro de Ejército o de la Policía Nacional; igualmente afirmó que en el fallo atacado se tuvo como fundamento la jurisprudencia de la Corte Constitucional que no se relaciona con el caso concreto, ya que esta se trataba del retiro por voluntad del gobierno y no del llamamiento a calificar servicio, las cuales son figuras completamente diferentes.

1.1.3.3. Libardo Morales Lagos.

1.1.3.3.1. Manifiesta el señor Morales Lagos que el accionante se limitó a transcribir sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sin hacer un estudio objetivo sobre la procedencia de la tutela y sus requisitos de procedibilidad.

1.1.3.3.2. Indica que la Policía Nacional consideró que era una causal suficiente para efectuar su retiro, el que hubiera cumplido más de quince (15) años de servicio. Considera que dentro del proceso, el juez de primera instancia, realizó un análisis erróneo de las pruebas allegadas al mismo.

1.1.3.3.3. Señala que la Policía Nacional toma la acción de tutela como una tercera instancia ya que el Tribunal Administrativo del Meta evaluó las pruebas ponderadamente, lo que hace que su decisión se encuentre ajustada a derecho.

1.1.3.3.5. Por último, afirma que hasta el momento de la interposición de la acción de tutela, la Policía Nacional no ha dado cumplimiento al fallo que ordenaba su reintegro y el pago de unas prestaciones sociales, por lo tanto existe una vulneración de sus derechos fundamentales.

1.1.4. Decisiones judiciales.

1.1.4.1. Decisión de primera instancia- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

Mediante fallo del veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió tutelar los derechos invocados por el accionante y como consecuencia, ordenó dejar sin efecto la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Meta el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014). Inicialmente aseguró que en el caso concreto no se cumplió con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que fuese válido que el fallador se apartara del precedente jurisprudencial fijado.

Consideró que la sentencia que utiliza el Tribunal Administrativo del Meta como precedente, genera efectos interpartes lo cual implica que no puede tenerse como fundamento jurisprudencial dentro del proceso ordinario.

Lo anterior, conllevó a un evidente desconocimiento de la jurisprudencia asentada por el Consejo de Estado, que establece que los actos administrativos de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicio en cierta medida se expiden en ejercicio de la facultad discrecional, sin desconocer la obligación del cumplimiento de unos requisitos legales aplicados en el caso bajo estudio.

1.1.4.2. Impugnación.

Inconforme con la decisión de instancia, el señor Morales Lagos impugnó el fallo proferido el dos (02) de octubre de dos mil catorce (2014). Lo anterior, toda vez que a su juicio no se siguió el debido proceso para que se efectuara su retiro de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que la norma exige un concepto previo de la Dirección de Talento Humano por medio del cual se ordena el retiro del oficial; concepto que en el caso concreto no existió, razón por la que el Tribunal Administrativo del Meta falló a favor del demandante.

Consideró que el Consejo de Estado ha desconocido lo establecido en la Ley, ya que ha señalado que para proceder al retiro de un oficial, solo es necesario que este haya cumplido con el requisito de más de quince (15) años de servicio lo cual es inconstitucional y jurídicamente inaceptable. En el escenario de la acción de tutela, el juez que conoce de la misma debe actuar como constitucional. En el caso concreto, afirmó que el juzgador está

actuando como un juez administrativo lo que resulta vulnerador de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, solicita que el fallo de tutela emitido en primera instancia sea revocado teniendo en cuenta que no existe desconocimiento de derechos fundamentales dentro de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Meta. Manifestó que la decisión tomada en segunda instancia dentro del proceso ordinario se fundamentó en la configuración de un defecto fáctico porque se evaluaron indebidamente las pruebas dentro del proceso.

Por otro lado aseveró que el poder otorgado por el Comandante del Departamento de Policía Meta, es inexistente por carencia absoluta de competencia para otorgarlo, por lo tanto todas las actuaciones a partir del auto emisario de la tutela deben declararse nulas.

1.1.4.3. Decisión de Segunda Instancia- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejo de Estado.

Mediante providencia del veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado decidió confirmar el fallo de tutela proferido en primera instancia.

Consideró que es claro que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en Acta 003 del tres (03) de marzo de dos mil nueve (2009), solicitó el llamamiento a calificar servicios del demandante toda vez que ya había cumplido con los veinte (20) años de servicio, lo cual obedece a una causal de retiro en función del ejercicio de la facultad discrecional que tienen las Fuerzas Públicas. Debido a que esta facultad discrecional obedece a la búsqueda del buen servicio, resulta suficiente la concurrencia de los siguientes requisitos (i) que exista concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional y, (ii) que la persona a la que se va a retirar haya cumplido con el tiempo mínimo establecido en la normatividad vigente para hacerse merecedor de la asignación de retiro.

Por lo anterior, resulta clara la vulneración al debido proceso por parte del Tribunal accionado de acuerdo con la interpretación que ha realizado el Consejo de Estado respecto al tema objeto de conflicto.

1.1.5. Pruebas documentales.

1.1.5.1. Copia del proceso ordinario (Anexos 1, 2 y 3).

1.1.5.2. Copia del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014) (Folios 32-61, cuaderno No 2).

1.1.5.3. Copias de las sentencias C-072 de 1996; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda Subsección a Radicación 25000-23-25-000-2004-05256-01 (509-08); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda Subsección B, Radicado 68001-23-15-000-1997-12673-01 (5985-02); Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 15 de junio de 2004 Radicado S-567 (Folios 62- 144, cuaderno 2).

1.1.5.4. Fallo de primera instancia en el proceso ordinario emitido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio del treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013) (Folios 161-177, cuaderno 2).

1.1.5.5. Acta No 006 emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional (Folios 291-295, cuaderno 2).

1.1.5.6. Acta No 013 emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional (Folios 296-334, cuaderno 2).

1.1.6. Incidente de nulidad presentado por Libardo Morales Lagos.

1.1.6.1. Solicitud de Nulidad: El señor Libardo Morales Lagos, actuando en condición de tercero perjudicado, menciona que radicó ante la Secretaría General del Consejo de Estado, el día cuatro (04) de diciembre de dos mil catorce (2014), oficio mediante el cual solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado frente al expediente T- 4.862.375, por falta de representación legal de la Policía Nacional, con base en los siguientes argumentos:

1.1.6.1.1. Sostiene que los Comandantes del Departamento de Policía tienen competencia para actuar como apoderados en los procesos en que la Policía Nacional sea parte; sin embargo, esto no implica que tengan la facultad para otorgar poder a nombre de la institución para instaurar acciones, como lo sería la presente acción de tutela.

1.1.6.1.2. El artículo 1º de la Resolución 3969 del 30 de noviembre de 2006 expedida por el Ministro de Defensa Nacional, delega en el Secretario de la Policía Nacional la función de designar apoderados judiciales para iniciar las diferentes acciones a las que haya lugar, actuando en nombre de la Policía Nacional.

1.1.6.1.4. Afirma que debido a lo previamente expuesto, en el presente caso el poder conferido por el Comandante del Departamento de Policía del Meta, es inexistente por carencia absoluta de competencia para otorgarlo, lo que hace nula toda actuación surtida a partir del otorgamiento del poder.

1.1.6.1.5. Por último, menciona que a la nulidad presentada no se le dió el traslado establecido en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, ni se efectuó su estudio dentro del fallo proferido el día veintidós (22) de enero del presente año.

Por tanto, la falta de traslado y consideración de este documento, genera otra nulidad y afecta el derecho al debido proceso del interesado; no obstante lo anterior, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta, decidió negar la solicitud de nulidad presentada sin que a esta se le hubiese realizado el traslado correspondiente y sin haberse estudiado en la providencia.

1.1.6.1.6. Con base en lo anterior, solicita que se decrete la nulidad del fallo proferido por dicha Alta Corporación el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015).

1.1.6.2. Auto que resuelve solicitud de nulidad: Mediante auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015), la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección quinta del Consejo de Estado negó la solicitud de nulidad presentada por el señor Libardo Morales Lagos, lo anterior puesto que a juicio de la Sala, no existía una irregularidad suficiente para invalidar la sentencia.

1.2. EXPEDIENTE T-4.938.030.

1.2.1. Solicitud.

El señor Larry Humberto Reyes Rincón solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia y a la igualdad. Lo anterior, al considerar que las decisiones emitidas por el Juzgado Dieciocho Administrativo

de Descongestión del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Colombiana, desconocen el precedente establecido por la Corte Constitucional. Con base en lo anterior, pide que se ordene dejar sin efectos las decisiones de instancia, y emitir un nuevo fallo en donde se dé reconocimiento a dicho precedente jurisprudencial. Basa su solicitud en los siguientes hechos:

1.2.2. Hechos y argumentos de derecho.

1.2.2.1. Sostiene el tutelante que ingresó a las Fuerzas Militares (Fuerza Aérea) el nueve (09) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) al grado de Teniente, y que perteneció al cuerpo Administrativo de especialidad Abogado.

1.2.2.2. Afirma que estando en el grado de Coronel al servicio de la Justicia Penal Militar, fue retirado del cargo de Juez de Comando Aéreo 121, mediante Resolución No 124 del veintisiete (27) de mayo de dos mil nueve (2009). Esta resolución fue declarada nula posteriormente mediante sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012).

1.2.2.3. Asegura que con base en lo anterior, y en una conducta persecutoria, se procedió a su retiro por la causal de "llamamiento a calificar servicios" mediante el Decreto No 5009 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil nueve (2009).

1.2.2.4. Por lo anterior, procedió a instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

1.2.2.5. Señala que posteriormente, el proceso fue repartido al Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Descongestión, momento en el cual se presentaron los alegatos de conclusión teniendo en cuenta que el trámite procesal previo había sido realizado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

1.2.2.6. Expresa que el veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), se profirió fallo de primera instancia en donde se negaron las pretensiones contenidas en la demanda

ordinaria. Teniendo en cuenta lo anterior, en el término legal interpuso el recurso de apelación; la alzada correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección F, Sala de Descongestión.

1.2.2.7. El fallador de segunda instancia, mediante providencia del veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014), confirmó el fallo del A Quo, incurriendo a juicio del tutelante en los mismos yerros que se intentó atacar con el recurso de apelación. Por lo tanto, considera que es clara la vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las vías de hecho presentadas en los fallos de primera y segunda instancia.

1.2.2.9. Indica que en el proceso ordinario, el Decreto 5009 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil nueve (2009), fue atacado por falta de motivación alguna para efectuar el retiro del accionante, por lo tanto se solicitó la declaratoria de nulidad del mismo. El fallador de primera instancia pasó por alto el requisito del acto administrativo, con base en que sólo basta la verificación del tiempo de servicio del afectado para que el sujeto sea retirado por la causal "llamamiento a calificar servicios".

1.2.2.10. Expone que el deber de motivar los actos administrativos, deriva de la garantía al derecho de debido proceso, ya que si esta se genera, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección y defensa de sus intereses. Esta es la forma idónea de evitar la degeneración de una potestad discrecional en decisiones arbitrarias.

1.2.2.11. Manifiesta que, una vez probada la falta de motivación del acto administrativo dentro del proceso ordinario de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los jueces de primera y segunda instancia no tenían otra opción que declarar la anulación del acto administrativo. No obstante lo anterior, eludieron su deber constitucional y negaron las pretensiones desconociendo el precedente jurisprudencial asentado por la Corte Constitucional.

1.2.2.12. Indica que dentro del proceso ordinario, el material probatorio allegado al mismo no fue valorado correctamente; las pruebas apuntaban a que el motivo del retiro del accionante no podía ser el del mejoramiento del servicio, pues por medio de estas se podía revelar que el servicio activo había desmejorado con la desvinculación del hoy accionante. Es claro que los operadores jurídicos en este caso, se apartaron del conjunto probatorio y

dejaron de lado la evidente ilegalidad de que estaba revestido el acto administrativo de retiro.

1.2.2.13. Expone que la facultad discrecional en el caso concreto fue utilizada de manera arbitraria teniendo en cuenta que no se contempló la necesidad del servicio o el mejoramiento del mismo, solo se tuvo presente el tiempo laborado para efectuar el retiro. Aspectos como la hoja de vida del accionante y el buen servicio que había prestado, no fueron tenidos en cuenta para materializar el retiro; no se tuvo en cuenta igualmente, la necesidad de personal de abogados en la Oficina Jurídica en donde laboraba el señor Reyes.

1.2.2.14. Manifiesta que el retiro del servicio activo no obedece a razones de planteamiento institucional, en primer lugar porque el oficial retirado no obstaculizaba el ascenso de otros oficiales y en segundo lugar no existía la necesidad de cupos. Igualmente considera que no existían motivos de desconfianza, confiabilidad o seguridad que ameritaran el retiro.

1.2.2.15. Arguye que quién lo reemplazó en su cargo, no tenía el perfil ni la experiencia para desempeñar las funciones del mismo, hecho que a su juicio prueba el desmejoramiento del servicio activo y la incongruencia con la decisión de retiro.

1.2.2.16. Afirma que dentro de las decisiones emitidas por los jueces ordinarios de primera y segunda instancia se configuraron diferentes vías de hecho; en primer lugar, se estableció la aplicación de normas que no eran pertinentes para la resolución del caso concreto, ya que se pasó por alto la obligación de motivar el acto administrativo; por otro lado las pruebas allegadas al proceso no fueron valoradas bajo criterios de sana crítica; se desatendió el deber de salvaguardar el principio de igualdad dando un tratamiento discriminatorio a su caso respecto del caso del Coronel German Contreras.

1.2.2.17. Con base en lo descrito, solicita la protección de sus derechos fundamentales y en consecuencia, que se dejen sin efectos las decisiones de instancia. Además pretende que se emita un nuevo fallo en donde se de reconocimiento al precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional.

1.2.3. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la solicitud de tutela, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta – mediante oficio del día quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar a los Magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección F- Sala de Descongestión, y al Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión de Bogotá, como demandados; y al Comandante de la Fuerza Aérea como tercero interesado en el proceso, para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación remitiera un informe detallado sobre los hechos de la demanda.

1.2.3.1. Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión, Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección Segunda.

1.2.3.1.1. Mediante escrito del tres (03) de octubre de dos mil catorce (2014), el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión, Sección Segunda de Bogotá D.C., procedió a pronunciarse respecto de los hechos y las pretensiones presentadas en la demanda de tutela por el señor Larry Humberto Reyes Rincón. Al respecto indicó:

1.2.3.1.2. Afirmó que no existe legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que fue la decisión del Tribunal como fallador de segunda instancia la que generó controversia. Por lo tanto, no existe dicha legitimación, debido a que el actor interpuso el recurso de apelación y se emitió un nuevo fallo, lo que implica que su decisión no fue determinante para causar los perjuicios acusados como violatorios de derechos fundamentales.

1.2.3.1.3. Asegura que de igual manera, la acción constitucional resulta improcedente en cuanto a que no se cumple con el principio de subsidiariedad de la acción. En este mismo sentido, asegura que no se observa ningún error grave en la interpretación de las normas aplicables al caso concreto o la existencia de desconocimiento del precedente jurisprudencial.

1.2.3.1.4. Señala que el accionante pretende utilizar la acción de tutela como un mecanismo para lograr un fallo de “tercera instancia”, lo cual contraría los postulados del Estado Social de Derecho en cuanto ya existe una decisión judicial, tomada con la salvaguarda del debido proceso y el derecho a la defensa, y que declara la legalidad del acto administrativo.

1.2.3.2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección

F- Sala de Descongestión.

1.2.3.2.1. Expresa que la Corte Constitucional ha determinado como regla general la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sin embargo la excepción radica cuando no existen otros medios judiciales ordinarios o existiendo estos resulten ineficaces para la protección de los derechos de los actores.

1.2.3.2.2. Arguye que la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en donde delimita la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, desarrollando los requisitos genéricos y específicos que deben ser cumplidos al momento de la interposición de la acción.

1.2.3.2.3. Indica que en el caso bajo estudio, no se presenta ninguna de las casuales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, por lo tanto se solicita que se declare improcedente y como consecuencia se nieguen las pretensiones del accionante.

1.2.3.2.4. Expone que la decisión emitida contiene una interpretación razonable de las normas y principios que gobiernan los supuestos de hecho del caso bajo estudio, teniendo en cuenta igualmente las pruebas allegadas al proceso y la figura de “llamamiento a calificar servicios” como causal de retiro utilizada por las Fuerzas Militares.

1.2.4. Decisiones judiciales.

1.2.4.1. Decisión de Primera Instancia, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta.

Después de realizar un estudio respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, revisando el cumplimiento de los requisitos generales y específicos determinados, procedió a realizar un análisis del fondo del asunto. Por tanto, mediante providencia del diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014) negó el amparo solicitado.

Por otro lado, manifestó que las decisiones emitidas por la Corte Constitucional tienen obligatoriedad desde una perspectiva vertical, es decir que son obligatorias para los jueces constitucionales, más no para los jueces de lo contencioso administrativo.

En este mismo sentido, consideró que la decisión emitida contiene una interpretación razonable de las normas y principios que gobiernan los supuestos de hecho del caso bajo estudio, teniendo en cuenta igualmente las pruebas allegadas al proceso y la figura de “llamamiento a calificar servicios” como causal de retiro utilizada por las Fuerzas Militares, decisión que no desconoce ningún derecho fundamental ni está investida de arbitrariedad.

Por último, indicó que el Magistrado Jorge Octavio Ramírez decidió aclarar el voto en el fallo emitido por el Tribunal, esta decisión tuvo fundamento en que a pesar que esté de acuerdo con la decisión tomada, no comparte la afirmación realizada por la Sala respecto de la inexistencia de obligatoriedad de tener en cuenta a las providencias de tutela como precedente jurisprudencial. Considera que el precedente tiene como fin unir la interpretación del derecho, lograr el respeto del principio de legalidad y hacer efectivos los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

Afirmó que las providencias que profiere la Corte Constitucional en virtud del control abstracto de constitucionalidad o en un caso concreto, son fuentes formales del derecho debido a que fijan una regla de derecho que sirve como pauta para la resolución de futuros casos. Por lo tanto su desconocimiento implicaría un defecto sustantivo que conlleva a la vulneración de una regla de derecho.

1.2.4.2. Impugnación.

Inconforme con la decisión de instancia, el trece (13) de enero de dos mil quince (2015), mediante apoderado judicial, el señor Larry Humberto Reyes Rincón presentó escrito de impugnación en el que reiteró los argumentos expresados dentro de la acción de tutela.

Igualmente, señaló que las autoridades judiciales dentro del proceso ordinario, desconocieron en sus fallos el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. También manifestó que incurrieron en defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas allegadas al proceso que tenían el fin de demostrar el desmejoramiento del servicio.

1.2.4.3. Decisión de Segunda Instancia, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta.

El veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta, emitió fallo de segunda instancia por medio del cual confirmó la decisión tomada el diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Inicialmente, consideró que en el caso concreto no existió desconocimiento del precedente jurisprudencial, ya que los jueces en el proceso ordinario aplicaron al caso concreto jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Añadió que en fallos previos se ha determinado que las decisiones emitidas por el Consejo de Estado, se vuelven de obligatorio cumplimiento para los jueces de inferior jerarquía.

Por último, señaló que respecto al tema del debate existen posiciones contrarias entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Por lo tanto, reiteró que las decisiones emitidas por los jueces de instancia se tomaron de acuerdo con la normativa vigente aplicable al caso concreto, y que el material probatorio fue valorado de manera pertinente. Sin embargo, este no fue suficiente para desvirtuar la legalidad del acto administrativo ya que para expedirlo no era necesario motivarlo, posición adoptada por el Consejo de Estado.

1.2.5. Pruebas documentales

1.2.5.1. Sentencia proferida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá. Sección Segunda (Folios 4-21, Anexo 1).

1.2.5.2. Sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección F Sala de Descongestión (Folios 23-69 Anexo 1).

1.2.5.3. Sentencia emitida el once (11) de julio de dos mil doce (2012) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección F Sala de Descongestión.

1.2.5.4. Copia de la demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra el Decreto 5009 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil nueve (2009) (folios 130-157, Anexo 1).

1.3. EXPEDIENTE T- 4.943.399

1.3.1. Solicitud

El señor Luis Arturo Velasco Salazar solicita ante el juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y el acceso a la administración de justicia. Los cuales a su juicio fueron vulnerados por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural, al fallar un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho sin tener en cuenta el precedente establecido por la Corte Constitucional, en cuanto al retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública. Basa su solicitud en los siguientes hechos:

1.3.2. Hechos y argumentos de derecho

1.3.2.1. Señala el actor que estuvo vinculado a la Policía Nacional en el Departamento de Nariño como miembro del nivel ejecutivo. Para el momento en que se efectuó su retiro ostentaba el grado de Intendente.

1.3.2.2. Añade que dicha vinculación laboral tuvo origen el seis (06) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) y perduró hasta el seis (06) de diciembre de dos mil cinco (2005), fecha en la que el Comandante del Departamento de Policía de Nariño emitió la Resolución No 0366, mediante la cual resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al tutelante y a otros funcionarios del Nivel Ejecutivo con base en la facultad discrecional que tiene Director General de la Policía Nacional para hacerlo.

1.3.2.3. Expresa que en el mes de marzo de dos mil seis (2006) instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que ordenaba su retiro. Dentro de la misma, solicitó la declaratoria de nulidad parcial del acto, por lo que aportó copia de su historia laboral obtenida a través del Archivo General de la Policía Nacional.

1.3.2.4. Sostuvo como fundamento de la demanda que el acto administrativo que ordena el retiro de un miembro de la Fuerza Pública debe estar motivado para que se presuma su validez; a su parecer los argumentos del retiro deben estar consignados en el Acta de la Junta de Evaluación y Calificación.

1.3.2.5. Relata que el día dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), el

Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto profirió el fallo de primera instancia por medio del cual le fueron negadas sus pretensiones. En la decisión emitida, el juez aseguró que los actos administrativos de esta clase no requieren motivación, premisa que afirmó, va acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.3.2.7. Indica que interpuso oportunamente el recurso de apelación, manifestando que se encontraba en desventaja con la entidad demandada, ya que los únicos documentos a los que podía tener acceso era a las copias simples de su historia laboral. A pesar de que el juzgado tenía la obligación de solicitar las copias auténticas de los documentos ante la Policía Nacional no lo hizo, lo que conllevó a que solicitara al Ad Quem decretar de oficio la prueba requerida, teniendo en cuenta que por medio de estos se puede constatar el buen desempeño del señor Velasco y la inexistencia de informes disciplinarios o procesos penales en su contra que afecten su credibilidad.

