

SU217-16

Sentencia SU217/16

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

SEPARACION DEL PRECEDENTE-El funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control, según sentencia SU091/16

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

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

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

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

Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

Acciones de tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal Administrativo de Caldas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Asuntos: Debido proceso; procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales; y límites a las facultades discrecionales de retiro en las Fuerzas Armadas; reiteración de jurisprudencia.

Procedencia: Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en segunda instancia, que a su vez revocaron las decisiones de la Sección Segunda de la misma Corporación, dentro de los procesos de acción de tutela promovidos por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal Administrativo de Caldas (T-5.173.085 y T-5.189.400) y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (T-5.189.329).

Los asuntos llegaron a la Corte Constitucional por remisión de la Secretaría de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 15 de octubre de 2015, la Sala de Selección Número 11 de esta Corporación escogió las tutelas para su revisión y dispuso acumular los expedientes con el fin de que fueran resueltos de manera conjunta, por presentar unidad de materia.

El 27 de enero de 2016, la Sala Plena asumió el conocimiento del caso por lo que (en auto del 16 de febrero de 2016[1]) de conformidad con el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corporación[2], se decretó la suspensión de términos. La Sala consideró que los hechos de la tutela y los potenciales problemas jurídicos que se desprenden de los mismos son de relevancia constitucional y por esa razón era necesario asumir la competencia directa del asunto.

I. ANTECEDENTES

El Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, promovió diferentes acciones de tutela en contra de los fallos de los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Caldas que decretaron la nulidad de tres actos administrativos a través de los cuales, aplicando la figura de llamamiento a calificar servicios, se procedió a retirar a tres oficiales de la Policía Nacional. Para la entidad accionada, las decisiones de los jueces contenciosos vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso por desconocer el precedente jurisprudencial vigente que existe sobre la materia y valorar inadecuadamente el acervo probatorio recaudado en cada expediente. En consecuencia, el Ministerio solicitó que los jueces de tutela revocaran los fallos impugnados y ordenaran que se profieran unas nuevas decisiones que observaran los lineamientos fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la materia porque consideró que las decisiones de los jueces administrativos vulneraron sus derechos fundamentales ya que incurrieron en un defecto sustantivo, en la medida en que le impusieron a la administración un requisito no contemplado en la ley con respecto a la motivación de los actos de llamamiento a calificar servicio y desconocieron el precedente vertical vigente, que indica que este tipo de actos no requiere de motivación más allá de la aplicación de las causales objetivas señaladas en la ley. Para mayor claridad, a continuación se presentará un resumen particular de los hechos de cada caso así como de los fallos de tutela que se revisan.

Expediente T-5.173.085

1. Hechos relevantes

1. El mayor (r) Mario Suárez Lozano fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional mediante el Decreto 676 del 10 de marzo de 2011 por llamamiento a calificar servicios, de acuerdo con las facultades conferidas a la Fuerza Pública en el artículo 1º de la Ley 857 de 2003[3]. Frente a esta decisión, el mayor Suárez Lozano, mediante apoderado judicial, ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el mencionado acto administrativo

2. El Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, mediante sentencia de primera instancia del 30 de septiembre de 2013, negó las pretensiones de la demanda por considerar que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado. Adicionalmente, el juez concluyó que la figura de retiro por llamamiento a

calificar servicios se adecua a la necesidad de garantizar un relevo generacional en las Fuerzas Armadas, al consolidar oportunidades profesionales para los uniformados con menor antigüedad que aún no cumplen con las condiciones objetivas señaladas por la ley para gozar de una asignación de retiro.

3. Así las cosas, el mayor (r) Suárez Londoño interpuso un recurso de apelación contra la sentencia descrita alegando que el juez no valoró adecuadamente las pruebas allegadas al expediente y que demuestran su excelente desempeño en la institución. El 28 de agosto de 2014, en segunda instancia[4], el Tribunal Administrativo de Caldas decidió revocar el acto administrativo de retiro y le ordenó a la Policía Nacional reintegrar al oficial demandante y reconocerle el pago de todos los salarios y prestaciones sociales que éste dejó de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su reintegración efectiva. Para el Tribunal, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han determinado que los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios deben ser proporcionales y razonables, encontrarse debidamente motivados y tener correspondencia entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines esenciales de la Policía Nacional. Sin embargo, aunque reconoció que se cumplieron los requisitos formales, dicha Corporación, después de evaluar las pruebas que acreditaron el desempeño laboral del oficial, concluyó que la medida de retiro no era razonable y proporcional frente a la destacada labor del mayor (r) por lo que se configuró un vicio por desviación de poder lo que conllevó a la declaratoria de nulidad del llamamiento.