1.3.2.8. Añade que el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014), el Tribunal Administrativo de Nariño emitió fallo de segunda instancia por medio del cual decidió confirmar la decisión tomada en primera instancia por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Pasto. Dicha providencia se fundamentó en que “este tipo de actos administrativos se presumen expedidos en aras del servicio y no necesitan expresar motivos diferentes a la discrecionalidad del autor del acto... la idoneidad y buen desempeño de las funciones propias del cargo no generan estabilidad ni limitan tal potestad”. Sin embargo, el Magistrado Marco Antonio Muñoz realizó un salvamento de voto que tuvo fundamento en previos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en donde manifiesta que esta potestad discrecional no es ilimitada.

1.3.2.9. Con base en lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia. Por consiguiente, que se declare la configuración de una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial.

1.3.3. Traslado y contestación de la demanda

Recibida la solicitud de tutela, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – mediante oficio del día primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar a los Magistrados integrantes del

Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural – y al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pasto, como demandados; y a la Policía Nacional – Ministerio de Defensa como terceros interesados en el proceso, para que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación remitieran un informe detallado sobre los hechos de la demanda.

1.3.3.1. Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural.

El Doctor Hugo Hernando Burbano Tajumbina, actuando en calidad de Magistrado Ponente de la Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural del Tribunal Administrativo de Nariño, presentó escrito de contestación de la acción de tutela el veintiuno (21) de junio de dos mil catorce (2014). Al respecto indicó:

1.3.3.1.1. Afirmó que la decisión emitida frente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estuvo regida bajo los presupuestos asentados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por medio de la cual se ha explicado el alcance de la facultad que autoriza al nominado frente a la expedición de actos administrativos, sus características y los requisitos exigidos por la ley para su ejercicio válido.

1.3.3.1.2. Aseguró que la facultad discrecional con base en la cual actuó el emisor del acto, se ejerció conforme a la ley. Igualmente, adujo que se debe tener en cuenta que el acto administrativo contaba con presunción de legalidad, la cual no fue desvirtuada por el actor dentro del proceso.

1.3.3.1.3. Finalmente, indicó que el fallo cuestionado no vulnera los derechos fundamentales del actor ni incurre en vía de hecho alguna.

1.3.3.2. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto.

La Doctora Adriana Cervantes Aloma, actuando en calidad de Juez Segunda del Circuito de Pasto, mediante escrito de contestación presentado el veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014), solicitó que se negaran las pretensiones presentadas en la acción de tutela por las siguientes razones:

1.3.3.2.1. En primer lugar, sostuvo que el actor está haciendo un mal uso del mecanismo

de protección constitucional, en la medida en que con su actuar se puede evidenciar que la acción de tutela está siendo utilizada como una última instancia en favor de sus pretensiones.

1.3.3.2.2. En segundo lugar, en lo referente al derecho a la igualdad presuntamente vulnerado por medio del fallo de primera y segunda instancia, estableció que no existe un criterio válido que permita inferir dicha vulneración, ya que no se allegó al proceso un caso análogo por medio del cual se pueda evidenciar la alegada afectación al derecho.

1.3.3.2.3. Con base en lo anterior, aseveró que la acción constitucional resulta improcedente, ya que ésta solo podrá ser utilizada cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que existiendo se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; situación que a su parecer, no se configura en el caso objeto de estudio. Asegura que las decisiones de instancia emitidas dentro del proceso ya hicieron tránsito a cosa juzgada, con lo cual el tema debatido llegó a su fin. Establece que las decisiones tomadas han sido efectuadas bajo el régimen legal aplicable.

1.3.3.2.4. Como conclusión, aseguró que el asunto debatido no cuenta con relevancia constitucional, pues pretende revivir una valoración probatoria ya resuelta y debidamente concluida y además ataca decisiones emitidas conforme a derecho.

1.3.3.3. Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, Secretaría General.

Mediante oficio del veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014), la Secretaría General de la Policía Nacional, solicitó que se negaran las pretensiones del accionante bajo los siguientes argumentos:

1.3.3.3.1. En la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes, se ha establecido que la facultad discrecional se aplica con la única motivación del mejoramiento del servicio; por lo tanto la sola valoración de la historia laboral del accionante no es suficiente para tomar una decisión, teniendo en cuenta que el buen comportamiento del sujeto y el cumplimiento de sus obligaciones no constituye un factor de inmovilidad del cargo.

1.3.3.3.2. Afirma que no tiene competencia para pronunciarse respecto de la idoneidad o no del actor en el servicio de la Policía Nacional, ya que esta evaluación se efectuó dentro del

proceso ordinario. Igualmente, considera que la acción de tutela presentada tiene como finalidad revivir un problema jurídico que ya había sido resuelto, volviendo de esta forma al mecanismo una última instancia.

1.3.3.3. Señala que dentro de la Policía Nacional las condiciones esenciales de ingreso o de permanencia debe ser la de una moralidad e idoneidad necesaria, por lo tanto es necesario que estas instituciones gocen de facultades legales y reglamentarias, para remover a un sujeto de su cargo teniendo en cuenta causales determinadas, como lo sería la causal “por recomendación del comité de evaluación”.

1.3.3.3.4. Asevera que no es necesario que en el acto de remoción, ni en la previa recomendación de la Junta de Evaluación respectiva se encuentre motivación alguna. En este mismo sentido, se establece que el acto administrativo se presume expedido en aras del buen servicio público y por lo tanto, el interesado en debatir su legalidad deberá probar sus alegatos dentro del proceso ordinario.

1.3.3.3.5. No obstante, no desconoce la existencia de un debido proceso el cual debe ser salvaguardado en todas las actuaciones. En este sentido, asegura que en el caso objeto de estudio se llevaron a cabo las formalidades establecidas en la ley, que consistía específicamente en que previa a la expedición del acto, debía existir la recomendación de la Junta de Evaluación, lo cual conllevó a que se diera una efectiva protección del derecho al debido proceso.

1.3.3.3.6. Finalmente, reitera la posición de los jueces de instancia, al señalar que la acción de tutela resulta improcedente al no cumplir con lo elementos esenciales de la misma, teniendo en cuenta que no existe gravedad, inminencia, urgencia e impostergabilidad.

1.3.4. Decisiones judiciales

1.3.4.1. Sentencia de Primera Instancia – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A.

En sentencia proferida el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por el tutelante, al considerar que no se

cumple con los requisitos para que la acción de tutela contra providencias judiciales sea procedente, y no se observa la existencia de vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la defensa.

Igualmente, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el retiro del servicio por facultad discrecional no requiere de motivación, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones del servicio. Respecto del análisis realizado dentro del proceso ordinario de la historia laboral del actor, el fallador de tutela de primera instancia consideró que el estudio que se realizó en el escenario del proceso de tutela, no se compara con el que pudo haberse efectuado dentro del proceso ordinario; además las valoraciones hechas por los jueces de instancia materializan el principio de autonomía e independencia judicial.

Finalmente, afirmó que los procedimientos adelantados en el proceso ordinario, no pueden revivirse a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela, ya que la sede constitucional no se puede convertir en una instancia no consagrada por la ley.

1.3.4.2. Impugnación.

Mediante escrito presentado el quince (15) de diciembre de dos mil catorce (2014), el accionante interpuso recurso de apelación en contra el fallo de tutela emitido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, bajo los siguientes argumentos:

Aseveró que a pesar de que el Consejo de Estado en diferente jurisprudencia ha señalado que no existe la necesidad de motivar actos administrativos por medio de los cuales se retire del servicio, ha sido la Corte Constitucional quien ha establecido con su línea jurisprudencial la protección de los derechos fundamentales de sujetos que se han encontrado en las mismas circunstancias que el accionante. Por lo tanto, solicita que se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se proteja el derecho fundamental a la igualdad.

Por último, aseguró que resulta inconcebible que dentro de un Estado Social de Derecho sea el afectado quien tiene el deber de probar el abuso del poder para desvirtuar la presunción de un acto administrativo que es abiertamente arbitrario, en este sentido solicitó que se

realizara una real valoración de su historia laboral, por medio de la cual, tiene certeza que se puede establecer la vulneración de sus derechos fundamentales.

1.3.4.3. Sentencia de Segunda Instancia – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante providencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), decidió confirmar el fallo emitido en primera instancia.

El fallador de segunda instancia consideró que la acción de tutela es improcedente debido a que no cumple con los requisitos determinados por la ley para que sea ejercida en contra de fallos judiciales. Así mismo, afirmó que la decisión del A Quo se encuentra debidamente sustentada y motivada y cuenta con una carga argumentativa razonable.

Finalmente, certificó que el fallo emitido va acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual se ha manifestado que los actos expedidos por las Fuerzas Armadas, en ejercicio de la facultad discrecional, están amparados por presunción de legalidad y se presumen expedidos en aras del buen servicio. Además, no se probó en el expediente la existencia de un perjuicio irremediable.

1.3.5. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.3.5.1. Solicitud de copias auténticas del proceso llevado a cabo en la vía ordinaria ante la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Pasto (Folio 20, cuaderno No. 2).

1.3.5.2. Copias auténticas del proceso llevado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural (Folios 1-783, cuaderno No 3).

1.3.5.3. Copia de la Resolución No. 0366 del seis (06) de diciembre de dos mil cinco (2005), mediante la cual se retiró al tutelante de la Policía Nacional (Folio 494, cuaderno No. 2).

1.3.5.4. Copia del Acta 000527 del cinco (05) de diciembre de dos mil cinco (2005), mediante la cual la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía de Nariño para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes recomiendan el retiro del Intendente Luis Arturo Velasco Salazar entre otros funcionarios (Folio 495, cuaderno No. 2).

1.3.5.5. Copia del Acta No. 014, por medio de la cual la Policía Nacional, Departamento de Policía Nariño, recomiendan por razones del servicio el retiro (Folio 497, cuaderno No. 2).

1.3.5.6. Oficio del doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005), mediante el cual se le notifica al tutelante su retiro (Folio 498, cuaderno No. 2).

1.4. EXPEDIENTE T-4.954.392

1.4.1. Solicitud

El señor Alexander Tejeiro Torres solicita ante el juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Los cuales a su juicio fueron vulnerados por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila- Sala Segunda de Decisión, al emitir un fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él en contra de la Policía Nacional, que desconoce el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional, en lo referente a la motivación de los actos de retiro de funcionarios de la Fuerza Pública. Por tanto pide que se revoquen las decisiones proferidas por los despachos accionados, se dicte fallo conforme al precedente y se ordene a la entidad accionada su reintegro. Las peticiones son establecidas con base en los siguientes hechos:

1.4.2. Hechos y argumentos de derecho.

1.4.2.1. Manifiesta el actor que ingresó a laborar a la Policía Nacional el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) en calidad de alumno de nivel ejecutivo; hasta el momento de su desvinculación de la institución obtuvo buenas

calificaciones y diferentes asensos.

1.4.2.2. Expresa que el veinticinco (25) de febrero del año dos mil ocho (2008), mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. 0570 fue retirado de la institución, con fundamento en la facultad discrecional y sin ningún argumento o justificación conocida, por tanto no se motivaron las causales que conllevaron al retiro.

1.4.2.3. Debido a lo anterior, interpuso una acción de tutela que tenía como fin que se motivara el acto administrativo de retiro, la decisión de la tutela fue favorable para el accionante, por tanto se ordenó a la Policía Nacional que procediera a motivar el acto.

1.4.2.4. Arguye que la Policía Nacional dio cumplimiento al fallo de manera insuficiente, ya que no expuso los verdaderos motivos del retiro, teniendo en cuenta que la institución solo se limitó a hacer alusión a las disposiciones legales que justifican su proceder y ejercicio del retiro por la facultad discrecional.

1.4.2.5. Indica que interpuso acción de nulidad y restablecimiento de derecho en el término legal. La demanda fue asignada por reparto al Juzgado Tercero Administrativo de Neiva quien emitió fallo de primera instancia el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012), negando las pretensiones, porque consideró que el acto administrativo estaba debidamente motivado.

1.4.2.6. Sostiene que con base en lo descrito, interpuso un incidente por desacato simultáneo a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Este incidente le correspondió al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca- Sala Jurisdiccional Disciplinaria quien dio por cumplida la motivación del acto de remoción.

1.4.2.7. Manifiesta que contra el fallo del proceso ordinario emitido en primera instancia, interpuso el recurso de apelación en el término correspondiente. El veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila- Sala Segunda de Decisión Escritural, emitió el fallo de segunda instancia y confirmó la decisión tomada por el A quo.

1.4.2.9. Arguye que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado en diferentes fallos que el ejercicio de la facultad discrecional de retiro en los miembros de las

Fuerzas Públicas por razón al servicio, debe contar con una motivación adecuada y suficiente. Señala que el desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de los falladores de instancia generó la violación de sus derechos fundamentales, ya que la actuación desproporcionada de la Policía Nacional referente a la expedición del acto administrativo, no guardó el debido proceso.

1.4.2.10. Aduce que en ningún momento durante el transcurso del proceso le informaron los motivos por los cuales se recomendaba su retiro de la Policía Nacional, dejándolo en una evidente desigualdad probatoria y vulnerando de esta manera su derecho fundamental al debido proceso. Considera igualmente, que existe un perjuicio irremediable ya que solo le faltaba un par de meses para poder acceder a la solicitud de vivienda militar, lo cual no se pudo efectuar debido a su retiro.

1.4.2.11. Con base en lo descrito, solicita la protección de sus derechos fundamentales y que se emita un fallo aplicándole el precedente establecido por la Corte Constitucional en la materia.

1.4.3. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la solicitud de tutela, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - mediante oficio del día diecisiete (17) de septiembre de dos mil catorce (2014), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar a los Magistrados integrantes del Tribunal Administrativo del Huila - Sala Segunda de Decisión Escritural - y al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Neiva, como demandados; y a la Policía Nacional - Ministerio de Defensa como tercero interesado en el proceso, para que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación remitieran informe detallado sobre los hechos de la demanda.

1.4.3.1. Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

Como contestación a los hechos narrados en la acción de tutela, el Ministerio de Defensa Nacional precisó:

1.4.3.1.1. Resaltó que los principios de autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, los cuales son legitimados teniendo en cuenta que son

necesarios para realizar los fines de la Constitución Política.

1.4.3.1.2. Señaló que la Corte Constitucional modificó el precedente jurisprudencial por medio de la sentencia T-1168 del 26 de noviembre de 2008; previamente era plenamente válido que el acto administrativo por medio del cual se ordenaba el retiro, tuviese como único requisito para su expedición la preexistencia de recomendaciones de la junta de evaluación y calificación para suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes.

1.4.3.1.3. Manifestó que a partir del fallo señalado previamente, se modificó el precedente jurisprudencial, y se señaló que las razones del buen servicio no son suficientes para efectuar el retiro, ya que se debe tener en cuenta una exposición profunda de los motivos objetivos donde se diera un examen de pruebas, cargos y hoja de vida del sujeto que se desea retirar. Consideró que el acto administrativo expedido en contra del hoy accionante, se creó conforme a la normativa vigente al momento de los hechos, época en la que la jurisprudencia solo exigía el argumento de la buena prestación del servicio.

1.4.3.1.4. Adujo que con base en lo anterior, en el caso objeto de estudio el retiro se efectuó a partir de las recomendaciones expedidas, lo cual resulta congruente con el principio al debido proceso en esta materia, por lo tanto no hay lugar a la presentación de la acción de tutela teniendo en cuenta la inexistencia de vulneración de derechos de carácter fundamental.

1.4.3.1.5. Afirmó que los aspectos tenidos en cuenta por la junta para efectuarse el retiro, fueron debatidos en el proceso ordinario el cual era el escenario idóneo para hacerlo. En el proceso ordinario no se demostró la existencia de móviles distintos para el retiro que el objetivo de prestar un buen servicio.

1.4.3.1.6. Indicó que en el precedente jurisprudencial se ha señalado la inviabilidad jurídica de debatir la legalidad de un acto administrativo por la vía de la acción de tutela; esta función es de competencia directa y exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Igualmente manifestó que en el caso bajo estudio no existe vulneración al derecho al debido proceso, el de defensa y contradicción por cuanto el accionante pudo acceder a la jurisdicción competente ejerciendo de esta manera sus derechos fundamentales.

1.4.3.1.7. Arguyó que no existe cumplimiento del principio de inmediatez de la acción de

tutela, en cuanto el accionante dejó transcurrir siete meses desde la expedición del fallo que resolvió el conflicto por la vía ordinaria para proceder a la interposición de la acción constitucional. En este sentido, no cumple con uno de los requisitos generales de procedibilidad de esta acción, lo que conlleva a que la misma resulte improcedente.

1.4.3.1.8. Finalmente, expresó que no cumple con los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales. En este mismo sentido, el juez de tutela no puede inmiscuirse en asuntos propios de la jurisdicción administrativa y que deben ser debatidos en el escenario de un proceso ordinario.

1.4.3.2. Tribunal Contencioso Administrativo de Huila- Sala Segunda de Decisión Escritural.

1.4.3.2.1. Señala que la decisión emitida se tomó siguiendo la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; igualmente se dio oportunidad al accionante de desvirtuar la legalidad del acto administrativo y la existencia de falta de motivación y desviación del poder, no obstante el accionante no logró este cometido.

1.4.3.2.2. Afirmó que si la argumentación del acto administrativo dada por la Policía Nacional era insuficiente cuando dio cumplimiento del fallo de tutela, esta situación no debió ser analizada por el Tribunal Administrativo del Huila, ya que dicho despacho judicial no podría valorar de insuficiente lo exigido por otro juez de conocimiento en un proceso diferente.

1.4.3.2.3. Manifestó respecto al derecho a la igualdad, que el accionante no mencionó un caso en el cual una persona que se encontrara dentro de los mismos supuestos fácticos, se le haya fallado diferente a como se falló en el caso bajo estudio. Por lo tanto, se hace imposible acceder a la protección del derecho fundamental a la igualdad, teniendo en cuenta que no se demostró la afectación.

1.4.3.2.4. Indicó que las sentencias citadas en la demanda de tutela corresponden a hechos posteriores a los que son objeto de la demanda resuelta por el Tribunal. Por lo tanto, el fallar de forma diferente hubiese vulnerado la seguridad jurídica.

1.4.4. Decisiones judiciales.

1.4.4.1. Decisión de primera instancia, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección A.

Mediante sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil catorce (2014), el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección A, decidió declarar improcedente la acción de tutela y como consecuencia negar las pretensiones plasmadas en la misma. La decisión estuvo fundamentada en la carencia del principio de inmediatez que caracteriza este tipo de acción. El juez consideró que la acción se presentó con desconocimiento de un término prudente con el fin de que se garantizara la eficacia de la protección de los derechos fundamentales invocados.

Resaltó que en el caso concreto la Sala no encontró un factor relevante o justificado que permitiera saber la razón de la inactividad prolongada del actor para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

1.4.4.2. Impugnación.

El accionante interpuso el recurso de apelación en el término correspondiente para ello. Aseguró que el juez de segunda instancia debe ver este principio de inmediatez en favor de sus derechos fundamentales.

Afirmó que existe extensa jurisprudencia por medio de la cual se ha determinado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la interposición de la acción de amparo cuando (i) se demuestre que la afectación es permanente en el tiempo y, (ii) cuando la persona se encuentre en estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física entre otros.

Para el caso objeto de debate, el accionante consideró evidente la vulneración de sus derechos fundamentales, ya que el no motivar el acto administrativo de retiro conllevó inevitablemente a impedir la materialización del debido proceso. El accionante considera que la acción de tutela no tiene término de caducidad, motivo por el cual ésta debe ser analizada de fondo para determinar si existe o no una vulneración a sus derechos fundamentales.

1.4.4.3. Decisión de segunda instancia, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta.

Mediante fallo del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014), el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta confirmó la decisión de instancia. Lo anterior, basándose en la reciente jurisprudencia de esa Corporación, la cual ha manifestado que seis meses contados a partir de la notificación de la providencia que se pretende atacar, es un término razonable para que se interponga la acción de tutela.

Afirmó que es necesaria la exigencia rigurosa del principio de inmediatez, debido a que la acción de tutela es un mecanismo excepcional para la protección pronta y eficaz de los derechos fundamentales, por lo tanto se requiere que la acción se ejerza en un tiempo prudencial. Adujo que el caso concreto carece del principio de inmediatez, ya que el demandante dejó transcurrir más de seis meses para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el Tribunal Contencioso Administrativo de Neiva.

Por último, expresó que el demandante en ningún momento alegó circunstancias de modo, tiempo o lugar que justificaran la demora en la interposición de la acción, por lo tanto la misma se declaró improcedente por la carencia de requisitos generales.

1.4.5. Pruebas documentales.

1.4.5.1. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Neiva (Folios 35-48, cuaderno 2).

1.4.5.2. Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión Escritural (Folios 49-71, cuaderno 2).

1.4.5.3. Copia de la notificación personal de las Resoluciones No. 00570 del 25 de febrero de 2008 y No. 03954 del 10 de septiembre de 2008 (Folios 72-74, cuaderno 2).

1.4.5.4. Copia de la Resolución No. 03954 (Folios 75-77, cuaderno 2).

1.4.5.5. Copia del incidente de desacato emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca-Sala Jurisdiccional Disciplinaria- del fallo de tutela proferido

por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 27 de agosto de 2008 (Folios 78- 87, cuaderno 2).

1.4.5.6. Copia de Extracto de hoja de vida del accionante (Folios 89- 93, cuaderno 2).

2.1. PRUEBAS SOLICITADAS:

2.1.1. Mediante auto del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador, dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario solicitar las siguientes pruebas:

“PRIMERO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, poner en conocimiento del Ministerio de Defensa Nacional (Carrera 54 N° 26 - 25 CAN, Bogotá - Colombia, Teléfono 315 0111) y de la Policía Nacional (Carrera 59 No. 26-21 can, Bogotá D.C), las solicitudes de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, expresen lo que estimen conveniente, respecto de cada una.

SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, poner en conocimiento del señor Libardo Morales Lagos (Calle 25 D No. 81ª19, Bogotá), la solicitud de tutela y los fallos de instancia del expediente T- 4.862.375, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, exprese lo que estime conveniente.