2. Actuación en sede de tutela y respuestas de las entidades demandadas

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en primera instancia, conoció de la tutela que presentó el Ministerio de Defensa contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas. Por medio de auto del 13 de enero de 2015[5], admitió la acción y ordenó vincular al proceso al Juzgado Séptimo Administrativo, al Tribunal accionado y al mayor (r) Mario Suárez Londoño. En la misma decisión, se le otorgó a todas las partes un plazo de tres (3) días para que presentaran una respuesta a la tutela o información adicional que pudiera ser relevante para el examen del caso concreto.

A. Mayor (r) Mario Suárez Lozano

Mediante varios memoriales presentados entre el 10 y el 24 de febrero de 2015[6], el

mayor (r) Suárez Londoño, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones del Ministerio de Defensa. En un primer escrito, el abogado del oficial señaló que la facultad de retiro no es discrecional y que la misma está sometida a una ponderación entre los hechos probados que hacen parte de la carrera de los oficiales y la finalidad que busca este tipo de retiros de mejorar el servicio prestado. Por esa razón, manifestó que el Ministerio de Defensa abusó de su autoridad al no tener en cuenta, como se probó en el proceso contencioso, los hechos que dan cuenta de los méritos de su cliente para continuar su carrera militar.

En un segundo escrito, el apoderado resumió varios testimonios presentados como prueba en el proceso de nulidad que dan cuenta de que su representante presentó buenos resultados operativos y que no cuenta con ninguna investigación. Así, indicó que “la Sentencia de Segunda Instancia (sic) que aquí se entutela (sic) por la entidad POLICÍA NACIONAL (sic), obedeció a un trabajo de intelecto probatorio, que incluso llegó a permitir apreciar que el fin del retiro discrecional, no se identificó con los hechos que demostramos durante el proceso contencioso”[7]. Agregó, en un nuevo memorial que el oficial no fue retirado tan pronto cumplió con el tiempo señalado por la ley para recibir su asignación de retiro por lo que tenía la aspiración legítima de continuar dentro de la Policía y convertirse en General de la República y en Director Nacional de la institución. Además, destacó que el “Actor (sic) dio una lucha entusiasta, perseverante e incondicional contra focos de narcotráfico, vinieran de donde viniera, esta (sic) actitud de sacrificio y álgido riesgo policial, junto con otras pruebas demostró que de ninguna manera se utilizó la facultad (con el objetivo) de premiarlo con retirarlo” [8]. Finalmente, el apoderado presentó un nuevo memorial donde, además de adjuntar varios informes de prensa que dan cuenta de numerosos escándalos en la Policía Nacional como forma de probar la “situación caótica de la entidad tuteante”[9], concluyó que la Policía Nacional debe acudir a la acción de repetición contra los funcionarios que intervinieron en el retiro de oficial Suárez Londoño y no a la acción de tutela contra la sentencia que ordenó su reintegro.

B. Juez Séptimo Administrativo de Manizales y Tribunal Administrativo de Caldas

A pesar de ser vinculados en al auto admisorio de la demanda, las autoridades judiciales guardaron silencio y no se pronunciaron durante el trámite del proceso de tutela[10].

3. Decisiones objeto de revisión

A. Primera instancia

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de marzo de 2015[11], amparó los derechos a la igualdad y al debido proceso de la entidad accionante y dejó sin efectos el fallo del Tribunal Administrativo de Caldas pues consideró que la decisión incurrió en una violación al debido proceso por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente judicial. En esa medida, le ordenó a dicha Corporación que, en un término no mayor a diez (10) días contados a partir de la notificación del presente fallo, dicte una nueva sentencia que respetara el precedente jurisprudencial vigente que señala que el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios solamente exige el cumplimiento de unos requisitos objetivos, como son la recomendación de la junta asesora del Ministerio de Defensa y el cumplimiento de los elementos para acceder al derecho a la pensión.

Para llegar a esta conclusión, la Sección manifestó que: (i) la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas se basó en precedentes aislados del Consejo de Estado que no guardan una relación material con el caso o que no reflejan el criterio adoptado en materia de retiro por uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios; (ii) la Sección Segunda ha precisado que no es posible exigirle a la administración que efectué un procedimiento no previsto en las normas que regulan el retiro de miembros de la Fuerza Pública; (iii) el retiro por llamamiento a calificar servicios atiende un concepto de evolución institucional que se encuentra supeditado a la misión de la institución como garante de la seguridad ciudadana por lo que se convierte en un valioso instrumento que permite un relevo dentro de una línea de jerarquía de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal; y (iv) el buen desempeño de los oficiales no genera por sí solo un fuero de estabilidad ni puede convertirse en una limitante del poder discrecional que el ordenamiento jurídico le concede en este caso a la administración.

B. Impugnación

De otro lado, señaló que su cliente asumió la carga probatoria en el proceso contencioso de manera amplia y suficiente lo que le permitió al Tribunal accionado concluir que el informe de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional no estuvo precedido de un examen de las pruebas recogidas, que permitieran justificar la decisión de retiro. Así, concluye que

la sentencia atacada si observó los precedentes del Consejo de Estado en la materia ya que los mismos establecen que un límite al retiro por llamamiento a calificar servicios se configura cuando el mismo se utiliza de manera arbitraria para ocultar una sanción o un reproche disciplinario y hacerlo pasar como el ejercicio razonado y proporcionado de una facultad reconocida por el ordenamiento legal. Así, reitera que su cliente fue retirado de la Policía Nacional por una supuesta investigación que nunca se comprobó y que terminó por acabar con una promisorio carrera en la institución que constantemente fue respaldada y refrendada por sus superiores.

C. Segunda instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de agosto de 2015[13], confirmó el fallo de primera instancia por considerar que: (i) en los casos de llamamiento a calificar servicios, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno Nacional, la Sección Segunda del Consejo de Estado -juez natural en asuntos de carácter laboral y de la seguridad social de los servidores públicos- ha entendido de manera reiterada que la misma busca garantizar la movilidad dentro de la estructura piramidal que caracteriza a las Fuerzas Armadas y de este modo permitir la renovación generacional del personal sin que esto constituya una sanción contra el oficial ya que a éste siempre se le reconocerá una asignación de retiro que garantice su subsistencia; (ii) el Tribunal Administrativo de Caldas acudió a precedentes del Consejo de Estado que no resultan aplicables a este caso, toda vez que en dichos pronunciamientos se analizó el nexo causal existente entre una fuga de presos y el retiro del director del centro penitenciario donde la misma ocurrió convirtiéndose entonces dicha desvinculación en una desviación de poder que escondió un ánimo sancionatorio y retaliatorio; (iii) dicha Corporación resolvió la nulidad invocada acudiendo a un acervo probatorio que demostraba el buen desempeño del oficial en el cargo, lo que no tiene relación con la figura de llamamiento a calificar servicios pues, como lo ha dicho la Sección Segunda del Consejo de Estado, el desempeño idóneo del cargo no genera estabilidad absoluta en el cargo; y (iv) el Tribunal accionado desconoció el precedente vertical fijado por la máxima autoridad contenciosa que, entre otras cosas, advirtió que basta con que se configuren los requisitos objetivos que la ley contempla para que se proceda a este tipo de retiro, sin que el mismo se entienda como una sanción sino como una manera de desvincular a un buen servidor en el marco de la necesidad de renovar los cuadros de mando de las Fuerzas Armadas.