TERCERO: ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie al Director General de la Policía Nacional, General Rodolfo Palomino López (Carrera 59N° 26-21, CAN, Bogotá D.C.), para que en el término de dos (2) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, INFORME lo siguiente:

1). Explique las diferencias en cuanto a naturaleza, procedimiento y efectos existentes entre el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y el retiro por llamamiento a calificar servicios.

2). Explique si el llamamiento a calificar servicios puede o no ser entendido como una

sanción.

3). Explique por qué el llamamiento a calificar servicios es una herramienta común a las entidades de la fuerza pública y como ella está relacionada con el servicio y la estructura piramidal de la entidad.

4). Dejar en claro el procedimiento del llamamiento a calificar servicios y las múltiples razones que entran en juego en la decisión.

5). De ser posible, establecer las dificultades de exigir una motivación frente al llamamiento a calificar servicios.

6). Explique de qué derechos gozan los oficiales que han sido llamados a calificar servicios y cuál es su status dentro de la institución; así como la diferencia que puede existir al respecto, frente a aquellos que han sido objeto de retiro por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional.

7). Señale en qué casos la Institución ha reintegrado por razones del servicio a un miembro de la reserva activa que haya sido retirado por llamamiento a calificar servicio.

8). Explique cómo opera la figura de la "Reincorporación" al interior de la Policía Nacional.

9). Señale si en los últimos 3 años existen casos de oficiales, con más de 15 años de servicio, retirados por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional; o si por el contrario todo oficial con más de 15 años de servicio es retirado a través de la figura del llamamiento a calificar servicios.

10). Explique la estructura piramidal actual de la institución, refiriéndose al número de cargos a partir del grado de Mayor hasta General.

CUARTO. ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie al Comandante General de las Fuerzas Militares, General Juan Pablo Rodríguez Barragán (Carrera 59N° 26-25, CAN, Bogotá D.C.), para que en el término de dos (2) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, INFORME lo siguiente:

1). Explique las diferencias en cuanto a naturaleza, procedimiento y efectos existentes entre el retiro por voluntad del Gobierno o del Comando General y el retiro por llamamiento a calificar servicios.

2). Explique si el llamamiento a calificar servicios puede o no ser entendido como una sanción.

4). Dejar en claro el procedimiento del llamamiento a calificar servicios y las múltiples razones que entran en juego en la decisión.

5). De ser posible, establecer las dificultades de exigir una motivación frente al llamamiento a calificar servicios.

6). Explique de qué derechos gozan los oficiales que han sido llamados a calificar servicios y cuál es su status dentro de la institución; así como la diferencia que puede existir al respecto, frente a aquellos que han sido objeto de retiro por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional.

7). Señale en qué casos la Institución ha reintegrado por razones del servicio a un miembro de la reserva activa que haya sido retirado por llamamiento a calificar servicio.

8). Explique cómo opera la figura de la "Reincorporación" al interior de las Fuerzas Militares.

9). Señale si en los últimos 3 años existen casos de oficiales, con más de 15 años de servicio, retirados por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional; o si por el contrario todo oficial con más de 15 años de servicio es retirado a través de la figura del llamamiento a calificar servicios.

10). Explique la estructura piramidal actual de la institución, refiriéndose al número de cargos a partir del grado de Mayor hasta General.

QUINTO. COMUNICAR esta decisión a todas las partes dentro del presente proceso de tutela".

2.1.2. Posteriormente, mediante auto del cuatro (04) de septiembre de dos mil quince (2015), el Magistrado Ponente con la finalidad de conocer la aplicación de la figura de llamamiento a calificar servicios en otros países, solicitó a la Junta Interamericana de Defensa, a través de su Presidente del Consejo de Delegados, el Vicealmirante de la Marina de Guerra del Perú Gonzalo Nicolás Ríos Polastri y de su Director General de la Secretaría, el Mayor Brigadier del Aire de la Fuerza Aérea Brasileira Mauricio Ribeiro Goncalves, las siguientes pruebas:

“PRIMERO. ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie a la Junta Interamericana de Defensa, a través de su Presidente del Consejo de Delegados, el Vicealmirante de la Marina de Guerra del Perú Gonzalo Nicolás Ríos Polastri y de su Director General de la Secretaría, el Mayor Brigadier del Aire de la Fuerza Aérea Brasileira Mauricio Ribeiro Goncalves (2600 NW 16th Street, Washington D.C 20441. Correos Electrónicos: gonzalo.rios@jid.org - mauricio.goncalves@jid.org), para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, INFORME lo siguiente:

1) ¿Conoce usted la figura del llamamiento a calificar servicio utilizado por la fuerza pública en Colombia?

2) ¿Podría por favor informarnos si esta misma figura o figuras similares se utilizan en otros países del continente? y de ser así ¿en cuáles? Y si es posible, especifique por favor si en la utilización de dichas figuras se motiva expresamente la decisión para cada caso concreto.

3). Explique si considera que el llamamiento a calificar servicios o las figuras similares son una herramienta común a las entidades de la fuerza pública y como ella está relacionada con el servicio y la estructura piramidal de las entidades.

4). Pronúnciese por favor sobre si usted considera que existen dificultades o inconvenientes al exigir una motivación frente al llamamiento a calificar servicios en cada caso concreto.

SEGUNDO. COMUNICAR esta decisión a todas las partes dentro del presente proceso de tutela”.

2.2. INFORMES RECIBIDOS EN SEDE DE REVISIÓN.

Mediante oficio del cuatro (04) de septiembre de dos mil quince (2015), la Secretaría General de esta Corporación informó al Despacho del Magistrado Sustanciador que el auto de pruebas del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), fue notificado mediante oficio del veintiocho (28) de agosto de la misma anualidad, y durante el término probatorio allegaron los siguientes documentos:

2.2.1. Libardo Morales Lagos.

Mediante oficio del dos (02) de septiembre de dos mil quince (2015), el señor Libardo Morales Lagos, manifestó:

“PRIMERO: En lo que guarda relación con el punto 1.1.2.9. es necesario explicar al Despacho que el H. Tribunal Administrativo del Meta luego de un análisis juicioso de la prueba arrimada al proceso, optó por fundamentarse en los fallos de la H. Corte Constitucional, con el objeto de no violar el debido proceso del suscrito, teniendo en cuenta que es obligación de la Policía Nacional MOTIVAR los retiros de los Oficiales por Llamamiento a Calificar Servicios, lo que no ocurrió en mi caso.

SEGUNDO: Respecto del punto 1.1.2.10. también es necesario explicar al Despacho, que es equivocada la posición de la Policía nacional en este punto, porque la H. Corte Constitucional ha dicho en múltiples ocasiones que tanto el retiro por Voluntad del Gobierno como el retiro por Llamamiento a Calificar Servicios debe motivarse. Por tal razón, afirmar que se trata de retiros diferentes es una forma de desviar la atención, porque cualquier retiro, llámese como se llame, debe motivarse en procura de la defensa del derecho fundamental al debido proceso.

TERCERO: Frente a la afirmación contenida en el punto 1.1.2.11. si bien es cierto el H. Consejo de Estado ha dicho que los retiros por llamamiento a calificar servicios no deben motivarse, esta posición jurisprudencial constituye una clara violación al derecho de defensa y a lo establecido en el Artículo 44 del CPACA, porque, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional en múltiples fallos, omitir las razones del retiro, impiden al administrado judicializar y controvertir ese acto administrativo, porque tendría que entrar a adivinar los motivos que llevaron a la Policía Nacional a decidir su retiro del servicio, ya que no se estaría notificando los motivos que sirvieron de causa a la decisión, para entrar a debatir si se trata de una disposición adecuada a los fines de la norma que la autoriza y su

proporcionalidad.

CUARTO: En relación con lo señalado en el numeral 1.1.2.12. Si el suscrito tiene derecho a disfrutar de una Asignación Mensual de Retiro durante el tiempo en que me encuentro retirado del servicio, el derecho a percibir tal prestación social tiene su origen en dos elementos: tiempo de servicio y pago de aportes.

Además el Artículo 19-2 de la Ley 4ª de 1992 al establecer las excepciones al Artículo 128 superior establece claramente las asignaciones de retiro, razón por la cual percibir tal asignación, y, en caso de sentencia favorable de reintegro, una indemnización correspondiente al valor de los salarios y subsidios dejados de percibir durante el tiempo de retiro, son compatibles.

QUINTO: Respecto de lo aseverado en el numeral 1.1.2.13. es inexacto afirmar que el reintegro del suscrito afecta gravemente a la Institución “no solo por las consecuencias presupuestales sino también por la configuración de la Inseguridad jurídica”, por lo siguiente:

5.1. No tiene graves consecuencias presupuestales, porque la asignación mensual de retiro no es cancelada por la Policía Nacional como desatinadamente lo presenta esa Institución en todas las tutelas que formula. La asignación de retiro es cancelada por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, establecimiento público descentralizado del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional (no a la Policía Nacional), creado mediante Decreto 0417 de 1955, adicionado y reformado por los Decretos 3075 de 1955, 782 de 1956, 2343 de 1971, 2003 de 1984 y 823 de 1995 y Acuerdo 008 de 2001, razón por la cual goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente. Por tal razón, afirmar, como lo hace la Policía Nacional que los reintegros laborales traen graves consecuencias presupuestales, es falso, porque esa institución NO HACE UNA DOBLE EROGACIÓN como siempre lo afirma.

5.2. Señalar que los reintegros laborales con ocasión de los retiros arbitrarios que hace la Policía Nacional, configuran inseguridad jurídica, es toda una impropiedad; NO MOTIVAR esos retiros es lo que constituye no solo una arbitrariedad sino que, admitirlo por parte de las autoridades como lo está haciendo el H. Consejo de Estado, sí constituye una violación a la seguridad jurídica y a la independencia del Juez.

Sea esta la oportunidad para poner en conocimiento de la H. Corte Constitucional, la arbitrariedad que se está presentando en la actualidad. En efecto, la Policía Nacional ha tomado como estrategia interponer ACCIONES DE TUTELA contra sentencias ejecutoriadas de segunda instancia que acceden a las súplicas de la demanda ordenando el reintegro de Oficiales, con argumento similar como el aquí planteado, expresando que se le están violando los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

La Policía Nacional en los escritos de tutela, controvierte nuevamente las razones de inconformidad que tiene respecto de una providencia proferida por el juez competente, expedida con observancia de todas y cada una de las normas aplicables al caso particular y respetando el debido proceso (la Policía en esta tutela ha esgrimido la misma tesis).

La Policía posee la facultad concedida por el legislador para retirar del servicio al Oficial que quiera; simplemente, debe cumplir con los requisitos establecidos en LA LEY y en la Jurisprudencia sobre el tema de la H. Corte Constitucional, recientemente confirmados en la SU-053 de 2015, 172 de 2015 y SU-288 de 2015. La falta de motivación equivale a una violación al debido proceso, porque impide el derecho de defensa ante la jurisdicción contenciosa, es decir que quebranta Constitución y Ley. ¿Si la Policía sabe el motivo por el cual retira a un Oficial, pero nadie le exige que lo revele, cómo puede el afectado recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa y salir triunfante si - como lo plantea el H. Consejo de Estado - "su derecho" se limita a especular sobre cuál fue el motivo del retiro? [..]

No se observa que el Tribunal accionado haya actuado de manera negligente, ni su decisión haya olvidado cumplir con el deber de análisis de las realidades fácticas y jurídicas sometidas a su criterio. Sus argumentos consultaron reglas mínimas de razonabilidad y obedecieron a la hermenéutica propia de la autonomía judicial. La Policía estuvo representada durante todo el trámite del proceso, alegando, como lo hace ahora, que para llamar a calificar servicios a un Oficial, solo es necesario que haya cumplido un tiempo determinado de servicio (que la misma Policía denomina concepto previo), que lo hace acreedor a una asignación mensual de retiro.

La Policía Nacional insiste en que el solo hecho de tener más de 18 años de servicio en la Institución, es causal suficiente para retirar a los Oficiales, agregando que el Tribunal

incurrió en vía de hecho por defecto fáctico, porque se evaluaron indebidamente las pruebas arrimadas al proceso, es decir, que traslada al juez constitucional lo que fue decidido por el juez natural, lo que en buen romance significa, que, como ya lo anoté, la Policía Nacional está tomando la Acción de Tutela, como una TERCERA INSTANCIA, lo cual resuelta ajeno al derecho. ¿En dónde quedarían la seguridad jurídica, la confianza legítima y la autonomía del Juez?”.

2.2.2. Policía Nacional.

Mediante oficio del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), el Coronel Giro Carvajal Carvajal, en calidad de Secretario General de la Policía Nacional, da respuesta a los interrogantes formulados por la Corte Constitucional mediante auto del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), y fija un contexto conceptual de la figura objeto de estudio. Al respecto indica:

2.2.2.1. El Coronel Giro Carvajal Carvajal, representando en este caso a la Policía Nacional, indica como marco constitucional de las figuras mencionadas los artículos 2 y 218 de la Constitución política; y define como marco legal los artículos 1 y 19 de la Ley 62 de 1993.

Sostiene que los artículos mencionados determinan el fin primordial de la Policía Nacional consistente “en salvaguardar a todas las personas en su vida, honra y bienes”, y la tarea que se desprende de esta finalidad que es la garantía de la seguridad ciudadana, el bien común, la paz y armonía común, debido a esta finalidad, la labor que se le encomienda a esta institución requiere el cumplimiento de condiciones más exigentes que las del resto de servidores públicos.

Por lo cual, se determina que al expedirse el Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003 concernientes a la carrera del personal policial, sí se tuvieron en cuenta las disposiciones de la Carta Política respetando a su vez de la existencia de la misión y función de la Policía Nacional. “Es decir, en virtud a la importancia de la actividad de la policía, las medidas o controles sobre quienes la ejecutan han de ser un real y efectivo medio para “mejorar” el servicio que se presta y permitir el movimiento y desarrollo dinámico dentro de la entidad”.

2.2.2.2. Añade que tanto la Ley 1791 de 2000 como la Ley 857 de 2003 “consagran la posibilidad de retirar del servicio activo de la Policía Nacional a quienes cumplan unas requisitos específicos para el retiro por llamamiento a calificar; y se consagra el retiro por voluntad del Gobierno o del Director General a quienes estén inmersos en circunstancias especiales que le den origen a estas dos autoridades a hacer uso de la potestad discrecional prevista en la ley”.

Asimismo, el Coronel determina que “en ambas figuras se encuentra inmerso el tema de discrecionalidad de la autoridad competente para ejercer el retiro de un miembro de las Fuerzas Públicas”, en la medida en que “el Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional deben valorar entre quienes no solo cumplen con las condiciones mínimas requeridas para prestar el servicio sino además quienes cuenta con un perfil profesional que les permita gradualmente ir avanzando dentro de diferentes escalafones policiales.”

Ello determina que la finalidad de la previsión en la ley de estas dos figuras de retiro, consiste en velar por el cumplimiento de la labor de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y garantizar que todos convivan en paz.

2.2.2.3. Aduce que el llamamiento a calificar servicios permite el ejercicio de una potestad discrecional que consiste en la “facultad de la administración de poder elegir el sujeto pasivo de esta, sin establecer juicios de valor o argumento de fondo diferentes al cumplimiento del tiempo mínimo de la prestación de servicio.”

2.2.2.4. Menciona decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado respecto al llamamiento para calificar servicios, donde se determina la función, misión, fundamentos constitucionales y legales de esta causal de retiro, lo que reitera lo anteriormente establecido por él.

2.2.2.5. En cuanto al retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, sostiene que es una figura autónoma e independiente del llamamiento a calificar servicios, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la primera causal busca velar por el mejoramiento del servicio policial frente a casos que afecten el desempeño de la función institucional, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de un excelente servicio y su mejoramiento continuo, sin que requiera que el uniformado haya

tenido un tiempo mínimo de servicio.

2.2.2.6. Sobre este punto indica que “El fundamento jurídico del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General se encuentra en los artículo 1, 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003 para el caso de los Oficiales y Suboficiales; y por los artículos 54 y 55 del numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1761 de 200 para el caso del personal de Nivel Ejecutivo y Agentes, compendios normativos que permiten al Ejecutivo y a la Dirección Nacional de Policía Nacional, usar este mecanismo como medio para hacer efectivo el BUEN SERVICIO PÚBLICO que debe prestar la Policía Nacional, dando así cumplimiento expreso a lo previsto por la Constitución Política en su artículo 218, respecto al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de que los habitantes de Colombia convivan en paz, que son más que verdaderamente razones del servicio.”

2.2.2.7. Posteriormente, el Coronel Ciro Carvajal Carvajal procede a responder las preguntas formuladas por el despacho, al respecto indica:

Pregunta: “Explique las diferencias en cuanto a la naturaleza, procedimiento y efectos del retiro por voluntad del Gobierno o del Comando General y el retiro por llamamiento a calificar servicios”:

Respuesta: En primer lugar, señala el Coronel, que la naturaleza jurídica de estas dos formas de retiro son similares, en cuanto a que las dos son de carácter discrecional y legal.

En segundo lugar, el procedimiento para el llamamiento a calificar servicios surge de la verificación del cumplimiento de un tiempo mínimo que constituya el derecho del uniformado de una asignación de retiro, siempre que medie el concepto previo de la Junta respectiva. Por otro lado, el procedimiento del retiro por voluntad del Gobierno y del Director General tiene como requisito que la Junta verifique las condiciones de credibilidad, confiabilidad, probidad y desempeño del uniformado, para determinar así su continuidad o no en el servicio, garantizando el mejoramiento del servicio policial.

En tercer lugar, sobre los efectos del llamamiento a calificar servicios, resalta que se traducen en que el uniformado termina de forma normal su carrera policial, pasa a la

reserva activa y es beneficiario de una asignación de retiro, y en el caso de retiro por voluntad del Gobierno o del Director General son que el uniformado es desvinculado de forma definitiva de la Institución, sin tener en cuenta el tiempo que lleve ejerciendo el servicio, pues en esta causal lo que se busca es el mejoramiento del servicio.

Pregunta: “Explique si el llamamiento a calificar servicios puede o no ser entendido como una sanción”.

Respuesta: Frente a este interrogante expresa que esta figura “no puede ser entendida como una sanción, pues es una forma normal de culminación de la carrera policial, donde el uniformado pasa a la reserva activa de la institución.”

Pregunta: “Explique por qué el llamamiento a calificar servicios es una herramienta común a las entidades de la fuerza pública y cómo ella está relacionada con ese servicio y la estrictica”.

Respuesta: Porque la Fuerza Pública se rige bajo los principios de jerarquía y disciplina y esta figura sirve como mecanismo que articula de forma eficiente los mandatos, dinamizando la función pública que desarrollan los uniformados en aras de la seguridad y convivencia ciudadana, y está relacionada con la estructura piramidal como quiera que las instituciones que conforman la fuerza pública tienen las siguientes particularidades: “1) El ejercicio del mando como parámetro fundamental del funcionamiento organizacional, 2) El mando se ejerce de acuerdo con la jerarquía, 3) La cantidad de uniformados en cada uno de los grados y categorías depende de la planta que anualmente fije el Gobierno Nacional y ésta se encuentra supeditada a la disponibilidad presupuestal, y 4) No todos los subtenientes de una promoción pueden llegar a los más altos grados de la jerarquía por el eje piramidal de la estructura, asociado a la funcionalidad misma de la cada fuerza, en este caso de la Policía Nacional (solo hay un Director General de la Policía en el Grado de General)”.

Pregunta: “Dejar claro el procedimiento del llamamiento a calificar servicios y las múltiples razones que entran en juego en la decisión”.

Respuesta: Esta forma de retiro se inicia con la propuesta de la Junta respectiva, posteriormente se verifica que el uniformado cumpla con el tiempo mínimo que lo hace

acreedor del derecho de asignación de retiro.

Pregunta: “De ser posible, establecer las dificultades de exigir una motivación frente al llamamiento a calificar servicios”.

Respuesta: Esta figura requiere que el uniformado haya ejercido el cargo durante un mínimo de tiempo que lo haga acreedor de la asignación de retiro. Si se usa otra motivación, especialmente por razones de servicio, se estaría confundiendo la causal con el de Retiro del Gobierno Nacional.

Pregunta: “Explique de qué derechos gozan los oficiales que han sido llamados a calificar servicios, el status de ellos dentro de la institución y la diferencia frente a quienes han sido objeto de retiro por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional”.

Respuesta: Gozan de los “derechos de asignación de retiro, servicios médicos, de recreaciones en los diferentes clubes y centros vacaciones, a los colegios de Institución para el estudio de sus hijos y en general de las demás prerrogativas de bienestar social que le brinda a quien está es servicio activo, sin perjuicio de ser llamado de manera especial al servicio activo nuevamente.”

Pregunta: “Señale en qué casos la institución ha reintegrado por razones del servicio a un miembro de la reserva activa que haya sido retirado por llamamiento a calificar servicios”.

Respuesta: Manifiesta que el reintegro es una figura para incorporar de nuevo al miembro al servicio con una orden de la autoridad judicial competente.

La reincorporación es causada en sede administrativa y opera a petición personal del retirado del servicio activo y debe contar con el concepto de la Junta correspondiente. (La reincorporación está regulada en el artículo 70 del derecho ley 1791 del 2000.) En esta medida “No se ha realizado reincorporación o llamamiento especial al servicio, de personal por llamamiento a calificar servicios.”

Pregunta: “Explique cómo opera la reincorporación al interior de la Policía Nacional”.

Respuesta: La reincorporación es una figura por medio de la cual el personal retirado del

servicio activo, puede retornar al servicio nuevamente; esta se aplica de acuerdo a la convocatoria que realiza el Director General de la Policía Nacional, previa verificación de las vacantes existentes en el grado a reincorporar, una vez hecha la convocatoria, los interesados adelantan las pruebas que exige el protocolo de incorporación con el fin de ser verificadas las condiciones de orden médico, legal y psicotécnico, que permitan a la respectiva junta emitir el concepto de reincorporación del aspirante.

Una vez reincorporada la persona, se capacita y se le da el tratamiento normal de acuerdo al grado y antigüedad que tenía al momento del retiro.

Para atender lo relacionado a cesantías definitivas, estas se causarán a partir de la reincorporación, en todo caso el funcionario reincorporado debe laborar por lo menos cinco (5) años para efectos de poder adquirir el derecho a la asignación de retiro o a modificar el porcentaje por tiempo de servicio o a obtener el reajuste correspondiente al nuevo grado.