1. Hechos relevantes

1. El Teniente Coronel (r) Jhon Fernando Huertas Gómez, miembro para ese entonces de la Policía Nacional, fue llamado a calificar servicios mediante el Decreto 1002 del primero de abril de 2011. Contra dicha decisión, el señor Huertas Gómez ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que su retiro fue el resultado de una desviación de poder de la administración que desbordó los límites legales y constituciones que existen sobre la facultad discrecional de retiro en la Fuerza Pública.

2. Mediante sentencia del 30 de abril de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá declaró la nulidad del acto administrativo de retiro por considerar que el mismo no estuvo motivado en la finalidad de mejorar el servicio. En ese sentido, el juez advirtió que de las pruebas del caso se advirtió que el oficial Huertas Gómez se desempeñó con excelencia durante todo su servicio profesional por lo que, siguiendo los precedentes fijados por el Consejo de Estado en la materia, la calificación de retiro es el resultado de una desviación de poder toda vez que la misma no se compaginó con el impecable desempeño profesional del retirado. De esta manera, declaró la nulidad del acto administrativo y ordenó que se le reconociera al Teniente Coronel (r) el pago de todos los salarios y prestaciones sociales que éste dejó de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reintegración.

3. Ante la impugnación presentada por la ahora entidad accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 22 de septiembre de 2014 confirmó la sentencia que anuló el acto administrativo. En su providencia, la Corporación revalidó el fallo del juez administrativo aunque modificó la orden de pago en el sentido de no incluir en el mismo las sumas que fueron reconocidas al oficial por concepto de asignación de retiro. Para el Tribunal, el Consejo de Estado ha determinado que para demostrar que la Fuerza Pública no tuvieron elementos de juicio materiales y reales para ejercer sus facultades de retiro, es necesario que el oficial tenga una calificación excepcional en el año inmediatamente anterior a la desvinculación. Así las cosas, señaló que conforme a las pruebas obrantes en el expediente se comprobó que el Teniente Coronel (r) Huertas Gómez obtuvo calificaciones superiores en ese periodo de tiempo por lo que la decisión del juez

de primera instancia se adecuó a la línea jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal Contencioso.

2. Actuación en sede de tutela y respuestas de las entidades demandadas

La Sección Segunda del Consejo de Estado conoció de la tutela en primera instancia de la tutela interpuesta por el Ministerio de Defensa. Por medio de auto del 29 de enero de 2015[14], admitió la acción y ordenó vincular al proceso al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Bogotá y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En la misma decisión, se le otorgó a todas las partes un plazo de dos (2) días para que presentaran una respuesta a la tutela o información adicional que pudiera ser relevante para el examen del caso concreto.

A. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

A través de un escrito presentado el 5 de marzo de 2015[15], el Tribunal se opuso a las pretensiones del Ministerio e indicó que, en primer lugar, la sentencia de nulidad se apoyó en jurisprudencia reiterada que ha sostenido que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones asociadas al mismo deben ser evaluadas de manera integral para poder aplicar la figura de llamamiento a calificar servicios. De esta manera, para el Tribunal, el demandante logró acreditar de forma cierta que ejerció su trabajo de manera eficaz. Así, la nulidad fue producto “de un análisis objetivo de los hechos que motivaron la acción frente al acto proferido por la entidad demandada, por lo que resulta claro que en el presente caso no se configuró ninguna de las causales invocadas por la entidad accionante”[16].

B. Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá

Mediante memorial presentado el 5 de marzo de 2015[17], la jueza consideró que en el proceso se valoraron adecuadamente las pruebas. En particular, recuerda que el Ministerio de Defensa reprochó su decisión judicial argumentando que solo tuvo en cuenta el testimonio rendido por el Coronel (r) José Manuel Barreto Cabrera, y que desconoció que dicho oficial estaba incurso en un conflicto de intereses ya que también fue retirado de la Policía Nacional a través del llamamiento a calificar servicios, y por ello también impulsó un medio de control de nulidad y restablecimiento de derechos contra la entidad. Sin

embargo, la jueza señaló que en su fallo de primera instancia se relacionaron y valoraron varios elementos probatorios, como “las pruebas documentales de las calificaciones del policial, las anotaciones, observaciones, felicitaciones y condecoraciones obrantes en su hoja de vida, y los testimonios tomados en el curso del proceso”[18].

Igualmente, indicó que observó los precedentes desarrollados por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en particular el fijado por una sentencia del 17 de noviembre de 2011[19] en la cual se ordenó el reintegro de un miembro de la Fuerza Pública que fue retirado a través de la figura del llamamiento a calificar servicios.

3. Decisiones objeto de revisión

A. Primera Instancia

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de marzo de 2015, negó la tutela[20] al señalar que: (i) si bien el amparo cumple con los requisitos generales de procedencia ya que la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, el Ministerio agotó los mecanismos de defensa ordinarios y la acción se interpuso en un término razonable; (ii) la decisión del Tribunal no desconoce la prohibición constitucional de doble erogación ya que los salarios vencidos tienen un carácter indemnizatorio diferente a la asignación de retiro a la que tiene derecho el oficial quien es llamado a calificar servicios; y (iii) los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios no requieren de motivación, debido a que éstos son proferidos dentro del marco de la facultad discrecional, pero sí se debe probar que con dicha decisión se busca el mejoramiento del servicio, de lo contrario se estaría incurriendo en una desviación de poder que vicia dicho procedimiento administrativo. En ese sentido, la actuación del Tribunal demandado observó las reglas del Consejo de Estado sobre la materia ya que comprobó que la actuación del Ministerio de Defensa en el caso concreto no buscaba cumplir con el propósito reseñado sino que buscaba un fin diferente a éste. Finalmente, y como quiera que el proceso de tutela podía afectar los derechos del oficial Huertas Gómez, el juez de primera instancia ordenó que fuera vinculado al proceso de amparo.

B. Impugnación

En un escrito presentado el 15 de mayo de 2015[21], el Ministerio de Defensa impugnó el

fallo de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo. Después de reiterar las reglas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la entidad señaló que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo y desconoció el precedente jurisprudencial vertical. En particular, manifestó que la decisión del juez administrativo impuso un nuevo requisito no contemplado por la ley en la medida en que exige que, previa a la recomendación de retiro por parte de la Junta Asesora, se debe realizar un “examen objetivo de las causas por las cuales se recomendó el retiro del servicio activo del uniformado demostrando con ello el mejoramiento del servicio, conclusión que resulta inviable (...) teniendo en cuenta que el precedente vertical establecido por el Consejo de Estado ha señalado (...) que no se requiere la configuración de motivación o justificación alguna, bastando simplemente la verificación del tiempo mínimo de servicio con la cual el uniformado adquiere una asignación de retiro”[22]. De otra parte, en cuanto a la indebida valoración de la prueba, la entidad accionante señala que el Tribunal solo tomó como prueba de la supuesta desviación de poder el testimonio de un Coronel retirado, que también fue llamado a calificar servicios, quien no tuvo una participación material en el proceso de retiro del oficial.

Por su parte, el señor John Fernando Huertas Gómez intervino nuevamente[23] y solicitó que el Consejo de Estado, en el trámite de segunda instancia de la tutela, tuviera en cuenta las actuaciones del Juez Segundo Administrativo de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ratificaron que existió una violación de sus derechos.

B. Segunda Instancia

Expediente T-5.189.400

1. Hechos relevantes

1. Iván Vera Roses, Coronel (r) de la Policía Nacional, fue llamado a calificar servicios mediante el Decreto 4337 del 14 de noviembre de 2008. Contra dicha decisión el señor Vera Roses ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por considerar que la misma fue producto de una desviación de poder, ya que no existió un concepto o motivación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y su hoja de vida revelaba que, para el momento de su retiro, tenía un excelente desempeño y trayectoria profesional por lo que no hay concordancia entre la decisión y su propósito de

mejorar el servicio.