Pregunta: “Señale si en los últimos 3 años existen casos de oficiales, con más de 15 años de servicio, retirados por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional; o si por el contrario todo oficial con más de 15 años de servicio es retirado a través de la figura del llamamiento a calificar servicios”.

Respuesta: En los últimos tres años se han retirado ocho (8) oficiales por la figura de voluntad del Gobierno Nacional, los cuales han contado con más de quince (15) años de servicio, en atención a que su retiro obedeció a razones de mejoramiento del servicio.

Pregunta: “Explique la estructura piramidal actual de la institución, refiriéndose al número de cargos a partir del grado Mayor hasta el general”.

La estructura piramidal está soportada en el Decreto anual de la planta, donde se señala en número de vacantes para el grado jerarquía de la policía.

Para el periodo entre septiembre y noviembre de este año se dividen los grados de los oficiales en: Mayor, Teniente Coronel y Coronel, y para los oficiales Generales (Brigadier General, Mayor General y General). Inserta imagen con la estructura piramidal.

2.2.3. Coronel Larry Humberto Reyes Rincón.

Nelson Iván Zamudio, actuando en calidad de apoderado del Coronel Larry Humberto Reyes Rincón, se pronuncia respecto del auto del proferido por el Magistrado Sustanciador el veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), al respecto sostiene que:

2.2.3.1. En primer lugar, que el cuestionario que se envió al Comandante General de las Fuerzas Militares seguramente va a ser resuelto con la finalidad de justificar la legalidad de su actuación, que a criterio de Zamudio es ilegal, por lo que considera que las respuestas deben ser tenidas con la sospecha que el evento determina.

2.2.3.2. En segundo lugar, respecto al retiro por llamamiento a calificar servicios y al retiro por voluntad del Gobierno, las dos son causales de retiro del servicio activo de un oficial de las Fuerzas Armadas, pero cada una tiene fines y naturaleza diferentes.

La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios tiene una regulación diferente a la causal de retiro por voluntad del Gobierno.

En el caso específico del llamamiento a calificar servicio para su ejercicio requiere de acreditar requisitos sustanciales y formales como:

1. Requisito objetivo: La competencia para retirar a un funcionario de las Fuerzas Armadas está en el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000.
2. Requisito sustantivo: El motivo se inscribe en la necesidad del servicio, pues la única consideración para ello es la visualización del interés general plasmado en el beneficio de la entidad pública frente a la persona afectada.
3. Requisito sustancial: el fin de esta causal que es el mejoramiento del servicio, lo que implica un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, que se establezca por qué es necesario ejercer el retiro, y señalar el para qué atendiendo a las condiciones del miembro frente a la decisión que se va a tomar.
4. Requisito formal: que se realice por Decreto (artículo 99 del Decreto 1790 de 2000).
5. Que los motivos sean reales.
6. Contar con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las

Fuerzas Militares.

7. Agotar el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006.

De otro lado, la causal de retiro discrecional contiene otros requisitos formales y sustanciales:

1. Requisito objetivo: la competencia para retirar a un oficial de servicio activo está en el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000.

2. El estudio del Comité de Evaluación debe contener pruebas, la hoja de vida del afectado, el sopesamiento de los hechos frente a la misión constitucional de las Fuerzas Militares, la oportunidad de la medida y la razonabilidad y proporcionalidad de la misma.

3. La recomendación del Comité de Evaluación.

4. Que el afectado tenga un debido proceso y derecho de defensa a fin de tomar la decisión del Comité de Evaluación para lo que debe ser escuchado y notificársele la decisión.

5. Recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

6. Que las recomendaciones mencionadas se basen en razones objetivas y proporcionales, debidamente analizadas y sustentadas.

7. Que la recomendación y el retiro pretendan el mejoramiento del servicio como la misión de las Fuerzas Militares, es decir que las acciones valoradas y probadas tengan que ver con la seguridad del Estado.

2.2.3.3. Siguiendo con el mismo lineamiento afirma que el llamamiento a calificar servicios no está concebido como una sanción, ya que es una causal de retiro, es un mecanismo de administración de personal de carácter legal, pues no puede ejecutarse de manera caprichosa. Por ello debe ejercerse legalmente y cumpliendo a cabalidad los requisitos mencionados con anterioridad.

Añade que “el procedimiento para el llamamiento a calificar servicios inicia con la

determinación de una necesidad del mejoramiento del servicio, estableciéndola de manera objetiva, para lo cual debe proceder a seleccionar de manera proporcional, racional y objetiva los oficiales que serán retirados, teniendo en cuenta sus méritos y rendimiento laboral. Realizada tal selección, debe garantizarse el debido proceso y el derecho de defensa; teniendo en cuenta las evaluaciones y calificaciones del personal se procede a dar conocimiento del asunto a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y por último, el competente toma la decisión de retiro a través de un acto administrativo". (Negrilla y subrayado fuera del texto)

2.2.3.4. En cuanto a los derechos del oficial retirado por la causal de llamamiento a calificar servicio, el principal es el de disfrutar de asignación de retiro[1], "lo que no implica que la prestación justifique un retiro ilegal, pues ante el ejercicio ilegal de la facultad de retiro lo legalmente procedente es que se declare la nulidad de esa actuación y se ordene el restablecimiento del derecho que actúa como una forma de indemnización por la acción ilegal de la administración, que obliga al pago de emolumentos dejados de percibir por el retiro estos que no son incompatibles con la asignación de retiro reconocida, pues se trata de partidas diferentes, la asignación de retiro una prestación de naturaleza laboral por retiro mientras que los emolumentos dejados de percibir son un tipo de indemnización por la acción ilegal de la administración connatural al reniego, y al momento del reniego cesa el pago de la asignación de retiro".

Además de ello, sostiene que "no todo oficial que adquiera el derecho a la asignación de retiro es retirado efectivamente de la institución, y el retiro de los oficiales que tienen este derecho no siempre es por llamamiento a calificar servicios sino por otras causales como la solicitud propia del oficial".

2.2.3.5. Respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos, afirma que mediante Sentencia C-734 de 2000, reiterada en la Sentencia SU-250 de 1998, se precisó que la discrecionalidad debe darse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de una decisión meramente arbitraria o caprichosa. Por ello, el derecho de discrecionalidad que posee un Estado Social no es absoluto, toda vez que haría imposible la responsabilidad estatal y se eliminaría la justiciabilidad de los actos que desarrolla el Estado.

Con ello, “el retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas, pues la facultad discrecional tiene un fundamento constitucional en razón a la complejidad de la valoración de los comportamientos y conductas de los miembros de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por razones objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución, ocasionando un perjuicio al servicio público y al interés general.”

2.2.3.6. Así mismo, hace un recuento de algunas jurisprudencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto al tema de estudio, de lo cual concluye que “si bien la jurisdicción constitucional y la contenciosos administrativa han abordado el asunto de los actos discrecionales desde una óptica diferente, los dos llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional sobrepasan sus facultades puede pedirse la nulidad del acto porque la autoridad administrativa incurrió en una desviación del poder y porque los mismos carecen de motivación. Por lo cual, la falta de motivación genera una causal de anulación del acto de retiro”.

Pese a lo anterior, determina que las necesidades del servicio y el buen servicio no pudieron ser causal del retiro del Coronel Larry Humberto Reyes Rincón, pues señala pruebas directas en las que se demuestra el buen funcionamiento y rendimiento laboral del funcionario, y donde se menciona que su llegada a la jefatura fue una ganancia en cuanto aumento de personal militar, entre otros elementos.

Afirma que, en las pruebas testimoniales se refleja el desmejoramiento que se sufrió en la entidad por su retiro, pues se afectó el desempeño de la oficina en sus cargas laborales, como también se perdieron las políticas de reorganización que se estaban cuando el coronel se encontraba en su cargo. De forma que, el oficial había cumplido satisfactoriamente el servicio para el cual se encontraba a cargo, cumpliendo una labor sobresaliente a lo largo de su actividad laboral dentro de las Fuerzas Públicas.

2.2.3.7. Con la finalidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, el abogado muestra “los hechos antecedentes que se constituye en la justificación de la decisión, indudablemente se aprecian en la observación en la hija de vida que consigna el trayecto de eficiencia e ineficiencia de la prestación del servicio”.

Ello debido a que “en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del

acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque normalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido corresponde al juez apreciar y validar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demanda en la tarea de consolidar la legalidad de la medida”.

“De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICIA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la evidencia de decisiones secretas y ocultas amparadas en la trujinada frase incorporada en la contestación de demandas que pregona insistentemente por la legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima las decisiones injustificadas”.

2.2.3.8. Concluye que hay una relación de causalidad directa entre el retiro ilegal que se ejerció en contra del Coronel Larry Humberto Rincón, las desavenencias surgidas dentro de la Fuerza Aérea Oficina Asesora Jurídica y de Derechos Humanos por la llegada del coronel a esa dependencia, lo cual se sumó a la situación presentada con la subteniente Mónica Bustos, lo cual sin miramiento alguno, llevó a tomar la decisión de retirarlos del servicio activo sin considerar las necesidades del servicio y su mejoramiento, sino únicamente verificando el cumplimiento del requisito objetivo del derecho a asignación de retiro. Por lo cual, la decisión tomada no fue legal, sino caprichosa y arbitraria, guiada por el ánimo de venganza en la medida en que no se consultó el espíritu de las normas que la contemplan y se violentó el marco normativo que debía obedecerse.

Señala además, el haber sido usado el poder discrecional para fines diferentes al mejoramiento del servicio, al desconocerse las normas que rigen la facultad de ejercer el retiro por llamamiento a calificar servicios y el acto administrativo al estar dentro de las causales previstas en los artículos 84 y 95 del Decreto 01 de 1984 el acto debe ser anulado. “De esta forma, el amparo de tutela querrellado debe ser prodigado en defensa de los derechos constitucionalmente garantizados como fundamentales”.

2.2.4. Comando General de las Fuerzas Militares.

Mediante oficio del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), el Almirante Henry John Blain Garzón, Jefe de Estado Mayor del Conjunto de las Fuerzas Militares, dio respuesta a los interrogantes planteados por el sustanciador, mediante auto del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015). Al respecto afirmó:

“Diferencia en cuanto a la naturaleza, procedimiento y efectos del retiro por voluntad del Gobierno o del Comando General y el retiro por llamamiento a calificar servicios

El retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional opera para el personal de la Policía Nacional, también esta figura se regula por el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, modificado por la Ley 857 de 2003. Asimismo, el procedimiento para aplicar esta figura está regulada en el artículo 4to que señala lo siguiente:

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.

Por otro lado, el retiro por llamamiento a calificar servicios está regulado en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006. Además, esta figura es común en las Fuerzas Militares.

Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

La Corte Constitucional en Sentencia T-263/2013 sostiene que una de las diferencias más importantes respecto a las consecuencias jurídicas que se presentan entre estas dos figuras se da en lo relativo al vínculo del oficial o suboficial con la institución, por cuanto de ello depende la continuidad en el disfrute del régimen prestacional especial creado para beneficiar a este grupo de servidores públicos. Con ello, puede apreciarse que en el llamamiento a calificar servicios existe una situación fáctica consistente en una falta disciplinaria grave, en el incumplimiento del deber o en otra causal objetiva que justifica el retiro y obliga a la desvinculación del policía, lo cual no ocurre con el retiro por voluntad del gobierno, donde se pretende la renovación generacional de la estructura de mando de la institución.

Además de ello en la Sentencia C-072 de 1996 y en el Decreto 1791 de 2000 se establece que la cesación del servicio por “Voluntad del Gobierno” comprende los siguientes tópicos:

i) Es una potestad que la ley le otorga al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional según el rango del funcionario a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar de su cargo a miembros de la Fuerza Pública.

ii) Tal facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere un concepto previo que emite la Junta Asesora de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales o de la Junta de

Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo.

iii) El retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado el caso concreto, apreciando las circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple con sus funciones, sobre el entendido que estas deben estar encaminadas a los fines que la ley le ha confinado.

iv) La facultad discrecional se da debido a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución.

v) El oficial retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.

Conforme a la Sentencia C-072 de 1996 y al Decreto 1791, la situación jurídica del llamamiento a calificar servicios es:

i) La institución emite un acto administrativo que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial, tampoco es una forma de desvinculación como la destitución.

ii) Esta facultad solo puede ser ejercida cuando el miembro ha laborado durante 15 años o más -según el caso-, que le garantice el acceso a una asignación de retiro previa recomendación a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

iii) La cesación del servicio por esta causa se considera como una situación en la que el funcionario sin perder su rango en la milicia, culmina su carrera sin que se vean obligados a prestar el servicio en actividad.

v) Hay la posibilidad de que el uniformado sea reincorporado.

vi) Es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la Fuerza Pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos”.

Respecto al llamamiento para calificar servicios, sostiene que “es de gran importancia tener

en cuenta que actualmente las Fuerzas Militares tienen un sistema de evaluación de sus miembros regulado por la Ley 1799 de 2000, en la cual se indica la forma de apreciación objetiva del desempeño de los funcionarios, que a su vez permite la toma de decisiones administrativas para lograr un mejoramiento del servicio, pues establece un seguimiento del personal basado en los méritos alcanzados a lo largo de su carrera”.

Concluye que “el llamamiento a calificar servicio es la herramienta más idónea con la que cuentan las Fuerzas Militares para prescindir de funcionarios que han tenido rendimiento inferior a sus similares”.

“Explique si el llamamiento a calificar servicios puede entenderse como una sanción.

[..] esta figura no puede entenderse como una sanción, toda vez que conforme a la estructura piramidal de la institución es imposible sostener un número mayor de funcionarios al que ha asignado el Estado en cada rango militar, pues previamente se han establecido unos gastos de personal que la institución no puede sobrepasar.

La Sentencia C-772 de 1996 determina que la institución tiene la facultad de emitir un Acto Administrativo que ordene el cese de actividades del uniformado, sin que ello implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.

Asimismo, la Corte en la sentencia mencionada, ha señalado que el Decreto 1791 en sus artículos 55 numerales 2 y 57 no viola el debido proceso, porque el retiro del servicio previsto en ellas no es producto de una sanción toda vez que no median formas propias del proceso penal o disciplinario, sino que se oficina en un acto discrecional válidamente justificado.

Tampoco se vulnera el derecho a la igualdad en la medida en que el retiro procede con un previo estudio de cada caso concreto, mediante la apreciación de circunstancias singulares que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple los requisitos exigidos para el desempeño de su función. Por último, no se vulnera el derecho del trabajo porque los miembros de la Fuerza pública no tienen un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva a la disponibilidad para la

remoción de su personal.

Explique la razón por la que el llamamiento a calificar servicios es una herramienta común a las entidades de la Fuerza Pública y cómo ella está relacionada con el servicio y la estructura piramidal de la entidad.

Se determina que esta figura es de gran pertinencia para la institución debido a la organización piramidal y jerárquica de las Entidades de la Fuerza Pública que obedecen al criterio de excelencia que debe investir el desempeño de actuaciones que la constitución y la ley le ha asignado a los miembros que integran este cuerpo.

El carácter intrínseco del cumplimiento de la función de la protección del interés general demanda una periódica revisión de todo el personal uniformado y justifica que un examen de las características de los miembros se haga, con la finalidad de que respondan a cabalidad la misión entregada, sobre todo cuando la misión implica detentar el monopolio de armas.

En la actualidad para que proceda el llamamiento a calificar por servicios requiere que el militar o policía haga cumplido requisitos para tener derecho a la asignación de retiro. En cuanto a los oficiales se requiere un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y Policía Nacional, este debe estar de acuerdo a la Lista de Clasificación en la que esté el oficial o suboficial[2] y debe ser emitido con base en el estudio que presenta el Comandante de la Fuerza al cuerpo colegiado.

Dejar en claro el procedimiento del llamamiento a calificar servicios y las múltiples razones que entran en juego en la decisión.

Frente a la motivación para el llamamiento a calificar servicios del personal de las Fuerzas Militares, debemos precisar que la razón de la existencia de esta causal de retiro se fundamenta en el mejoramiento del servicio, el cual busca que los hombres que cuenten con una mejor preparación e idoneidad profesional, sean quienes ostenten cargos con mayores responsabilidades.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la motivación para el retiro por “llamamiento a calificar servicios”, parte de la evaluación y clasificación del personal de las Fuerzas

Militares, aspecto regulado por el Decreto Ley 1799 de 2000, el cual se da a través del diligenciamiento del folio de vida como recurso documental, para evaluar al oficial o suboficial por lapsos establecidos en la citada norma, con parámetros de cumplimiento de los denominados indicadores de evaluación, los cuales arrojan resultados en forma cuantitativa la llamada lista de clasificación [...]

De ser posible, establecer las dificultades de exigir una motivación frente al llamamiento a calificar servicios.

Los criterios establecidos para la motivación de los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentran contenidos en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”.

La Corte Constitucional en Sentencia C-734 de 2000, reiterando lo dicho en la SU-250 de 1998, en lo relativo a la motivación de los actos administrativos, teniendo en cuenta que la misma se erige en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, precisó que la idea de lo discrecional debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo prescribió el legislador colombiano en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (hoy contenido en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011), según el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”,

Esa misma sentencia puso de relieve como el Consejo de Estado también ha reconocido que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta no existe, toda vez que esta haría imposible la responsabilidad estatal [...]

a. Asignación de retiro de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 4422 de 2004, por el Decreto 1157 de 2015.

b. Continuidad en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

c. Derecho a las prestaciones sociales de acuerdo al Decreto 1211 de 1990

d. Su retiro es de carácter temporal con base a la reserva, sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización previstos en el Decreto 1790 de 2000.

Señale en qué casos en que la institución ha reintegrado por razones de servicio a un miembro de la reserva activa que haya sido retirado por llamamiento a calificar servicio

No se han presentado casos en la institución, por tal motivo.

Explique cómo opera la figura de "Reincorporación" al interior de las Fuerzas Militares

Esta figura está regulada en el artículo 115 del Decreto 1790 de 2000 que determina que los oficiales y suboficiales retirados en forma temporal podrán ser reincorporados en cualquier tiempo, a solicitud de parte, por voluntad del Gobierno o del respectivo comando de fuerza, según las necesidades del servicio. Las causales y procedimiento para la Reincorporación del personal se establecen en los artículos subsiguientes del Decreto mencionado del artículo 116, 117 y 118.

Señale si en los últimos tres años, existen casos de oficiales con más de 15 años de servicio retirados por voluntad de la Dirección o del Gobierno Nacional; o si por el contrario todo oficial con más de 15 años de servicio es retirado a través del llamamiento a calificar servicios.

La totalidad del personal retirado del Ejército Nacional por la causal de llamamiento a calificar servicio desde el 01 de enero de 2010 hasta el presente ha contado con 15 años o más de servicio a la institución en cumplimiento al artículo 103 del Decreto 1790 de 2000.(SIC)

En los últimos 3 años no se han presentado en la Armada Nacional y en la Fuerza Aérea Colombiana los casos señalados en el numeral 9 del presente cuestionario".

Explique la estructura piramidal actual de la institución, refiriéndose al número de cargos a partir del grado Mayor hasta el general".

Los siguientes cargos que se señalaron por el Almirante están regulados en el Decreto 0562 del 27 de marzo de 2015.

GRADO

ARC

FAC

General

4

3

2

Mayor General

25

12

7

Brigadier General

44

25

12

Coronel

451

229

147

Teniente Coronel

1084

311

300

Mayor

1565

298

308

Según el gráfico el cupo para cada grado disminuye conforme se va ascendiendo, por los motivos expresados en la respuesta 2 del escrito.

2.2.5. Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá.

2.2.5.1. Determinó que la acción solicitada por el accionante contiene una interpretación errónea de la norma que sirve de base de sus pretensiones.

2.2.5.2. Afirmó que no hay legitimación en la causa por pasiva de este despacho frente al juicio de la acción constitucional que se adelanta, pues la decisión que tomó esta fue de primera instancia y sobre la misma se ejerció recurso de apelación, de tal forma que su acción no fue determinante para causar los presuntos males que el accionante acusa como violatorios de sus derechos fundamentales.

2.2.5.3. Igualmente, sostuvo que a partir del Acuerdo No. PSAA14-10156 del treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura asignó a este juzgado la competencia en el sistema impuesto por la Ley 1437 de 2011, por lo cual a partir del dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), el presente

despacho perdió competencia para conocer, tramitar y decidir asuntos que correspondan al sistema escrito del Decreto 01 de 1984.

2.2.5.4. Por otro lado, consideró que hay improcedencia de la acción de tutela debido a que no se encuentran satisfechos los postulados jurisprudenciales que han de seguirse para estos casos. Con ello, define que no se vislumbra la constitución de los defectos sustantivos o fácticos que permita la procedencia de la acción de tutela bajo revisión.

2.2.5.5. Por último, realizó las siguientes solicitudes:

- a. Que se le desvincule del trámite constitucional, debido a que no hay legitimación en la causa por pasiva.
- b. Que se declare la improcedencia de la acción de tutela ejercida por el señor Larry Humberto Reyes Rincón.

Y de manera subsidiaria solicita:

- c. Que se confirmen las sentencias de tutela revisadas, proferidas por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado dentro del trámite iniciado por el accionante.

2.2.6. Junta interamericana de Defensa.

Mediante oficio del dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015) el Presidente del Consejo de Delegados, Vicealmirante Gonzalo Ríos Polastri, en respuesta al oficio enviado el cuatro (04) de septiembre de esta anualidad, señaló que:

“Siendo esta una consulta referida a aspectos administrativos, la Junta Interamericana de Defensa no puede pronunciarse por corresponder a un ámbito de orden normativo legal de carácter mencionado y no de asuntos técnicos en el área Militar y Defensa que son de alcance de nuestra competencia.

Sin embargo, en caso se requiera conocer los diversos procedimientos vigentes sobre el particular en los países, le recomendamos que se dirijan a los Ministerios correspondientes de cada país, quienes son los facultados para brindar este tipo de información que difiere para cada país respecto de sus procedimientos para administración personal y manejo de

efectivos por grados, incluso en lo que corresponde a las Fuerzas armadas y a Fuerzas Policiales”.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a lo reseñado respecto de las situaciones fácticas planteadas y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de las solicitudes de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Plena de esta Corporación establecer si los despachos judiciales accionados vulneraron los derechos fundamentales invocados por los peticionarios, al no aplicar, a juicio de los tutelantes, el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, reiterará los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; tercero, reiterará las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; cuarto, estudiará el defecto por desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma; quinto, las diferencias existentes entre las causales denominadas llamamiento a calificar servicios, retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y Retiro Discrecional en las Fuerzas Militares; sexto, la posición de la Corte Constitucional frente a las causales denominadas retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, séptimo, precisión de la jurisprudencia frente a la causal denominada retiro por llamamiento a calificar servicios y, por último, el análisis de los casos concretos.

3.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

3.3.1. El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 5°, establece que la acción de tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que haya violado, viole o amenace violar derechos constitucionales fundamentales.

Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, para garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por esta razón, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

3.3.2. En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992[3], declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del decreto, los cuales se referían a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales.

3.3.3. En aquel momento, la Sala Plena consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales, de manera que permitir su ejercicio contra dichas providencias vulneraría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial.

No obstante la declaración de inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyeran manifiestas vías de hecho. Así, a partir de 1992, esta Corporación comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyen vías de hecho, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto

sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental). Con el paso del tiempo, el Alto Tribunal en su jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de vías de hecho.

3.3.4. La doctrina de las vías de hecho fue replanteada en la Sentencia C-590 de 2005[4]. En este fallo, la Corte señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: unos requisitos generales de procedencia de naturaleza estrictamente procesal y unas causales específicas de procedibilidad de naturaleza sustantiva que recogen los defectos que antes eran denominados vías de hecho.

El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos interlocutorios, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto.

En este orden de ideas, pasa la Sala a analizar los requisitos generales y las causales especiales que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como necesarios para que proceda la tutela contra providencias judiciales.

3.4. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

3.4.1. Los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, son condiciones de procedimiento que buscan hacer compatible la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la eficacia de principios de estirpe constitucional y legal como la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, y la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama judicial.[5] Estos requisitos son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una

clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[6]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[7]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[8]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[9]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la

vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[10]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[11]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas"[12].

3.4.2. En la sentencia referida anteriormente se estableció que después de probar el cumplimiento de los requisitos generales señalados, el accionante debe demostrar que tuvo lugar alguna de las causales específicas de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada. Esas causales se examinan a continuación:

3.5. CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

En la Sentencia C-590 de 2005[13], a partir de la jurisprudencia sobre las vías de hecho, la Corte señaló las siguientes causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Se trata de defectos sustanciales que por su gravedad hacen incompatible la decisión judicial de los preceptos constitucionales[14]. Estos son:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la

aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[15] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado"[16].

"i. Violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución"[17].

Teniendo en cuenta que para la Sala resulta relevante analizar a fondo el defecto alegado por los tutelantes, "Desconocimiento del precedente", debido a que a su juicio los despachos accionados no tuvieron en cuenta el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo concerniente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Policía Nacional, por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, se procederá a hacer una breve caracterización de dicho defecto como causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.6. DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

3.6.1. El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica

exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia[18]. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[19] u otros mandatos de orden superior.

3.6.2. La supremacía del precedente constitucional surge del artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas[20]. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias tanto en su parte resolutive, como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia[21]. Por esta razón, si se desconoce el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, se “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.”[22]

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-656 de 2011[23] sostuvo lo siguiente:

“(...) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.

3.6.3. La Sentencia T-351 de 2011[24] explica que el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta[25], y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad.

En lo concerniente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto constitucional -bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución.

En cuanto a los fallos de revisión de tutela, el respeto de su ratio decidendi es necesario para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. Es por esto que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aún cuando se trate de tribunales de cierre de las demás jurisdicciones[26].

En este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política[27].

3.6.4. En este orden de ideas, se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela[28].

Al respecto, vale la pena traer a colación las pautas resaltadas en la Sentencia T-351 de 2011[29], para establecer cuándo hay un desconocimiento del precedente constitucional:

“(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine”.

3.6.5. En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha clasificado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional también como una hipótesis de defecto sustantivo. Entre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra fallos judiciales se pueden presentar diversos tipos de relaciones, y en un caso pueden concurrir varios defectos. Así, tanto la doctrina[30] como la jurisprudencia[31] han identificado el “desconocimiento del precedente judicial”, como una modalidad del defecto sustantivo –como ya se advirtió, y como una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) el desconocimiento del precedente puede derivar en un defecto sustantivo cuando se irrespeta la cosa juzgada constitucional establecida en sentencias con efectos erga omnes,

o en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (entre otros) cuando el juez se aparta de la doctrina constitucional contenida en la ratio decidendi de los fallos de revisión de tutela”[32] (resaltado fuera del texto original).

Lo cierto es que independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique –como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo–, el desconocimiento del precedente constitucional, además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional, lo que constituye una razón de más que hace procedente la acción de tutela contra la providencia atacada.

3.7. EL RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, EL RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y EL RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES. DIFERENCIAS.

3.7.1. Normativa aplicable:

3.7.1.1.

En un principio es importante precisar que la Fuerza Pública tiene un valor principal y una función protagónica del Estado Social de Derecho prescrito por la Constitución de 1991.

En el artículo segundo de la Carta se establecen los fines esenciales del Estado en que se fundamenta la existencia de las dos grandes instituciones de la fuerza pública; por una parte, para las Fuerzas Militares “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial” y, por otra, para la Policía Nacional “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Comparten además, con todas las demás autoridades de la República, la función esencial de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

3.7.1.2.

En razón de la importancia de la institución para el Estado Social de Derecho, el Capítulo 7 de la Carta se titula justamente “De la Fuerza Pública” y desarrolla entre los Artículos 216 a 223

Superiores las cuestiones principales sobre el tema.

3.7.1.3.

En la Carta se deja claro la naturaleza funcional de las Fuerzas Militares, -compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- . así: “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”[33].

3.7.1.4.

Al respecto, considerando la naturaleza endémica de la institución militar, el artículo 217 prevé: “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”[34] Cuestión que actualmente se regula por el Decreto 1790 de 2000.

3.7.1.5.

La norma que regula las causales de retiro es el Art. 100, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. En él se establece:

El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.
9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.

3.7.1.6.

La evidencia de que el servicio en las Fuerzas Militares -y como se verá adelante, también en la Policía Nacional - tiene una naturaleza diferente al de cualquier otro cargo público, y en especial, la estructura jerárquica y piramidal, hace que tenga unas condiciones diferentes de permanencia en el cargo. Lo cual, se encuentra a lo largo de las normas que regulan la actividad militar, pero claramente puede verse un reflejo de ello en el literal a) del artículo 100, Decreto 1790 de 2000.

3.7.1.7.

Como se puede ver, entre la vinculación y el retiro definitivo, existe un estadio único en la Fuerza Pública, que en el caso de las Fuerzas Militares se denomina “Retiro Temporal con pase a la Reserva” en el cual se encuentran causales que son evidentemente disimiles con la naturaleza de los cargos de carrera.

Así por ejemplo, mientras el sentido mismo de la Función Pública y de los cargos de carrera es garantizar la estabilidad laboral de los empleados, en la carrera militar, una causal de retiro temporal es cumplir 4 años en el grado de General o Almirante. Y otra es la de sobrepasar la edad correspondiente al grado. Ambas cuestiones se relacionan específicamente con la necesidad de que exista una rotación permanente en los cargos, y que se pueda garantizar el relevo del personal en un oficio que tiene tanta exigencia física y mental.

Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia - pues se mantiene el rango y los honores - que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.

Además del llamamiento a calificar servicios, en las Fuerzas Militares existe el retiro discrecional, el cual está regulado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 y compilado por el Decreto 1428 de 2007. Al respecto señala la norma:

“ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado

por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99[35] de este Decreto”[36].

3.7.1.8.

Por otra parte, la Policía Nacional ha sido constituida con el fin primordial de salvaguardar a todas las personas en su vida, honra y bienes, es decir que tienen a su cargo la garantía de la seguridad ciudadana, el bien común, la paz, la armonía, entre otros. Finalidad que tiene sustento en los artículos 2 y 218 de la Constitución. Los cuales rezan:

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es 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.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”

3.7.1.9.

En esta medida, considerando la naturaleza excepcional de la institución y de las funciones de los cargos que en ella se desempeñan, el legislador tal y como lo contempla el último párrafo del artículo 218 Superior, es el encargado de determinar el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de la Policía Nacional, razón por la cual en uso de dichas facultades extraordinarias ha creado diferentes normas que han reglamentado el régimen de carrera del personal policial. A saber:

3.7.1.10. En un principio, el Decreto 2010 de 1992, en su artículo 4º, instituyó en cabeza del Director General de la Policía Nacional, la facultad discrecional de disponer del retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el sólo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos establecido en el artículo 47 del Decreto Ley 1212 de 1990, éste último fue objeto de control constitucional y fue declarado exequible por esta Corporación mediante Sentencia C-173 de 1993[37].

Subsiguientemente, el Congreso expidió el Decreto Ley 41 de 1994[38], en el cual estableció en los artículos 75 y 76, las causales de retiro de los miembros de la fuerza pública dentro de las cuales se encontraba el llamamiento a calificar servicios y el retiro por disposición del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional. Disposiciones que posteriormente fueron modificados por los artículos 6º y 7º del Decreto Ley 573 de 1995.

3.7.1.11. Por último se expidió el Decreto Ley 1791 de 2000[39], el cual fue modificado por la Ley 857 de 2003[40], en lo concerniente al retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, la cual en sus artículos 1º, 2º, 3º y 4º desarrolló el retiro de la Policía Nacional y explicó las causales denominadas llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. Al respecto dispuso:

“ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

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

grado de Teniente Coronel.

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

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

ARTÍCULO 2o. 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.

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”.

3.7.1.12. En esta medida es importante precisar que en lo concerniente a la causal denominada Retiro por llamamiento a calificar servicios, el sustento jurídico de dicha figura se encuentra contenido en los artículos 1º, 2º numeral 4º y 3º de la Ley 857 de 2003[41] para el caso de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y en los artículos 54, 55 numeral 2 y 57 del Decreto Ley 1791 de 2000[42] frente a miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes.

3.7.1.13. En cuanto al fundamento jurídico que da soporte a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección de la Policía Nacional el mismo se encuentra contenido en los artículos 1 y 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003 para el caso de Oficiales y Suboficiales y por los artículos 54 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 para el caso del personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, extractos normativos que permiten al Ejecutivo y a la Dirección General de la Policía Nacional, utilizar este mecanismo para hacer efectivo el buen servicio público que debe prestar la Policía Nacional, dando de esta manera cumplimiento expreso a lo previsto por la Constitución Política en su artículo 218, respecto al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de que los habitantes de Colombia convivan en paz, que no son más que verdaderas razones del servicio.

3.7.1.14. De lo anterior, se puede colegir que el Congreso de la República ha

expedido normas tendientes a regular el retiro del personal adscrito a la Policía Nacional por sus diferentes causales. Sin embargo, en esta ocasión la Corte se centrará en estudiar a fondo las causales denominadas “Retiro por llamamiento a calificar servicios y Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General” y sus diferencias.

3.7.2. Desarrollo y diferencias entre las causales denominadas “retiro por llamamiento a calificar servicio y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General (en la Policía Nacional) o Retiro Discrecional (en las Fuerzas Militares)”.

3.7.2.1. Teniendo claro el marco normativo descrito anteriormente, se procederá a realizar un cuadro comparativo entre las dos figuras denominadas “Retiro por llamamiento a calificar servicios, el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y el Retiro Discrecional en las Fuerzas Militares”:

RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA
POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA

1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.

1. La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.

2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a la asignación de retiro.

En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

2. Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.

3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón[43].

3. Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro (requisito sine quanon), prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)

4. Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha

contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.

4. Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.

5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.

5. Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.

6. Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.

7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.

7. No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u

orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.

8. El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).

Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.

8. Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.

Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. [44]

3.7.2.2. Del cuadro anterior, se puede evidenciar que ambas figuras difieren

sustancialmente en cuanto a su contenido, requisitos y efectos o consecuencias, pero son similares en cuanto a la intención de retirar del servicio activo de la Fuerza Pública a quienes cumplan unos requisitos específicos (para el caso del retiro por llamamiento) o se encuentren inmersos en circunstancias especiales, por razones del servicio, (para el caso del retiro discrecional en las Fuerzas Militares o del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional) que generen el ejercicio de la facultad “discrecional” prevista en la norma.

3.7.2.3. En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro[45].

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

3.8. REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA CAUSAL DENOMINADA RETIRO DISCRECIONAL O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

3.8.1. Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) dicha facultad puede ser ejercida en

cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple cabalmente con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro[46].

3.8.2. Del deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio, proferidos en virtud de una facultad discrecional.

3.8.2.1. En atención a la facultad discrecional que otorgó la ley al Gobierno Nacional y al Director General de cada institución para llamar a calificar servicios y para retirar a los miembros de la Fuerza Pública, esta Corporación consideró, que a la luz del artículo 1º superior -el cual dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho-, la administración debe respetar el derecho fundamental al debido proceso “-en sus tópicos de derecho de defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación-”[47] al proferir actos administrativos discrecionales.

3.8.2.2.

En efecto, en la sentencia SU-917 de 2010[48], se consideró que la cláusula del Estado de Derecho -que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribela arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados- se hace efectiva al permitir a “los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder”[49]; de manera que a la administración le corresponde motivar los actos haciendo expresas las razones por las

cuales se tomó la decisión, y a la jurisdicción le compete definir si esas razones son justificadas a la luz de la Constitución y la Ley.

Igualmente, se dispuso en la sentencia en mención, que la motivación de los actos administrativos no es sólo una garantía del Estado de Derecho, sino también del debido proceso y de los principios democrático y de publicidad: (i) si el acto administrativo no se encuentra motivado, el particular se halla impedido para ejercer las facultades que integran el debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada); (ii) la motivación de los actos administrativos constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas, por lo cual guarda una estrecha relación directa con el principio democrático; (iii) la publicidad se refleja en la motivación, pues permite que el administrado se encuentre informado de las decisiones adoptadas por la administración y que tenga claridad de las razones que les han servido de sustento[50].

Lo anterior bajo el entendido de que la administración goza de una discrecionalidad relativa, lo que significa que está sujeta a los límites que fijan la ley y la Constitución, impidiendo así la posibilidad de adoptar decisiones administrativas injustificadas y arbitrarias; esta posición se encuentra fundada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (antes artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo) en virtud del cual: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”[51].

3.8.2.3.

Así bien, se consideró en la sentencia SU-917 de 2010, que la noción de discrecionalidad absoluta no tiene cabida dentro de un Estado de Derecho, por lo que sólo es admisible la discrecionalidad relativa; “la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario”[52].

3.8.2.4.

Igualmente, en

sentencia T-723 de 2010[53], se reconoció que si bien el uso de facultades discrecionales se justifica en el régimen de carreras de los miembros de las Fuerzas Militares, debido a la finalidad de su configuración, tales potestades no constituyen un poder ilimitado, y en este sentido, no pueden desconocer los principios constitucionales ni el fin específico de las normas en que se fundan.

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

3.8.2.5.

De esta manera, y de conformidad con lo sostenido en la sentencia T-297 de 2009, para efectos de respetar el derecho fundamental al debido proceso en estos casos, debe acreditarse el cumplimiento de los siguientes supuestos: (i) la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto; (ii) la recomendación en comento debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio; y (iii) el informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, tienen que ponerse en conocimiento del afectado[54].

3.8.2.6.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional definió en la sentencia T-265 de 2013[55], los siguientes elementos comunes a toda potestad discrecional: (i) debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente; (ii) su ejercicio debe ser adecuado a

los fines de la norma que la autoriza; (iii) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Como consecuencia de los elementos expuestos, se consideró por parte de esta Corporación que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”[56]; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.

3.8.2.7.

De conformidad con las anteriores consideraciones, esta Corporación dispuso en la sentencia T-723 de 2010, en relación con la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios, que no basta con aducir que el funcionario respectivo cumplió con los requisitos para adquirir la mencionada asignación, ya que será necesario motivar la decisión de acuerdo con los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad.

3.8.2.8.

Por otro lado, y con respecto a los estándares mínimos de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional, propuso esta Corporación, recientemente en sentencia SU-172 de 2015[57], lo siguiente: (i) se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos; (ii) la motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; (iii) el acto de retiro debe

cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución, esto es, el mejoramiento del servicio; (iv) el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional; (v) la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad; (vi) el afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro, por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado; (vii) si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado; (viii) si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos.

3.8.2.9.

En atención a las anteriores consideraciones, puede concluirse que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que, los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de las Fuerzas Públicas –sean por retiro discrecional o por llamamiento a calificar servicios–, que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional otorgada por la ley, deben encontrarse motivados; de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

3.9. PRECISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A

CALIFICAR SERVICIOS.

3.9.1. De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 55[58] y el artículo 57[59] del Decreto 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, la Corte Constitucional consideró en la sentencia T-265 de 2013[60] que el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: (i) la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; (ii) esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; (iii) la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; (iv) el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; (v) existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; (vi) es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos[61].

Así bien, para hacer uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios se deben cumplir los siguientes requisitos: “El primero, que el funcionario satisfaga los condicionantes para adquirir la asignación de retiro y el segundo, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares”[62].

En este entendido, el cumplimiento de un determinado número de años al servicio de la institución no garantiza per se el llamamiento a calificar servicios, ya que la Fuerza Pública tienen la potestad de ejercer o no dicha facultad.

3.9.2. En esta oportunidad, la Corte considera importante realizar un análisis más profundo de la figura del retiro por llamamiento a calificar servicio diferenciándolo tal y como se hizo

en el acápite 3.7 de esta providencia, del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Lo anterior, debido que frente a estas dos causales de retiro de los funcionarios de la Fuerza Pública no existe claridad en la posición tomada por esta Corporación, ya que suelen confundirse e igualarse ambas cuando son diferentes en cuanto a efectos. Por lo tanto, la jurisprudencia en vigor resulta ajena a la verdadera naturaleza de la figura del llamamiento a prestar servicios y pone en riesgo la integridad y la finalidad de la Fuerza Pública.

3.9.3. Con la finalidad de precisar que aunque ambas causales de retiro son consecuencia de la facultad discrecional que la Ley les ha otorgado al Gobierno y a las instituciones de la Fuerza Pública, su finalidad, sus requisitos, efectos y resultados son distintos, por tanto no se podrían exigir para ambas figuras los mismos requerimientos como es el caso de la motivación del acto de retiro, en particular porque lo que se busca con el llamamiento a calificar servicios es proteger la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública.

3.9.4. Para tal fin, se pasará a analizar las diferencias entre las dos (02) figuras y las razones por las cuales no es necesaria una motivación adicional del retiro cuando se trata de la causal denominada llamamiento a calificar servicios, pues dicha motivación está contenida en el acto de forma extra textual[63], ya que claramente sus requisitos los determina la Ley. En consecuencia, exigir una motivación adicional desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros.

3.9.5. La causal de llamamiento a calificar servicios, se encuentra regulada, para la Policía Nacional, por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003 en concordancia con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, y en cuanto a las Fuerzas Militares, por el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, así:

El artículo 3° de la Ley 857 de 2003 establece que “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.”(Subrayado fuera del texto).

Por su parte, en el caso de las fuerzas militares, el artículo 128 de Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006 establece: “LLAMAMIENTO A

CALIFICAR SERVICIOS. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.” (Subrayado fuera del texto).

3.9.6. En este orden, para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

3.9.7. Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

3.9.8. De esa forma, el retiro por llamamiento a calificar servicios debe entenderse como una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-072 de 1996[64], al señalar que es una:

“acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas

de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Declarar la inexecutable total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice a los preceptos superiores”.

3.9.9. Según lo expuesto en esta sentencia y con fundamento en la función que desempeña la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

3.9.10. De esta manera, el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

3.9.11. Diferente es el caso, en que el retiro del servicio activo de la Fuerza Pública se da en aplicación de la causal de retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, ya que para producirse el mismo, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o el Director General, previa recomendación realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esta facultad está orientada al “mejoramiento del servicio”, forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el

incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general, la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad por parte de los miembros de la Fuerza Pública, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de estas Instituciones para el desempeño de sus funciones enmarcadas dentro del artículo 218 de la Constitución Política, generando lógicamente y consecuentemente, la decisión de retirarlos del servicio activo, mediante esta causal de retiro.

3.9.12. Es importante llamar la atención que si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia.

3.9.13. Con base en lo anterior, se realizarán las siguientes presiones con respecto a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios:

3.9.13.1. No se le puede otorgar igual tratamiento a ambas figuras (retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General), pues sus finalidades y efectos son diferentes. En el caso del llamamiento a calificar servicios es una terminación normal de la carrera de oficial dentro de la institución, con base en las dos (02) causales establecidas en la ley y, en el caso del retiro por voluntad se produce cuando por razones de “Mejoramiento del Servicio”, forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad de los miembros de la Policía, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de esta Institución para el desempeño de sus funciones”.

3.9.13.2.

En cuanto la exigencia de “motivación” frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a

saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro. En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015[65], dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que “tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada”[66].

3.9.13.3. Por otro lado, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del llamamiento a calificar servicios, este retiro no es absoluto, pues tal y como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia quien es retirado del servicio invocando esta causal ingresa a ser parte de la reserva activa de la institución y en cualquier momento por necesidades del servicio se puede solicitar su reincorporación como fue el caso del General Retirado Teodoro Campo Gómez, quien fue nombrado durante el periodo del Expresidente Álvaro Uribe Vélez como Director General de la Policía Nacional.

3.9.13.4. El retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad la renovación del personal de los cuerpos armados y la manera corriente de terminar la carrera oficial, que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional, al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por este motivo no puede ser ejercida con otra finalidad, como por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta.

3.9.13.5.

Al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal. El primer “filtro” se presenta en el

ascenso de Mayor a Teniente Coronel, y que ha sido denominado en el Código Militar como “suerte de código de honor”, la cual todos tienen conocimiento desde su ingreso a la institución.

3.9.14. En síntesis, la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto. Para lo cual, se deben observar dos requisitos:

1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), mientras que en el retiro por voluntad de la administración, existe la necesidad de motivar expresamente el acto, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro, mientras que en el retiro por voluntad, no siempre sucede así.

3.10. CONTROL JUDICIAL POSTERIOR PARA LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

3.10.1. Ahora bien, antes de analizar cada uno de los casos y sí existió o no la vulneración alegada, es importante resaltar que en esta oportunidad la Corte Constitucional precisa la jurisprudencia en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro de los funcionarios de la fuerza pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicio.