2. En sentencia del 28 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales declaró la nulidad del decreto de retiro por considerar que en el acta de la Junta Asesora no se expresaron las razones o motivos en los cuales se funda la decisión del Gobierno Nacional para aplicar la figura de llamamiento a calificar servicios. Así, determinó que el Gobierno propasó los límites de los actos discrecionales de la administración y el deber de motivación que existe en los mismos. Por consiguiente, concluyó que la motivación de estas actuaciones, así sea mínima, es un elemento indispensable en la realización de este acto discrecional, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de este Tribunal. Por esta razón, al encontrar que no existió ninguna justificación para que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional recomendara el retiro por llamamiento en el caso del coronel (r) Vera Roses, determinó que se desconocieron los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la actuación administrativa. Finalmente, con respecto a la prohibición de doble erogación, el juez señaló que las asignaciones de retiro ya consignadas al coronel (r) Vera Roses deben ser descontadas de los pagos vencidos que deben ser reconocidos por la orden de reintegro.

3. Ante la apelación interpuesta por el Ministerio de Defensa, el Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 2 de octubre de 2014, confirmó la decisión de anular el acto administrativo. En su decisión, el Tribunal reiteró algunos precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que señalan que la recomendación debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, los informes y pruebas que se alleguen, la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permiten justificar su retiro. En ese sentido, el Tribunal apoyó las consideraciones del juez de primera instancia, y confirmó que, tanto en el acta de la Junta de Asesores como en el decreto de llamamiento a calificar servicios, no se incorporó en su motivación informes y pruebas que permitieran justificar la decisión, por lo que el acto administrativo no estuvo debidamente motivado. Finalmente, señaló que la decisión de retiro de un oficial reconocido por su desempeño profesional, como es el caso de señor Vera Roses, no respondió al propósito de mejorar el servicio implícito en esta figura de retiro.

2. Actuación procesal y respuestas de las entidades demandadas

La Sección Segunda del Consejo de Estado conoció de la tutela en primera instancia. Por medio de auto del 11 de febrero de 2015[25], admitió la acción de tutela y ordenó vincular al proceso al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales, al Tribunal Administrativo de Caldas y al coronel (r) Iván Vera Roses. En la misma decisión, le otorgó a las partes un plazo de dos (2) días para que presentaran una respuesta al amparo invocado.

A. Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales

A través de un escrito presentado el 24 de marzo de 2015[26], el juez se opuso a las pretensiones del Ministerio. Después de resumir genéricamente los hechos procesales más relevantes, indicó que el trámite efectuado por su despacho se adelantó con las reglas propias del juicio administrativo, el debido proceso, los derechos de defensa y contradicción y la sana crítica en la valoración probatoria.

B. Tribunal Administrativo de Caldas

Mediante oficio presentado el 24 de marzo de 2015[27], el Tribunal rechazó las pretensiones del Ministerio de Defensa. Después de repasar brevemente las causales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, la Corporación señaló, sin dar mayores detalles, que en su decisión acogió el precedente horizontal existente sobre un asunto similar al debatido ahora en el cual se encontró acreditada la falta de motivación y la desviación de poder del acto administrativo mediante el cual se retiró del servicio a un Teniente Coronel de la Policía Nacional.

C. Iván Vera Roses

El coronel (r) Vera Roses se opuso a las pretensiones del Ministerio a través de un escrito del 24 de marzo de 2015[28] y señaló, en primer lugar, que el apoderado judicial de la Nación no puede actuar a nombre de la Policía ya que el poder fue otorgado por el Comandante Departamental de Caldas y no por el Director General de la Institución. Por otro lado, indicó que no se configura un defecto sustantivo en las decisiones de los jueces administrativos ya que en su caso no existió motivación expresa en el concepto previo o

recomendación de la Junta Asesora por lo que no hay certeza de que la decisión que lo afectó tuvo como objetivo el mejoramiento del servicio. En ese sentido, para el señor Vera Roses, se configuró una desviación de poder pues la autoridad desconoció las calificaciones y evaluaciones que recibió por parte de sus superiores y que daban cuenta de sus destacados resultados profesionales.