La precisión se centra primeramente en la diferenciación entre las figuras denominadas llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Frente a lo cual se señaló explícitamente que a diferencia de la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del retiro por llamamiento a calificar servicios su motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que la determina expresamente la Ley, motivo por el cual no es necesario que se realice una motivación expresa en el acto de retiro.

También se precisa que al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al

nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

3.10.2. De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia[67] en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso

fraudulento se presenten.

3.10.3. A diferencia de lo anterior, para el caso del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, esta Corte ha sido enfática en afirmar que los actos discrecionales de retiro de miembros de la fuerza pública deben tener un mínimo de motivación. En esta medida, los actos administrativos que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional, deben encontrarse motivados; de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho, caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. Como sustento de lo anterior recientemente en Sentencia SU-053 de 2015 se señaló que:

“[...] los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible; ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio; iv) El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores [...] v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales; vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos

conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente [...]”

3.10.4. Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolla frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

4. CASOS CONCRETOS

4.1. SÍNTESIS DE LOS CASOS.

En los casos objeto de estudio, los tutelantes solicitan la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideran vulnerados por los jueces de instancia al no aplicar a su juicio el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

En esta medida, después de dejar en claro la diferenciación de ambas causales de retiro en la parte considerativa de esta providencia, procederá la Corte analizar cada uno de los casos puestos a consideración en esta ocasión, con base en los argumentos esgrimidos en esta providencia.

4.2. EXPEDIENTE T- 4.862.375.

4.2.1. Análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en el presente caso.

4.2.1.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la Policía Nacional, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se discute la falta de motivación del acto de retiro por la causal denominada llamamiento a calificar servicios del señor Libardo Morales Lagos, quien fue retirado de la institución después de laborar por veinticuatro (24) años y cinco (5) meses, tiempo de servicio que lo hace acreedor de la asignación de retiro. El despacho accionado ordenó el reintegro del señor Morales Lagos, con base en la falta de motivación del acto. Posición que a juicio de la entidad accionante vulnera el precedente establecido por el Consejo de Estado en lo referente a la exigencia de motivación sino que por el contrario aplicó la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en lo referente al retiro por facultad discrecional o mejoramiento del servicio que es diferente al llamamiento a calificar servicios.

4.2.1.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela se dirige contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Libardo Morales Lagos en contra de la Policía Nacional, a efectos de obtener el reintegro a la institución por no motivar su acto de retiro con base en la causal denominada llamamiento a calificar servicios.

4.2.1.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Meta se produjo el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce y la acción de tutela fue presentada el veintiocho (28) de febrero de la misma anualidad, es decir, un mes después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se cumple con el requisito de la inmediatez.

4.2.1.4. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial.

Observa la Sala que dentro de los hechos narrados y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que se agotaron todos los medios procesales, ya que se acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar la nulidad del acto de retiro, proponiendo todos los recursos ordinarios al alcance.

4.2.2. Análisis de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela. Defecto por desconocimiento del precedente.

El 16 de mayo de 1987, luego de adelantar el curso reglamentario en la Escuela de Cadetes de Policía “General Santander”, el señor Libardo Morales Lagos fue vinculado como oficial de la Policía Nacional.

Después de una larga carrera en la cual logró ascender por los diferentes escaños de la jerarquía policial, el Señor Morales Lagos llegó a desempeñarse en el grado de Teniente Coronel.

Posteriormente, mediante oficio No. 0694 del cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009), la Policía Nacional le comunicó al señor Morales Lagos que, una vez estudiada su trayectoria profesional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, a través del acta N° 002 del tres (3) de marzo de la misma anualidad, decidió no recomendarlo para adelantar el diplomado previo al ascenso al grado de Coronel.

Luego de intentar infructuosamente varios recursos contra la decisión de no recomendarlo para el curso de ascenso, el Teniente Coronel Morales Lagos fue retirado de la institución por la causal denominada “llamamiento a calificar servicios” mediante acto administrativo No 991 del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009).

En este sentido y como antes se explicó, la causal de “llamamiento a calificar servicios” tiene como finalidad garantizar la estructura jerarquizada y piramidal propia de las instituciones de la Fuerza Pública. El grado de Coronel es el cuarto nivel más alto en la jerarquía militar y policial, y justamente, el paso entre Teniente Coronel y Coronel implica una reducción significativa de personal.[68] Según informa la Policía Nacional en la respuesta remitida a esta Corporación, el número actual de cargos de Teniente Coronel es

de seiscientos diez (610) efectivos, mientras que solo hay doscientos cincuenta y ocho (258) Coroneles,[69] lo que significa una reducción de más del 57% de los cargos, para lo cual se debe efectuar el retiro de trescientos cincuenta y dos (352) uniformados.

Esa es la razón de ser de la figura del llamamiento a calificar servicios, pues no se trata de retirar a un funcionario por su falta de idoneidad, sino que la naturaleza de la función y la estructura de la institución requieren que después de cierto tiempo de labores, exista la posibilidad discrecional de retirar del servicio activo a un funcionario, bajo criterios que son exclusivos de dichas entidades y que no podrían ser expuestos en el acto administrativo, justamente para evitar dar lugar a discrepancias judiciales, entorpeciendo el funcionamiento natural de las instituciones policiales y militares.

Tal y como se mencionó, el llamamiento a calificar servicios es un mecanismo natural de renovación de la jerarquía policial, ya que es la forma en que, sin perder el grado, el uniformado cesa en la obligación de prestar el servicio de policía. No se trata de un retiro deshonoroso ni de una sanción, sino de la herramienta en que, bajo la garantía de una asignación digna para el uniformado retirado, se logra mantener la mayor calidad en el servicio, a través de los relevos generacionales y del mantenimiento de una estructura piramidal y jerarquizada.

Para que opere la figura de “llamamiento a calificar servicios” es necesario cumplir con el requisito referente al cumplimiento de quince (15) años o más de labores con la entidad. En el caso concreto el Señor Libardo Morales Lagos fue llamado a calificar servicios luego de haber laborado por veinticuatro (24) años y cinco (5) meses, en la Institución, tiempo que sobre pasa ampliamente el requisito de quince (15) años de servicio y que lo hace acreedor de la asignación de retiro.

También consta en el proceso que existió un pronunciamiento de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, en el sentido de no recomendar al Señor Morales Lagos para el Diplomado de Gerencia Estratégica Militar requerido para el ascenso al grado de Coronel. Ello implica que Morales Lagos no puede ser ascendido, y por lo tanto, si no es retirado, tampoco su cargo estará disponible para el ascenso de un Mayor al grado de Teniente Coronel, y así sucesivamente, toda la cadena jerárquica se verá afectada.

Por otra parte, como es bien sabido, la antigüedad en la institución es un criterio de

autoridad respetado en las entidades de la Fuerza Pública, que dificulta las relaciones de subordinación por grado en tratándose de personas con menor antigüedad y mayor nivel jerárquico o viceversa, para lo cual también resulta adecuado el llamado a calificar servicios, al punto que en la práctica, son muchos los casos de oficiales que al no ser llamados al ascenso, por iniciativa propia se presentan a calificar servicios.

En el caso concreto, la figura del llamamiento a calificar servicios se utilizó de forma idónea y en ese sentido, no requería de motivación expresa tal como lo determina el Art. 62 del Decreto 1791 de 2000, modificado por la Ley 857 de 2003; motivo por el cual la decisión tomada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), en el sentido de confirmar la sentencia del veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, se encuentra bien concedida, en cuanto a la precisión realizada en esta oportunidad.

En esta medida, es necesario resaltar que la decisión proferida por el Consejo de Estado es contraria a los preceptos actuales de la Corte Constitucional en lo referente a la obligación de motivar los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala Plena de la Corte Constitucional precisa y aclara la jurisprudencia frente a la figura denominada llamamiento a calificar servicios y es enfática en establecer que cuando se trata de retiros por dicha causal, la motivación está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente la determina la Ley, motivo por el cual, no es necesaria una motivación adicional del acto y solo se necesita verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella que son: (i) el tiempo mínimo de retiro y (ii) tener derecho a la asignación de retiro. Lo anterior en aras de proteger la estructura jerárquica piramidal propia de la función policial. Requisitos cumplidos a cabalidad en esta oportunidad por el Teniente Coronel Libardo Morales Lagos quien al momento de su retiro tenía veinticuatro años y cinco meses al servicio de la institución, por tanto, fue llamado a calificar servicios y le fue otorgada la asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional. Aunado a lo anterior, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional no lo recomendó para adelantar el diplomado previo al ascenso al grado de Coronel. En esta medida y bajo estos nuevos argumentos, no existe vulneración del precedente de la Corte Constitucional, conforme a lo desarrollado en esta providencia.

Con base en los argumentos esgrimidos, esta Corte confirmará la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela iniciado por Luis Alfonso Zarate Patiño, en representación del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo del Meta.

Lo anterior, bajo el entendido de que los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios tienen una motivación expresa y extra textual que se encuentra claramente contenida en la misma ley, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en ella.

4.3. EXPEDIENTE T- 4.938.030.

4.3.1. Análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en el presente caso.

4.3.1.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del Coronel al servicio de la Justicia Militar Larry Humberto Reyes Rincón, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se discute la falta de motivación del acto de retiro por la causal denominada llamamiento a calificar servicios, quien fue retirado de la institución después de laborar por veintiún (21) años, tiempo de servicio que lo hace acreedor de la asignación de retiro. Los despachos accionados (Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección F, sala de Descongestión) negaron las pretensiones del tutelante con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que dice que no hay necesidad de motivar dichos actos de retiro. Posición que a juicio del actor vulnera el precedente establecido por la Corte Constitucional referente a la exigencia de motivación.

4.3.1.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

4.3.1.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que las decisiones proferidas por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, se expidieron el veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) y el veinte (20) de junio de dos mil catorce, respectivamente, y la acción de tutela fue presentada el once (11) de agosto de la misma anualidad, es decir, un mes (1) y once (11) días después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se cumple con el requisito de la inmediatez.

4.3.1.4. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial.

Observa la Sala que dentro de los hechos narrados y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que se agotaron todos los medios procesales al alcance, ya que se acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar la nulidad del acto de retiro, proponiendo todos los recursos ordinarios a su alcance.

4.3.2. Análisis de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela. Defecto por desconocimiento del precedente.

El actor Larry Humberto Reyes Rincón ingresó a las Fuerzas Militares - Fuerza Aérea Colombiana-, el nueve (09) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) al grado de Teniente, y perteneció al cuerpo administrativo, con la especialidad de abogado. Se desempeñaba en el grado de Coronel desde el año dos mil siete (2007).

El Coronel Reyes Rincón se desempeñó en su cargo de forma satisfactoria y su hoja de vida da cuenta de ello, llevaba más de veintiún (21) años, diez (10) meses y veintinueve (29) días al servicio de las Fuerzas Militares y estaba en unos de los rangos más altos existentes.

Sin embargo, en sesión del seis (06) de noviembre de dos mil nueve (2009), la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, presidida por el Ministro de Defensa del momento, recomendó el retiro del servicio por la causal denominada

“llamamiento a calificar servicios”.

Mediante el Decreto No 5009 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil nueve (2009) proferido por el Ministro de Defensa, Reyes Rincón fue retirado del Servicio Activo, a partir del dos (02) de enero dos mil diez (2010).

El Coronel Larry Humberto Reyes Rincón fue retirado por la causal denominada llamamiento a calificar servicios luego de verificar que: (i) cumplía con el requisito de asignación de pensión, pues había permanecido más de quince (15) años en el servicio, (en su caso llevaba más de veintiún años (21) de servicio activo) y, (ii) existió recomendación de retiro por parte de la Junta Asesora, de fecha seis (06) de noviembre de dos mil nueve (2009).

El ascenso entre el grado de Coronel y el grado de Brigadier General implica por una parte una recomendación de la Junta de Generales, y por otra, la entrada a la línea final de mando que, para el grado de General, requerirá de la confirmación del Congreso de la República.

Esta línea final del mando, implica la más fuerte reducción de personal en términos porcentuales, pues casi el noventa 90% de las vacantes es retirado para pasar al grado de Brigadier General. En el caso específico de la Fuerza Aérea, pasan de ciento cuarenta y siete (147) Coroneles a únicamente doce (12) cargos para Brigadier General, es decir que la reducción en la Fuerza Aérea es del noventa y dos por ciento (92%) de los cargos. En otras palabras, se podría decir que la regla general es el llamamiento a calificar servicios y la excepción es la de lograr el ascenso al grado de Brigadier General.

Ahora bien, dicha reducción, que normalmente se dará a través del llamamiento a calificar servicios, no tiene como fundamento el mal desempeño en el cargo, porque de ninguna manera se puede sostener que solo el 8% de los Coroneles han cumplido bien sus labores. Es por ello que se ha sostenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado que el buen desempeño del cargo no genera un fuero de inamovilidad[70].

El Estado, y en este caso la institución castrense debe hacer un recorte muy significativo, tanto para darle paso a los Brigadieres Generales, como para permitir el relevo y el normal ascenso de quienes vienen a ocupar el cargo de Coronel.

Es por ello que el llamamiento a calificar servicios, en especial en los grados más altos de la

jerarquía militar, es un acto que lleva implícita la motivación de su finalidad, que es la de preservar la estructura jerárquica y piramidal, de tal forma que a los rangos más altos, sólo lleguen aquellos que, además de la excelencia en el desempeño de sus labores, hayan logrado reunir las condiciones de liderazgo, confianza y reconocimiento por los demás miembros del cuerpo, que son recomendados para su ascenso, porque ven en ellos personas excepcionales que tienen la capacidad de comandar a la institución.

Pedir que exista en la resolución de llamamiento a calificar servicios una motivación explícita que pueda dar lugar a discusiones en los estrados judiciales, implica desconocer totalmente la función de la figura y dificultar sobre manera un proceso indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones de la Fuerza Pública, tesis implementada a partir de esta sentencia en la Corte Constitucional, pues como se mencionó con anterioridad la motivación es extra textual, ya que está contenida claramente en la ley y está sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

En el caso concreto, el Coronel Reyes Rincón tuvo, un destacado desempeño en sus funciones, pero no era posible que continuara por un tiempo indeterminado como Coronel, ya llevaba más de dos años en dicho cargo y en el examen respectivo, verificando que en su caso llevaba más de veintiún (21) años de servicio, lo hacía acreedor de una asignación de retiro, la Junta Asesora dio la recomendación de proceder al llamamiento a calificar servicios.

No es suficiente argumentar que no se está de acuerdo con la medida, o de argüir que el retiro va en desmedro del servicio, pues justamente ello es lo que determina la Junta Asesora, con lo cual no es posible valerse de la acción de tutela para debatir argumentos legales cuando no es claro que un derecho fundamental esté en juego.

Ahora bien, con base en los argumentos esgrimidos, la decisión del Tribunal accionado de no ordenar la nulidad del acto de retiro del Coronel Larry Reyes Rincón por encontrarse dictado conforme a la norma, es acorde con la jurisprudencia implementada en esta Sentencia por la Corte Constitucional, ya que los actos de retiro por la causal denominada llamamiento a calificar servicios su motivación es extra textual puesto que está dada por la misma ley, la cual es cumplir con los requisitos señalados en ella para que se pueda acceder a dicho retiro, circunstancias que en el caso objeto de estudio se cumplían a

cabalidad.

Aunado a lo anterior, se aplicó la jurisprudencia en aras de proteger la estructura jerárquica de las fuerzas públicas. En este sentido, se debe resaltar que el actuar del Tribunal accionado es contrario a los preceptos actuales de la Corte Constitucional en lo referente a la obligación de motivar los actos de retiro por la causal denominada llamamiento a calificar servicios. Sin embargo, con esta providencia la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó y aclaró su jurisprudencia, por tanto teniendo como base lo expuesto no puede hablarse en esta ocasión de desconocimiento del precedente jurisprudencial, pues como quedó claro precedentemente cuando el retiro se presenta por la causal denominada llamamiento a calificar servicios no existe la necesidad de motivar expresamente el acto administrativo del retiro, pues dicha motivación es extra textual y su contenido está claramente estipulado en la ley.

En virtud de lo descrito, esta Corte confirmará la sentencia proferida el veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), por la Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado que confirmó la sentencia de primera instancia emitida el diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014) por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Lo anterior, bajo el entendido de que los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios tienen una motivación extra textual, cuyo contenido está claramente estipulado en la Ley y sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma.

No obstante lo anterior, es importante precisar que esta Corporación no comparte los argumentos planteados por el Consejo de Estado en sede de tutela, en lo concerniente a la falta de obligatoriedad de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional para los jueces que pertenecen a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que esta Corte en varias oportunidades ha señalado que las decisiones proferidas por la misma son de obligatorio cumplimiento.

Al respecto, en la Sentencia C-539 de 2011[71], reiterada recientemente en Sentencia C-620 de 2015[72], la Corte decidió declarar exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”, contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de

Justicia, el Consejo de Estado -y el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria- a que se refieren la norma, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general.

En dicha sentencia se reiteró la regla sobre el valor normativo del precedente jurisprudencial de los jueces en Colombia, consistente en que si bien los precedentes de las Altas Cortes son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país. En esta medida dicho precedente constituye una fuente obligatoria de derecho.

4.4. EXPEDIENTE T- 4.943.399.

4.4.1. Análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en el presente caso.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del Intendente Luis Arturo Velasco Salazar, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se discute la falta de motivación del acto de retiro por la causal denominada Voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Los Despachos accionados (Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño) negaron las pretensiones del tutelante con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que dice que no hay necesidad de motivar dichos actos de retiro, posición que a juicio del actor vulnera el precedente establecido por la Corte Constitucional referente a la exigencia de motivación.

4.4.1.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela se dirige contra las providencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, proferidas el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011) y el veintiocho de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, en el curso del proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho iniciado por Luis Arturo Velasco Salazar en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional en aras de que se ordenara la nulidad del acto que ordenó su retiro de la Policía Nacional y en consecuencia se ordenara su reintegro a la institución.

4.4.1.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que las decisiones proferidas el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, se produjeron el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011) y el veintiocho de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, y la acción de tutela fue presentada el trece (13) de junio de dos mil catorce (2014), es decir, cuatro (4) meses después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se cumple con el requisito de la inmediatez.

4.4.1.4. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial.

Observa la Sala que dentro de los hechos narrados y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que el tutelante agotó todos los medios procesales, puesto que acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar la nulidad del acto que ordenó su retiro, proponiendo todos los recursos ordinarios a su alcance.

4.4.2. Análisis de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela. Defecto por desconocimiento del precedente.

El Intendente Luis Arturo Velasco Salazar se vinculó laboralmente con la Policía Nacional como sub oficial, el seis (06) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) y se mantuvo en la institución durante catorce (14) años, siete (7) meses y veintiséis (26) días.

El seis (06) de diciembre de dos mil cinco (2005), el Comandante del Departamento de Policía Nariño, emitió la Resolución de retiro No. 0366, mediante la cual lo retiró del servicio con base en la facultad discrecional que tiene la Dirección General de la Policía Nacional para ello, alegando “necesidad del servicio”, con previo concepto de la Junta de Evaluación y Calificación de la Policía Nacional contenido en el Acta N° 14 del cinco (5) de diciembre

de dos mil cinco (2005).

Para el Intendente Velasco Salazar, el acto administrativo mediante el cual la Policía Nacional ordenó su retiro es inválido porque: (i) carece de motivación y, (ii) el concepto de la Junta de Evaluación y Calificación de la Policía Nacional no surgió como consecuencia de un verdadero examen de su desempeño en la institución, puesto que quienes hicieron parte de la Junta, no examinaron su caso.

Inconforme con dicho acto administrativo, el hoy tutelante inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto, despacho judicial que mediante fallo del dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), negó sus pretensiones. Dentro de la decisión emitida, el juez aseguró que los actos administrativos de retiro no requieren motivación, premisa que afirmó, va acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado. Igualmente, el tutelante asegura que a pesar de que su historia laboral fuese relevante para emitir una decisión, el Juzgado no la tuvo en cuenta como material probatorio, ya que al tratarse de un documento público este debía haber sido allegado al proceso con el cumplimiento de los requisitos del artículo 254 del C.P.C. Contra esta decisión interpuso el recurso de apelación,alzada que correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Nariño, despacho que mediante fallo del veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014), confirmó la decisión tomada en primera instancia por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Pasto.

Debido a lo anterior, el demandante presentó acción de tutela para buscar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados, principalmente, por cuanto consideró que las decisiones de instancia desconocieron el precedente sentado por la Corte Constitucional, el cual señala que el retiro por la causal denominada voluntad del Gobierno o de la Dirección General debe ser motivado, posición reiterada recientemente mediante Sentencia SU- 172 de 2015[73].

En las sentencias de tutela, en ambas instancias, el Consejo de Estado sostuvo que la jurisprudencia de dicha Corporación ha reiterado en varias oportunidades que el retiro del servicio alegando la facultad discrecional no requiere de motivación, lo cual no implica que el retiro no este fundado en razones del servicio. Respecto del análisis realizado dentro del proceso ordinario de la historia laboral del actor, el fallador de tutela de primera instancia

consideró que el estudio que se realizó en el escenario del proceso de tutela, no se compara con el que pudo haberse efectuado dentro del proceso ordinario; además las valoraciones hechas por los jueces de instancia materializan el principio de autonomía e independencia judicial, posición que se reiteró en la sentencia de apelación de tutela.

Como se ha sostenido en esta sentencia, la situación fáctica que da lugar a una decisión de retiro es, y en todo caso debe ser diferente a aquella que motiva el llamamiento a calificar servicios. Las diferencias están claramente fijadas en los requisitos legales de ambas figuras, en los efectos que ellas producen y en la finalidad que cada una de ellas persigue. En particular, se puede concluir del largo análisis que en esta providencia se ha hecho de cada figura, que el llamamiento a calificar servicios es una forma natural de terminación del servicio activo en la institución de la Fuerza Pública, que se genera por la necesidad de mantener una estructura jerárquica y piramidal que permita el relevo generacional; mientras que la figura del retiro por voluntad de la administración se da en función del mejoramiento del servicio, lo que implica que la persona retirada está afectando de alguna forma el buen servicio y ello por lo tanto requiere estar explícitamente indicado en la motivación del acto. Lo anterior sin perjuicio de que los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tengan carácter reservado, de ser así deberán conservar tal calidad. Sin embargo, deben ser puestos en conocimiento del afectado. En palabras de esta Corte “El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente”[74].