3. Decisiones objeto de revisión

A. Primera instancia

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 16 abril de 2015, negó la acción de tutela[29] al concluir que: (i) si bien la acción constitucional cumple con las causales formales de procedencia toda vez que el asunto que se discute tiene relevancia constitucional, se agotaron todos los medios de defensa judicial ordinarios en la vía contenciosa y la tutela fue interpuesta dentro de un tiempo razonable; (ii) no se configuró una violación del debido proceso por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente judicial ya que las decisiones de los jueces administrativos realizaron un estudio juicioso y ajustado a la normatividad pertinente a la causal de retiro de calificación de servicios ya que evaluaron integralmente las pruebas allegadas y para su resolución tuvieron en cuenta varias decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia que señalan que se configura un vicio de desviación de poder cuando la decisión de retiro no buscó mejorar el servicio; (iii) para el Consejo de Estado, el llamamiento a calificar servicios es una figura que responde a una facultad discrecional que permite escoger libremente la oportunidad y el contenido de la decisión siempre que se cumplan con los requisitos legales sin que se le deba imponer al funcionario una obligación no prevista en la ley. Sin embargo, para la Corte Constitucional, en estos casos la Policía Nacional debe motivar el acto de desvinculación así sea por llamamiento a calificar servicios, toda vez que si el retiro discrecional es producto de informes reservados, la persona tiene el derecho a conocer su contenido y a controvertirlos; y (iv) los jueces aplicaron los precedentes de la Corte en cuanto al deber de motivación y los del Consejo de Estado en cuanto a la configuración de un vicio por desviación de poder, de ahí que no existió un defecto sustantivo.

B. Impugnación

Mediante memorial suscrito el 29 de mayo de 2015[30], el Ministerio de Defensa impugnó el fallo de primera instancia. Para la entidad, “la causal de llamamiento a calificar servicios no requiere de motivación, en tanto se hace uso del ejercicio de la facultad discrecional por disposición de la ley y la Constitución”[31]. Por esa razón, las decisiones de los jueces administrativos resultan confusas ya que le imponen a la administración una obligación de motivación que no está contemplada en la ley pues solo es necesario que se cumpla con el tiempo mínimo de retiro y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para que el Gobierno, de manera autónoma, pueda aplicar dicha figura de retiro.

En ese sentido, la entidad señaló que las sentencias desconocen el precedente vertical fijado por el Consejo de Estado en el que “se establece que el llamamiento a calificar servicios es una atribución legal que conduce al cese de las funciones en el servicio”[32]. Para respaldar ese punto, la entidad cita varias sentencias de la Sección Cuarta[33] y de la Sección Segunda de ese Tribunal que señalan que la autoridad no debe manifestar ni exteriorizar los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación de servidores públicos por medio del llamamiento a calificar servicios, siempre que se cumplan con los requisitos objetivos de tiempo y de forma señalados por la ley.

C. Segunda instancia

La Sección Cuarta de Consejo de Estado, en sentencia del 3 de septiembre de 2015[34], revocó el fallo de primera instancia y en consecuencia dejó sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas pues determinó que la actuación si incurrió en un defecto sustantivo y desconoció el precedente judicial. Por eso, le ordenó a este Tribunal proferir una nueva decisión teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) el llamamiento a calificar servicios no es una sanción sino una medida que permite renovar el personal de las Fuerzas Armadas y garantizar que los oficiales retirados lo hagan con una asignación de retiro; (ii) se configura un desconocimiento a la interpretación autorizada de la norma que regula la figura, y por lo tanto se incurre en un defecto sustantivo, cuando los operadores judiciales entran a revisar hojas de vida, calificaciones y demás pruebas; (iii) en atención al precedente jurisprudencial que sobre el llamamiento a calificar servicios ha fijado la Sección Segunda del Tribunal, basta con que se verifique el cumplimiento de los requisitos que la norma contempla, para que sea procedente el llamamiento a calificar servicios; y (iv) la idoneidad probada en el ejercicio de un cargo público no le otorga al servidor una

estabilidad absoluta por lo que, aunque es posible plantear la existencia de una desviación de poder en actos administrativos de naturaleza discrecional como el que aquí se ataca, dicha figura se debe entender como un vicio que consiste en el ejercicio de competencias por parte de un órgano de la administración pública para fines distintos a los concebidos en las normas. Así, en este caso, solo era necesario comprobar que se cumplieron los requisitos de tiempo y forma para comprobar que la decisión de las Fuerzas Armadas no fue arbitraria ni caprichosa y que, en el marco de una estructura piramidal, permite garantizar el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro por llamamiento a calificar servicios.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional revisar, a través de su Sala Plena, los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

2. El Ministerio de Defensa Nacional considera que las decisiones de los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y de Caldas, que anularon los decretos que llamaban a calificar servicios a tres oficiales de la Policía Nacional, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. En concreto, señaló que la violación se generó por un desconocimiento del precedente vertical fijado por el Consejo de Estado con respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios. De esta manera, la entidad solicitó que se revocaran los fallos que determinaron la nulidad de los actos administrativos que la entidad profirió.