En ese sentido, en virtud de las diferencias establecidas, especialmente en cuanto a los efectos que tiene cada una de las figuras, la Corte Constitucional en esta oportunidad reiterará y mantendrá su jurisprudencia en el sentido de precisar que el acto administrativo de retiro discrecional por necesidad del servicio, debe ser fundamentado en una motivación clara y suficiente, mientras que el llamamiento a calificar servicios solo puede operar cuando se ha garantizado la asignación de retiro, mientras que el retiro por voluntad del Gobierno puede operar en cualquier momento y en ese sentido, puede afectar los derechos relacionados con la seguridad social del destinatario, y ello requiere de una fundamentación, que debe estar ligada con la finalidad y naturaleza del servicio, de forma que la decisión no puede ser arbitraria o desconocer el buen desempeño del trabajador.

En esta oportunidad, el actor fue retirado de la institución por la voluntad de la Dirección

General, facultad discrecional otorgada por la misma ley, pero que ha sido limitada por esta Corte en el sentido de exigir que sea motivada para efectos de proteger los derechos fundamentales del funcionario desvinculado. En el caso concreto, la resolución que ordenó el retiro del tutelante, no fue motivada. Dicho acto administrativo únicamente hizo alusión a las normas que confieren la potestad discrecional al Gobierno Nacional y a la Dirección General de la Policía Nacional para retirar del cargo a miembros de la Policía Nacional. En esta medida, al actor no se le informaron la razones objetivas y /o hechos ciertos en los que se sustentó tal decisión[75]. Dicha situación no ocurrió, por lo cual se incumplió este parámetro.

Aunado a lo anterior, a juicio de los despachos accionados, la motivación tiene fundamento en el concepto previo que emite la junta asesora y el comité de evaluación. Sin embargo, en este caso sólo se limitó a recomendar por “razones del servicio” el retiro del personal que relaciona dentro de los cuales se encontraba el tutelante[76]. El cual debe ser suficiente y razonado, situación que no se presenta en el caso objeto de estudio.

Sobre este punto esta Corporación ha sido enfática en precisar que “El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que con expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es el mejoramiento del servicio[77]”, requisito sin el cual no es ajustada a la normativa y la jurisprudencia dicho retiro, puesto que tal y como se ha resaltado, dicho acto debe ser motivado suficientemente para que proceda el retiro.

En esta medida, al no estar motivado el acto de retiro del Intendente Luis Arturo Velasco Salazar y no encontrarse contenida en el acta No. 14[79] las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar dicha recomendación, puesto que tal y como se expresó en la parte considerativa de esta sentencia “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”[80], se vulneraron los derechos fundamentales del tutelante y se le transgredió el derecho a conocer las razones por la cuales era retirado del servicio, después de estar en la institución por más de diez (10) años.

Por tanto, es importante resaltar que con dicho actuar se vulneró el precedente jurisprudencial de esta Corte en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, por consiguiente, esta Corte protegerá los derechos fundamentales alegados por el tutelante. En su lugar, revocará la decisión proferida el diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la decisión proferida por la Sala Quinta de ese mismo Alto Tribunal en primera instancia.

En esa medida, se dejarán sin efectos las sentencias dictadas el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011) y el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Intendente Luis Arturo Velasco Salazar contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional (Resolución 0366 de diciembre de 2005).

Así mismo, se ordenará al Tribunal Administrativo de Nariño, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

4.5. EXPEDIENTE T- 4.954.392.

4.5.1. Análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en el presente caso.

4.5.1.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del tutelante Alexander Tejeiro Torres, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se discute la falta de motivación del acto de retiro por la causal denominada Voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Los Despachos accionados (Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del

Huila, Sala Segunda de Decisión) negaron las pretensiones del tutelante con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que dice que no hay necesidad de motivar dichos actos de retiro, posición que a juicio del actor vulnera el precedente establecido por la Corte Constitucional referente a la exigencia de motivación.

4.5.1.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela se dirige contra las providencias proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) y el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Alexander Tejeiro Torres contra la Nación, Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a efectos de obtener la nulidad del acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional.

4.5.1.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que las decisiones proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión se produjeron el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) y el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, y la acción de tutela fue presentada el dieciséis (16) de septiembre de la misma anualidad, es decir, siete (7) meses después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se cumple con el requisito de la inmediatez.

4.5.1.4. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial

Observa la Sala que dentro de los hechos narrados y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que el actor agotó todos los medios procesales que tuvo a su alcance, pues controvertió el acto administrativo que ordenó su retiro ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, proponiendo todos los recursos ordinarios a su alcance.

4.5.2. Análisis de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela. Defecto por desconocimiento del precedente.

Manifiesta el actor que ingresó a laborar a la Policía Nacional el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) en calidad de alumno de nivel ejecutivo.

El veinticinco (25) de febrero del año dos mil ocho (2008), mediante acto administrativo contenido en la Resolución No 0570 fue retirado de la Institución, con fundamento en la facultad discrecional. Esta decisión estaba respaldada en el Acta 04 del veintiuno (21) de febrero del año dos mil ocho (2008) de la Junta de Evaluación y Calificación de la Policía Nacional. En el acto no se motivaron las causales que conllevaron a su retiro y no se tuvo en cuenta: (i) su excelente hoja de vida, (ii) sus buenas calificaciones y, (iii) los diferentes ascensos que obtuvo en la Institución.

Debido a lo anterior, interpuso acción de tutela con la finalidad de que se ordenara a la Policía Nacional motivar su acto de retiro. Dicha acción fue favorable a sus intereses, por tanto el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante fallo del veintisiete (27) de agosto de dos mil ocho (2008) ordenó a la Dirección Nacional de la Policía Nacional que dentro del término de 10 días motivara el acto administrativo que dispuso el retiro del tutelante.

En cumplimiento del mencionado fallo de tutela, el Director General de la Policía Nacional expidió la Resolución No. 03954 del diez (10) de septiembre de dos mil ocho (2008), motivando el acto administrativo de retiro de Alexander Tejeiro Torres, al respecto indicó: “se evaluó de fondo la trayectoria profesional de un personal de Nivel Ejecutivo, entre ellos el Sr. Tejeiro Torres mediante acta número 004 del 21 de febrero de 2008”.

Frente a la anterior resolución, el actor interpuso incidente de desacato, por considerar insuficiente la motivación y, mediante fallo del cinco (05) de mayo de dos mil nueve (2009), el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró cumplido el fallo, considerando que la accionada expuso los motivos por los cuales se produjo el retiro del señor Tejeiro Torres y que le correspondía en adelante debatir la pertinencia y validez de dichas motivaciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Dicha acción de tutela no fue seleccionada para su revisión por esta Corte mediante auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Paralelamente, el tutelante inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra del acto que ordenó su retiro. Dicha demanda fue asignada por reparto al Juzgado Tercero

Administrativo de Neiva, despacho que mediante fallo del treinta (30) de abril de dos mil doce (2012), negó las pretensiones del demandante, porque consideró que el acto administrativo estaba debidamente motivado.

Contra el fallo emitido en primera instancia, interpuso el recurso de apelación en el término correspondiente. Alzada que correspondió conocer al Tribunal Administrativo del Huila- Sala Segunda de Decisión Escritural, despacho que mediante providencia del veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), confirmó la decisión tomada por el A quo. Esta decisión tuvo como fecha final de notificación el día seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014).

Frente a la decisión del Tribunal, el accionante nuevamente interpuso acción de tutela el día doce (12) de septiembre de dos mil catorce (2014), es decir seis (6) meses y seis (6) días después de haberse notificado la sentencia. Al considerar que las instancias judiciales incurrieron en vía de hecho, pues desconocieron el precedente constitucional acerca de la motivación de los actos de retiro.

Dicha acción de tutela fue conocida en primera instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", quien mediante sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil catorce (2014), decidió declarar improcedente la acción de tutela y como consecuencia de ello negó las pretensiones plasmadas en la misma. Fundamentó su decisión en la carencia del principio de inmediatez que caracteriza este tipo de acción. El juez consideró que la acción se presentó con desconocimiento de un término prudente con el fin de que se garantizara la eficacia de la protección de los derechos fundamentales invocados.

En segunda instancia, mediante providencia del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, enfatizó que la reciente jurisprudencia de esa Corporación ha manifestado que seis (06) meses contados a partir de la notificación de la providencia que se pretende atacar, es un término razonable para que se interponga la acción de tutela y en virtud de ello confirmó la sentencia impugnada.

La cuestión planteada en el presente caso "la falta de motivación del acto de retiro del señor Alexander Tejeiro Torres" fue resuelta en la primera decisión de tutela proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el veintisiete (27) de agosto de dos mil

ocho (2008), mediante la cual ordenó a la Dirección Nacional de Policía motivar el acto administrativo que dispuso del retiro al accionante dentro del término de diez (10) días.

Dicha decisión dio lugar a que el Director General de la Policía Nacional expidiera la Resolución No. 03954 del diez (10) de septiembre de dos mil ocho (2008), mediante la cual expresó las razones por las cuales se profirió el retiro. Al respecto indicó que se evaluó de fondo la trayectoria profesional de un personal de Nivel Ejecutivo mediante acta número 004 del 21 de febrero de 2008 y se decidió el retiro de personal, entre ellos, el tutelante.

Nuevamente el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución que motivó su retiro fundando sus pretensiones en la incompetencia, ausencia de motivación y desviación de poder.

En la decisión de segunda instancia, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila y que es objeto de la acción de tutela sub examine, el ad quem revisó el argumento de falta de motivación del acto de retiro y tomó en consideración las enmiendas ordenadas por el Consejo Seccional de la Judicatura.

Siguiendo el mismo lineamiento y, después de revisar el acta, dicho Tribunal[81] concluyó que “la Resolución N° 03954 de 2008, expedida por el Director General de la Policía Nacional, en cumplimiento al fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil ocho (2008), proferida en lo relativo al servicio activo, solo traduce o enuncia el contenido de las disposiciones legales que justifican el retiro.” (Subraya no original)

También sostuvo que no se configura el vicio de falta de motivación puesto que en la jurisprudencia reiterada del H. Consejo de Estado “el ordenamiento jurídico no impone a la potestad discrecional la obligación de motivar sus actos”. Reitera este argumento igualmente para revisar el cargo por falsa motivación.[82]

Si bien es cierto que el Tribunal luego se adentra en determinar si el acto fue producto de desviación de poder y falsa motivación, y en el estudio de dichos cargos analiza la hoja de vida del accionante y determina como la motivación del mejoramiento del servicio, por discrecionalidad fue usada correctamente, este despacho judicial claramente desatendió el precedente de la Corte Constitucional que exige la motivación de los actos administrativos

de retiro por discrecionalidad.

En el caso concreto, como bien lo reconoció el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, el acto de retiro no tuvo una verdadera motivación, sino que, pese a la orden emitida como fruto de la acción de tutela interpuesta por el accionante, se limitó a transcribir las normas y procedimientos que autorizan la discrecionalidad para tal decisión, pues tal y como se indicó en la parte considerativa de esta sentencia, la sola recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, no es suficiente motivación, en tanto ella no se fundamente en una evaluación objetiva y razonable de las hojas de vida, las pruebas y los documentos pertinentes que den como resultado “un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta”[83]

El precedente de la Corte Constitucional desatendido en el caso sub lite, exige de la Policía Nacional que los actos cumplan los requisitos de “racionalidad y razonabilidad”, la finalidad del mejoramiento del servicio y un “mínimo de motivación justificante”, condiciones que, como verificó el mismo tribunal, fueron desatendidas en el caso concreto, pues el Acto administrativo no expresó las razones en las cuales se motivó el retiro ordenado.

En esta medida, al no estar debidamente motivado el acto de retiro de Alexander Tejeiro Torres y no encontrarse dentro de la Resolución No. 03954 de 2008, expedida por el Director General de la Policía Nacional, los motivos por los cuales se realizó el retiro y las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron a la recomendación de la Junta Asesora, se vulneró el precedente jurisprudencial de esta Corte en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, por consiguiente, esta Corte protegerá los derechos fundamentales alegados por el tutelante. En su lugar, revocará la decisión emitida el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014), por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta que confirmó la decisión proferida por la Sección Segunda de ese mismo Alto Tribunal en primera instancia.

Por tanto, se dejarán sin efectos las sentencias dictadas por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, Sala

Segunda de Decisión el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) y el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Alexander Tejeiro Torres contra la Nación, Ministerio de Defensa-Policía Nacional, contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional por no ser motivado debidamente.

Así mismo, se ordenará al Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

5. CONCLUSIONES

5.1. En la presente oportunidad la Corte Constitucional decidió precisar el precedente jurisprudencial establecido por esta Corporación en cuanto a la motivación de los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios.

5.2. Lo anterior, toda vez que a juicio de la Corte al exigir motivación expresa a estos actos de retiro se desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, así como la facultad discrecional de estos organismos de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Pues tal y como se expresó en la parte considerativa de esta sentencia, la figura del llamamiento a calificar servicios opera como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene cada institución, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario.

Esta situación se fundamenta en el hecho que la motivación de la causal denominada llamamiento a calificar servicios es extra textual y está contenida expresamente en la Ley. Por tanto, solo procede cuando el oficial cumple con dichas prerrogativas, las cuales son: (i) tiempo de servicio y (ii) tener derecho a la asignación de retiro.

5.3. En esta medida, si no se puede llevar a cabo el retiro por llamamiento, se estancaría la posibilidad de ascenso de los miembros de la fuerza pública pues no habría disponibilidad de plazas para ello, en particular en los cargos de máxima jerarquía. Al mismo tiempo, ello atentaría contra la estabilidad institucional desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a este organismo en la Constitución Política de Colombia.

5.4. En este sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder. Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su cargo la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten.

5.5. En cuanto a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, esta Corporación mantuvo su jurisprudencia en lo referente a la obligación de motivar los actos de retiro. Lo anterior debido a que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”[84]; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.

5.6. En esta medida, se mantiene la jurisprudencia constitucional en cuanto a la necesidad de motivar los actos de retiro de los miembros de las Fuerzas Públicas por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, que hubieren

sido proferidos por la administración en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley. Ello, con la finalidad de garantizar el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados[85].

5.7. En síntesis, cuando al acto de retiro de un oficial se produce por la causal denominada llamamiento a calificar servicios, la motivación está contenida en el acto de forma extra textual, puesto que sus requisitos claramente los determina la ley, según la cual se debe: 1) Tener un tiempo mínimo de servicio y, 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional de dicho acto. Contrario a lo anterior, en el caso del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, sí existe la necesidad de motivar el acto. Esto significa que, mientras en el caso del retiro por llamamiento a calificar servicios la persona debe contar con derecho a una asignación de retiro, en el retiro por voluntad no siempre sucede así.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. En el expediente T-4.862.375. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), que confirmó la sentencia de primera instancia emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela iniciado por Luis Alfonso Zarate Patiño, en representación del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo del Meta. Lo anterior, bajo el entendido de que la motivación de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios está dada por la misma Ley, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en ella.

SEGUNDO. En el expediente T-4.938.030. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida el veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), por la Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado que confirmó la sentencia de primera instancia emitida el diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014) por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Lo anterior, bajo el entendido de que la motivación de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios está dada por la misma Ley, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en ella.

TERCERO. En el expediente T-4.943.399, REVOCAR la decisión proferida el diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la decisión proferida por la Sala Quinta de ese Alto Tribunal en primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales del señor Luis Arturo Velasco Salazar. En su lugar, se TUTELARÁN los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del tutelante.

CUARTO. DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias dictadas el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011) y el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Intendente Luis Arturo Velasco Salazar contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional (Resolución 0366 de diciembre de 2005).

QUINTO. ORDENAR al Tribunal Administrativo de Nariño, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

SEXTO. En el expediente T-4.954.392, REVOCAR la decisión proferida el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014), por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta que confirmó la decisión proferida por la Sección Segunda de ese Alto Tribunal en primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales del señor Alexander Tejeiro Torres. En su lugar, se TUTELARÁN los derechos

fundamentales al debido proceso y a la igualdad del tutelante.

SÉPTIMO. DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias dictadas por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) y el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), respectivamente, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Alexander Tejeiro Torres contra la Nación, Ministerio de Defensa-Policía Nacional, contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional por no ser motivado debidamente.

OCTAVO. ORDENAR al Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

NOVENO. EXHORTAR al Gobierno Nacional y a la Policía Nacional para que al momento de retirar del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública por las causales denominadas voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y llamamiento a calificar servicios tengan en cuenta los lineamientos establecidos por esta Corte, a fin de que tal facultad se ejerza dentro de los límites señalados por la Constitución y la Ley.

DÉCIMO. Líbrese por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Vicepresidente

ENRIQUE GIL BOTERO

Conjuez

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, ALBERTO ROJAS RÍOS Y

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA- Debe ser motivado (Salvamento parcial de voto)

RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-Facultad discrecional para el retiro no es absoluta, por cuanto falta de motivación vulnera derechos al debido proceso y a la administración de justicia (Salvamento parcial de voto)

La jurisprudencia constitucional haya reconocido una discrecionalidad relativa aplicable aún a los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública con base en la causal de llamamiento a calificar servicios, pues no es admisible en un Estado social de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte.

CONTROL JUDICIAL POSTERIOR A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Carga de la prueba por afectado con el retiro, desconoce el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba, que consiste que quien tiene que probar determinado hecho es el que se encuentre en situación más favorable (Salvamento de voto)

La providencia propone que quienes consideren haber sido víctimas del uso fraudulento o indebido de esa figura discrecional pueden hacer uso de los recursos pertinentes que ofrece la jurisdicción contencioso administrativa, “y tendrá[n] a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta forma, no le corresponde a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a las exigencia legal, pero en todo caso, debe responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten”. Esta posición, de la cual nos apartamos, limita en el plano judicial la carga de la prueba dejándola en manos del afectado con el retiro, de manera que genera una imposición excesiva y olvida por completo el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba, el cual establece que la parte procesal que se encuentra en una situación más favorable, es quien tiene que probar determinado hecho. Lo anterior, puesto que resulta excesivo y desproporcionado dentro del sistema judicial, imponer de una manera drástica e inflexible las reglas derivadas de la carga de la prueba, a quien se encuentra en dificultad de probar. En el caso de uniformados retirados por la causal llamamiento a calificar servicios, por regla general, es la entidad quien se encuentra en mejor condición para probar los hechos, ya que los documentos relevantes y los estudios previos, de haberlos, reposan en manos de la institución, entonces resulta desproporcionado en contraposición con los derechos del afectado y contrario al orden constitucional, fijar la carga de la prueba únicamente en el retirado. Así las cosas, los derechos fundamentales de quienes adelantan la carrera especial en la Fuerza Pública se verían perjudicados toda vez que la persona retirada de su cargo por esta causal, no solo desconoce los motivos reales y específicos que llevaron a un posible uso fraudulento o discriminatorio del llamamiento a calificar servicios, sino que adicionalmente, debe recaudar las pruebas con el fin de demostrarlo.

Referencia: Expedientes T-4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392

Demandantes: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional (T-4.862.375), Larry Humberto Reyes Rincón (T-4.938.030), Luis Arturo Salazar Velasco (T-4.943.399) y Alexander Tejeiro Torres (T-4.954.392).

Demandados: Tribunal Administrativo del Meta (T-4.862.375), Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, SEEC Segunda Subsección F, Sala de Descongestión (T-4.938.030), Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural (T-4.943.399) y Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila (T-4.954.392).

Magistrado Ponente:

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Con el respeto acostumbrado a las sentencias adoptadas por la Corte, en esta oportunidad salvamos parcialmente el voto respecto de lo decidido por la Sala en el fallo SU-091 de 2016.

1. En la sentencia mencionada la Corte estudió cuatro acciones de tutela acumuladas, a través de las cuales se cuestionaban providencias judiciales dictadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el marco de diferentes procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurados por miembros de la Fuerza Pública que fueron retirados del servicio.

En el primer grupo de casos identificados con los expedientes T-4862375 y T-4938030, el problema jurídico se centró en el análisis de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios que fue invocada por la Policía Nacional y por el Comando de la Fuerzas Aérea que hace parte de las Fuerzas Militares, para retirar discrecionalmente del servicio y sin motivación alguna a dos de sus uniformados.

En el segundo grupo de casos correspondientes a los expedientes T-4943399 y T-4954392, las providencias judiciales censuradas llevaron a la Corte a estudiar la causal de retiro de los miembros de la Policía Nacional denominada facultad discrecional por voluntad del

Gobierno y/o del Director General, con miras a establecer si los operadores judiciales accionados habían incurrido en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional al no exigir la motivación de los actos administrativos de retiro con base en dicha causal.

2. Respecto de este último grupo en comentario, la Sala acertadamente tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de los accionantes Luis Arturo Velasco Salazar y Alexander Tejeiro Torres, por lo cual dejó sin efectos las sentencias dictadas en los trámites de nulidad y restablecimiento del derecho que aquellos iniciaron en contra de la Policía Nacional, y en su lugar, la Corte ordenó a los Tribunales de Administrativo de Nariño y del Huila -respectivamente-, que profirieran nuevos fallos en los que tuvieran en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional por voluntad del Gobierno y/o del Director General.

Esas decisiones consignadas en los numerales tercero a octavo de la parte resolutive de la sentencia SU-091 de 2016, las compartimos plenamente por cuanto se fundamentan en la sólida línea jurisprudencial que ha trazado de vieja data esta Corporación y que ha reiterado sistemáticamente, según la cual, existe un deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública cuando se invoca una facultad discrecional, toda vez que de esa forma la Administración garantiza el debido proceso en los tópicos de derecho a la defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación, al igual que sujeta sus actuaciones al principio de legalidad eliminando toda arbitrariedad al permitir que los administrados cuenten con los elementos de juicio suficientes para controvertir ante las instancias gubernativas y judiciales, la decisión de retiro discrecional cuando estimen que la misma fue producto de un abuso en el ejercicio del poder[86]. Así, es obligación de la Administración motivar los actos administrativos consignando las razones objetivas y claras en las que fundamenta el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es decir, cuenta con una discrecionalidad relativa que tiene sus límites en la propia Constitución y en la ley[87], toda vez que se requiere de un concepto previo que emiten las juntas asesoras y los comités de evaluación exponiendo los argumentos por los cuales recomienda el retiro del servicio.

3. Ahora bien, la discrepancia que nos llevó a plantear nuestro salvamento parcial de voto tiene su origen en la decisión y en las consideraciones que fueron planteadas para abordar el estudio y resolver el primer grupo de casos señalados (T-4862375 y T-4938030), los cuales como se indicó, centraron el examen en la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios.

Según la posición adoptada por la mayoría de la Corte a partir de lo que denominaron una “precisión jurisprudencial”[88], los actos de retiro de miembros de la Fuerza Pública cuyo sustento es la causal de llamamiento a calificar servicios, no requieren una motivación expresa porque al tratarse de una terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución por haber cumplido determinado tiempo de servicio que da lugar a la asignación de retiro, es la propia ley la que habilita la finalización del vínculo para no desnaturalizar la estructura jerarquizada y piramidal que tienen la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros. En palabras de la Sala, en cuanto a la exigencia de motivación, “(...) en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la Ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro.”[89]

Con ese norte la sentencia de la cual nos apartamos concluyó que dicha causal de retiro tiene por finalidad servir como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial.

4. Las razones que nos llevan a apartarnos de esta “precisión jurisprudencial” frente a la figura de llamamiento a calificar servicios son las siguientes:

4.1. En primer lugar, estimamos que la Corte ha debido mantener la tesis que ha sostenido en numerosos fallos de tutela en relación con la obligación de motivar en todo caso el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública, aún en la situación del llamamiento a calificar servicios, en respeto de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia. Si bien es cierto que debido a la

organización piramidal de la carrera militar y policial no es posible que todos sus integrantes asciendan en el escalafón, también lo es que la decisión de retiro del servicio activo debe ser motivada para evitar arbitrariedades que difícilmente podrían ser cuestionadas después ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desconocer los móviles que justificaron la desvinculación.

Al respecto, consideramos que en un Estado social de derecho como lo es Colombia (art. 1° de la CP), en donde la Carta Política goza de supremacía por ser considerada norma de normas (art 4° ibídem), la expedición de actos administrativos exige contar con una motivación que permita al interesado conocer las razones que llevaron a una entidad a tomar una determinada decisión de retiro y, de esa forma, facultar a aquel para que cuente con herramientas útiles que le ayuden a ejercer su derecho a la defensa y pueda cuestionar esa decisión a través de los mecanismos contencioso administrativos.

Como lo ha reconocido esta Corporación, la discrecionalidad absoluta no tiene cabida dentro del Estado social de derecho porque esto eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan las facultades del nominador, pues al no existir una verdadera motivación del retiro del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, éstos quedarían sin la posibilidad de ejercer un control al móvil real que generó su desvinculación de la institución. Así, nos encontramos ante un sistema jurídico que propende por la discrecionalidad relativa que desmarca el acto del caprichoso del funcionario que lo expide, para que el afectado pueda apreciar las circunstancias que rodearon la toma de decisión de retiro institucional[90].

El punto fue ilustrado con amplitud en la sentencia T-265 de 2013[91], señalando que pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional, dentro de la cual incluyó la causal de llamamiento a calificar servicios, a saber:

“i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene “por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. En el Estado de derecho la

posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo". Por esta razón, para que una entidad pública pueda apartarse de los postulados generales y flexibilizar su actuación mediante el ejercicio de facultades discrecionales, debe como mínimo estar soportado en una norma legal o constitucional que la faculte expresamente.

ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que "la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él". Es claro entonces que "el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del 'abuso del derecho', y la 'desviación de poder'. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado". Sin perjuicio de los objetivos de toda ley, de manera genérica la Constitución consagra como fines de la actuación administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2); y ii) el interés general (art. 209). Así, para comprobar si una actuación cumple con este requisito, se deberá verificar tanto el cumplimiento de los objetivos genéricos como los específicos de la norma.

iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan: "El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada

caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa”.

De allí que la jurisprudencia constitucional haya reconocido una discrecionalidad relativa aplicable aún a los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública con base en la causal de llamamiento a calificar servicios, pues no es admisible en un Estado social de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte.

Ahora, si bien entendemos el argumento sobre la estructura piramidal y jerarquizada que tienen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, lo cierto es que estimamos que el acto de desvinculación por esa causal mínimamente debe motivarse con la evaluación de la hoja de vida del uniformado, además del cumplimiento de los requisitos objetivos de ley para obtener la asignación de retiro, pues dejar de hacerlo implicaría en la práctica que no siempre los mejores y los que tengan más mérito asciendan de grado siguiente y continúen en la carrera. De esta forma, lo que se pretende es evitar la arbitrariedad que genera la falta de motivación del acto de retiro, proteger garantías fundamentales y el principio democrático, así como el de publicidad.

4.2. En segundo lugar, la mayoría de la Sala indicó que no existía claridad en la posición adoptada por esta Corporación sobre la causal de llamamiento a calificar servicios, por lo cual procedió a realizar la denominada precisión jurisprudencial que, en criterio de los suscritos magistrados, constituye es un verdadero cambio de jurisprudencia que incumplió las dinámicas propias de abordar los precedentes existentes en esta Corporación, plantear las posiciones disimiles y realizar un profundo trabajo de unificación constitucional.

En efecto, la sentencia SU-091 de 2016 no advirtió la existencia de varias sentencias dictadas por diferentes Sala de Revisión, como son las sentencias T-569 de 2008, T-655 de 2009, T-638 de 2012, T-719 de 2013 y SU-053 de 2015, que mantienen una línea invariable sobre el deber de motivar los actos administrativos que se basan en la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios. Precisamente, en dichas sentencias la Corte ha considerado que la mejora en el servicio no basta como único motivo de desvinculación, como tampoco una antigüedad de 15 años o más y el tener derecho a la asignación de retiro, porque estas razones pueden esconder situaciones injustas y arbitrarias en perjuicio

de los integrantes de la carrera especial de la Fuerza Pública.

En criterio de los suscritos magistrados, la sentencia de la cual nos apartamos parcialmente incurre en una indisciplina del precedente porque a pesar de citar por ejemplo las sentencias T-723 de 2010 y T-265 de 2013, no hace alusión a los patrones fácticos y a la ratio decidendi que allí fueron consignadas. Por el contrario, se limita a reseñar apartes descontextualizados de las mismas que desconoce la transparencia argumentativa y termina cercenando los desarrollos jurisprudenciales que fueron construidos para otorgar protección constitucional al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste a los uniformados desvinculados sin motivación alguna.

Otros ejemplos dicientes son las siguientes reseñas jurisprudenciales: (i) T-297 de 2009[92], que se ocupó del estudio del retiro por llamamiento a calificar servicios sin motivación de un Teniente Coronel de la Policía Nacional, oportunidad en la cual se concluyó que a pesar de ser una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado, la falta de motivación constituye una vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia; (ii) T-284 de 2009[93], que también estudió el retiro por llamamiento a calificar servicios sin motivación de un Mayor de la Policía Nacional, señalando que el acto administrativo solo se ajusta a la Constitución cuando es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, está debida y suficientemente motivado, y existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales que han sido asignados a la Fuerza Pública; y, (iii) T-723 de 2010[94], que se ocupó del caso de un Teniente Coronel que pese a obtener las más altas calificaciones en los últimos diez años de servicios, fue llamado a calificar servicios sin que el acto de retiro institucional fuese motivado, por lo cual se concedió el amparo esbozando que la desvinculación no podía realizarse sin una explicación clara y precisa que además tuviera en cuenta la evaluación de la trayectoria profesional del uniformado en la institución.

Especial pronunciamiento merece el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia T-265 de 2013[95], porque si bien la sentencia de unificación la menciona en varios apartes de las consideraciones, como ya se indicó, no relata los antecedentes, el contexto, el problema jurídico analizado y la ratio decidendi lograda. Y es que esta última sentencia resulta relevante porque corresponde a una acción de tutela que presentó la Policía

Nacional contra una providencia judicial que había señalado la necesidad de motivar el acto de retiro de un Coronel de esa institución que fue desvinculado mediante la causal de llamamiento a calificar servicios. En esa oportunidad, la Sala Quinta de Revisión negó el amparo arguyendo que el acto de retiro debía ser motivado analizando la hoja de vida y los méritos del oficial, sumado a los requisitos objetivos que establece la ley. Además, advirtió que no pueden existir funcionarios con poderes ilimitados que en ejercicio de sus funciones expidan actos administrativos que de alguna manera escapen a la órbita de control por parte de las autoridades, toda vez que se estaría permitiendo indiscriminadamente la proliferación de actos arbitrarios.

Como se aprecia, el anterior precedente debió ser objeto de un especial análisis por la similitud fáctica y jurídica con el expediente T-4862375 que fue objeto de estudio en la sentencia SU-091 de 2016, pues termina separándose de las consideraciones y de la razón de decisión que expuso la Corte en aquella oportunidad. Es decir, se cambió la línea sin asumir la carga argumentativa suficiente en procura de disciplinar el manejo del precedente constitucional que se pretendía unificar.

En consecuencia, la providencia propone que quienes consideren haber sido víctimas del uso fraudulento o indebido de esa figura discrecional pueden hacer uso de los recursos pertinentes que ofrece la jurisdicción contencioso administrativa, “y tendrá[n] a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta forma, no le corresponde a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a las exigencia legal, pero en todo caso, debe responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten”.

Esta posición, de la cual nos apartamos, limita en el plano judicial la carga de la prueba dejándola en manos del afectado con el retiro, de manera que genera una imposición excesiva y olvida por completo el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba, el cual establece que la parte procesal que se encuentra en una situación más favorable, es quien tiene que probar determinado hecho. Lo anterior, puesto que resulta excesivo y desproporcionado dentro del sistema judicial, imponer de una manera drástica e inflexible las reglas derivadas de la carga de la prueba, a quien se encuentra en dificultad de probar.

En el caso de uniformados retirados por la causal llamamiento a calificar servicios, por regla general, es la entidad quien se encuentra en mejor condición para probar los hechos, ya que los documentos relevantes y los estudios previos, de haberlos, reposan en manos de la institución, entonces resulta desproporcionado en contraposición con los derechos del afectado y contrario al orden constitucional, fijar la carga de la prueba únicamente en el retirado.

Así las cosas, los derechos fundamentales de quienes adelantan la carrera especial en la Fuerza Pública se verían perjudicados toda vez que la persona retirada de su cargo por esta causal, no solo desconoce los motivos reales y específicos que llevaron a un posible uso fraudulento o discriminatorio del llamamiento a calificar servicios, sino que adicionalmente, debe recaudar las pruebas con el fin de demostrarlo.

El afectado sufre una vulneración desproporcionada de su derecho de defensa, porque no sabe las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, presupuesto básico para cuestionar la actividad de la administración. Aunado a lo anterior, el demandante tiene la carga de demostrar la desvinculación de la facultad discrecional, obligación que es muy difícil de cumplir dado que no tiene en su poder los medios de convicción.

Contrario a la Constitución Política, la mayoría de la Sala Plena avaló el ejercicio arbitrario de una facultad. Es más, otorgó una inmunidad o poder omnímodo en detrimento de los derechos fundamentales de los servidores públicos que pertenecen a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.

4.4. Finalmente, con base en los argumentos que acabamos de exponer, los suscritos magistrados manifestamos nuestro desacuerdo con la forma como la mayoría de la Corte resolvió los casos concretos de los expedientes T-4862375 y T-4938030. En primero, por cuanto debió revocarse la decisión de tutela proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, que tuteló los derechos invocados por la Policía Nacional en contra del Tribunal Administrativo del Meta, ya que en nuestro sentir el fallo contencioso administrativo que impuso el deber de motivar el acto de retiro se ajusta a la Carta Política y al precedente constitucional que buscamos preservar y defender.

Y respecto del segundo caso en mención, estimamos que sí se incurrió en un desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, en cuanto al deber de motivar

el acto administrativo de retiro por la causal llamamiento a calificar servicios corresponde a un precedente constitucional vinculante. No compartimos entonces, los argumentos que insisten en que se trata de un acto que no debe ser motivado explícitamente, mediante el uso de una precisión jurisprudencial.

De esta forma, dejamos consignados los motivos de nuestro disenso.

Fecha ut supra,

JORVE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA SU091/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar la improcedencia por cuanto no hubo desconocimiento del precedente constitucional en materia de necesidad de motivación del acto de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-4.862.375, T-4938030, T-4.943.399 y T-4954.392

Acciones de tutela promovidas por el Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo del Meta; Larry Humberto Reyes Rincón contra el Juzgado Dieciocho Administrativo de Descongestión del Circulo de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, SECC

Segunda Sección F, Sala de Descongestión; Luis Arturo Salazar Velazco contra el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo del Circuito de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Segunda de Decisión del Sistema Escritural; Alexander Tejeiro Torres contra el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

La decisión de mayoría en los expedientes T-4.862.375 y T-4.938.030 de la presente sentencia de unificación, resolvió confirmar las decisiones de instancia, y precisó que tratándose de la figura de la calificación de servicios “no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente, está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.”

Sin embargo, en relación con los expedientes T-4.943.399 y T-4.954.392, la Corporación ordenó dejar sin efectos las decisiones judiciales, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de los accionantes y, ordenar a los distintos jueces de segunda instancia, proferir una nueva decisión en la que se tenga en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional. Al respecto, estimo que la Corporación en sentencia C-525 de 1995, declaró la exequibilidad sin condicionamiento alguno de los artículos 11 y 12 del Decreto 573 de 1995, que permiten, en su orden, el retiro discrecional de los agentes de policía y de los oficiales y suboficiales de dicha institución, con la única exigencia previa de que se emita una recomendación en ese sentido, por un comité de evaluación creado con esa finalidad.

Ahora bien, por vía de control concreto, se han establecido pautas, requisitos, trámites y procedimientos que desdican no solo los efectos del pronunciamiento efectuado por la Corte al declarar la norma ajustada a la Carta, sino las líneas argumentativas que, a modo de

“ratio decidendi”, han venido generando situaciones complejas como las aquí dilucidadas, en las que, a través de sentencia de unificación, modifican lo ya definido por vía de control abstracto.

De otra parte, la actuación de la entidad nominadora se ajustó, en principio, a los dictados del ordenamiento legal respectivo, como lo corroboraron los jueces especializados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Las conclusiones a las que arribó este Tribunal no se desprenden del contenido normativo del precepto correspondiente, ni de las razones que justificaron su declaratoria de exequibilidad, decisión que, en últimas, es la que ha debido servir de precedente, junto con sus considerandos, a efectos de orientar las particularidades de la actuación administrativa que se adelantó en estos casos.

No observo que en esta oportunidad los fallos atacados vía tutela, estén incurridos en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos son discrecionales, como desde siempre se ha entendido, y, no necesariamente, deben motivarse, lo cual no significa que no tengan que estar inspirados en razones de mejora de servicio, lo que, en principio, se presume, con las implicaciones que ello supone en materia de la carga de la prueba. Las decisiones judiciales de instancia, a mi modo de ver, evaluaron el cumplimiento del requisito de la recomendación del comité evaluador correspondiente.

Adicional a lo anterior, debo hacer énfasis en torno a que para el momento en que fueron proferidos los fallos, no existía un precedente unánime de la Corporación al respecto. Menos aún, puede señalarse que la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad aludida, imponga la motivación de los actos administrativos que resulten necesarios para el retiro del servicio de la fuerza pública y elimine el carácter discrecional de los mismos.[97] En este aspecto la norma cuya constitucionalidad se avaló incorpora una regla de actuación diferente a la que en dichos fallos de tutela se prohíja. En este caso las decisiones de retiro enjuiciadas acataron el procedimiento legalmente ajustado a la Constitución previsto en la norma que lo regula, motivo por el cual no han debido ser descalificadas mediante el amparo concedido.

Es así como dejo expresado mi discrepancia con el criterio mayoritario esbozado por la Sala Plena en relación con los expedientes T-4.943.399 y T-4954.392.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Lo cual no es solo un derecho sino es también un requisito para la asignación del retiro.

[2] Conforme a las directrices del artículo 53 del Decreto-Ley 1799 de 2000.

[3] MP, José Gregorio Hernández Galindo.

[4] MP, Jaime Córdoba Triviño.

[5] Ver al respecto la sentencia T-310 del 30 de abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[6] Sentencia 173 de 1993, MP, José Gregorio Hernández Galindo.

[7] Sentencia T-504 de 2000, MP, Antonio Barrera Carbonell.

[8] Ver entre otras, la Sentencia T-315 de 2005, MP, Jaime Córdoba Triviño.

[9] Sentencias T-008 de 1998, MP, Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-159 de 2000, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[10] Sentencia T-658 de 1998, MP, Carlos Gaviria Díaz.

[11] Ver al respecto sentencias T-088 de 1999, MP. José Gregorio Hernández Galindo y SU-1219 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

[12] Cfr. Sentencia C-590 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño

[13] MP, Jaime Córdoba Triviño.

[14] Ver al respecto la sentencia T-310 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[15] Sentencia T-522 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

[16] Cfr. Sentencias T-462 de 2003, MP, Eduardo Montealegre Lynett ; SU-1184 de 2001, MP, Eduardo Montealegre Lynett; T-1625 de 2000, MP (E) Martha Victoria SÁCHICA Méndez y T-1031 de 2001, MP, Eduardo Montealegre Lynett.

[17] Cfr. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[18] Ver sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-292 de 2006 M.P, Manuel José Cepeda Espinosa, T-230 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] Ver sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[20] Ver sentencia C-539 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] Sentencia SU-168 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[22] Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[23] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[24] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

[25] Ver además sentencias T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[26] En palabras de la Corte: “En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez” y al acceso a la administración de justicia porque “...las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.” Cfr. Sentencia T-566 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterado en la sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, entre otras posteriores.

[27] De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte

de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

[30] Ver por ejemplo Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Ed. Ibáñez (2012). Véase cómo, incluso, el doctrinante al explicar el “desconocimiento del precedente”, lo señala tanto en el defecto sustantivo como en una causal autónoma posteriormente, páginas 224, 138 y 254.

[31] Ver, entre otras, sentencias SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Cfr. Sentencia T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] Constitución Política de Colombia, Artículo 217, párrafo 2.

[35] “ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto”.

[36] Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179 de 2006, MP, Alfredo Beltrán Sierra.

[37] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[38] Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

[39] Los artículos 54, 55 y 62 de ese Decreto Ley, que regulaban el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-253 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, debido a que el Presidente excedió las facultades extraordinarias que le había otorgado en esa ocasión.

[40] “Por medio de la 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-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

[41] “Por medio de la 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-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

[42] “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”.

[43] Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014.

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

[45] Conforme con lo establecido en el Artículo 3º del Decreto 1791 de 2000, para que proceda el retiro de un Oficial por la causal denominada “Llamamiento a Calificar Servicios”, es necesario que cumpla con los requisitos para hacerse acreedor a una Asignación mensual de retiro, establecido en el numeral 3.1. del Artículo 3º de la Ley 923 de 2004, en armonía con el Artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.

“Artículo 3º de la Ley 923 de 2004: ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: 3.1. El

derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres. En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones. [...]”(negrilla y subrayado fuera del texto)

[46] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[47] *Ibídem*.

[48] MP, Jorge Iván Palacio Palacio

[49] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[51] Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[52] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[53] MP, Juan Carlos Henao Pérez

[54] Sentencia T-297 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[55] MP, Jorge Iván Palacio Palacio

[56] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[57] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[58] “El retiro se produce por las siguientes causales: (...) 2. Por llamamiento a calificar servicios”.

[59]“El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”.

[60] MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[62] Sentencia T-723 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[63] Según la Doctrina Francesa, la motivación está por fuera del texto del acto administrativo, sin que ello afecte su legitimidad. La motivación es la justificación del acto y al encontrarse en este caso en la LEY es extra textual pero igualmente valida.

[64] Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

[65] MP, Gloria Stella Ortiz Delgado.

[66] Ver sentencia T-442 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Allí se indicó: “si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica..., dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.”

[67] Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T- 317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

[68] Según informa el Ministerio de Defensa, en fecha septiembre 09 de 2015, la reducción de personal entre los grados de Teniente Coronel a Coronel es de 1.084 a 451 en el Ejército Nacional; de 311 a 229 en la Armada Nacional y de 300 a 147 en la Fuerza Aérea Colombiana.

[69] Ver folio No 14, cuaderno de anexos expediente T-4.862.375.

[70] Consejo De Estado Sección Segunda, Subsección “Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., 18-11-2010 Exp: 250002325000200210342 01

[71] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[72] MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[73] MP, Gloria Stella Ortiz Delgado.

[75] La Resolución 0366 señala: “El Comandante del Departamento de Nariño

En uso de sus facultades legales que le confiere el artículo 2º numeral 5º y artículo 4º parágrafo 1º de la Ley 857 del 26 de Diciembre de 2003...., y previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía Nariño para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes,

Resuelve

Artículo 1 Retirar del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General, al personal del Nivel Ejecutivo que se relacionan a continuación de conformidad con lo establecido en el artículo 4º Parágrafo 1º de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, y artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

INTENDENTE VELASCO SALAZAR LUIS ARTURO...”

[76] Acta 000527 del cinco (05) de diciembre de dos mil cinco (2005). Folio 495, cuaderno No. 2.

[77] Su-172 de 2015.

[78] Afirmación tomada de la Sentencia Su- 172 de 2015.

[79] Acta mediante la cual la junta asesora recomendó su retiro.

[80] Su-172 de 2015.

[81] Folio 65

[82] Folio 66, cuaderno No. 2

[83] Sentencia SU- 172 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[84] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[85] Ver entre otras las sentencias Su-171 de 2015, MP, Gloria Stella Ortiz Delgado; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio, T-297 de 2009, MP, Luir Ernesto Vargas Silva.

[86] Al respecto se pueden consultar las sentencias SU-917 de 2010, T-265 de 2013 (ambas con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio) y la SU-172 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[87] Sobre la discrecionalidad relativa en la motivación de actos administrativos, ver las sentencias SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[88] Fundamento jurídico 3.9.

[89] Fundamento jurídico 3.9.13.2, página 86.

[90] En la sentencia C-734 de 2000, la Corte precisó que “La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la

posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.

[91] (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[92] (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[93] (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[94] (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[95] (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[96] Numeral 3.10. páginas 88 a 91.

[97] Las Sentencias SU-053 de 2015, y Su 712 de 2015, fueron notificadas con posterioridad a la fecha de las sentencias de instancia (30 de abril de 2012 Exp. T-4.954.392 y el fallo del 20 de febrero de 2013 Expediente T-4.943.399)