Por su parte, los despachos accionados se opusieron a las pretensiones indicando que el Ministerio de Defensa Nacional procedió de manera arbitraria y abusó de manera flagrante de sus facultades de retiro discrecional. Así, indicaron que sus actuaciones se ajustaron a los precedentes verticales sobre la materia y que sus decisiones fueron producto de un análisis probatorio riguroso que demostró que no existió concordancia entre la necesidad de mejorar el servicio implícito en el llamamiento a calificar servicios y los actos

administrativos de retiro de los oficiales. Por otra parte, los oficiales demandantes en vía contenciosa administrativa señalaron que las decisiones de retiro no fueron debidamente motivadas por lo que realmente esconden un ánimo sancionatorio y retaliatorio que desconoce su impecable desempeño profesional y su expectativa legítima de ascender dentro del cuerpo de oficiales de la Fuerza Pública.

3. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado negó las acciones de tutela presentadas por el Ministerio de Defensa. Principalmente, llegó a esa conclusión al considerar que no existió razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones de retiro ya que se desconocieron las pruebas que claramente indicaron que los oficiales se desempeñaron de manera sobresaliente en sus cargos. Así, la administración incurrió en un vicio por desviación de poder encubierto en el supuesto ejercicio de la facultad discrecional de llamamiento a calificar servicios. Por su parte, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que los precedentes fijados por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la materia son claros en señalar que el llamamiento a calificar servicios no está supeditado al buen desempeño de un oficial sino al cumplimiento objetivo de unos requisitos contemplados en el ordenamiento legal por lo que el Tribunal, al anular el decreto de retiro, incurrió en un defecto sustantivo al darle un alcance a la norma que no está contemplado y desconoció el precedente jurisprudencial que establece que ese tipo de retiros no puede ser considerado una sanción sino un retiro honroso y calificado que busca garantizar la movilidad dentro de la estructura piramidal de la Fuerza Pública y la renovación continua de la misma. Esta última posición fue ratificada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que, como juez de segunda instancia, concedió la protección constitucional en todos los casos.

4. De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, debe resolver en primer lugar el siguiente problema jurídico relacionado con la procedencia de las acciones de tutela:

(i) ¿las acciones de tutela presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional observan las reglas generales de procedencia de la acción de tutela contra las providenciales judiciales?

Para responder a ese problema jurídico, a continuación se reiterarán los contenidos de las

reglas generales de procedencia para determinar si se hace procedente el estudio de fondo de los casos.

Reglas generales procedibilidad de la acción de tutela contra las sentencias judiciales - reiteración jurisprudencial[35]-

5. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional y encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución[36]. Por su parte, se explica también por algunas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad[37] como el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[38] y el artículo 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[39] .

6. Inicialmente, el Tribunal desarrolló la teoría de las vías de hecho[40] para explicar en qué casos el amparo se podía invocar contra una sentencia judicial. Sin embargo, con la sentencia C-590 de 2005[41], la Corte Constitucional superó dicho concepto para dar paso a la doctrina de supuestos de procedibilidad. Así, en la sentencia SU-195 de 2012[42], esta Corporación reiteró la doctrina establecida en la mencionada sentencia, en el sentido de condicionar la procedencia de la acción de tutela contra providencias al cumplimiento de ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, agrupados en: (i) requisitos generales de procedibilidad; y (ii) causales específicas de procedibilidad.

7. Los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se pueden agrupar de la siguiente manera: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

Frente a la exigencia de que lo discutido sea de evidente relevancia constitucional, esta Corte ha dicho que ello obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces

constitucionales, como de los de las demás jurisdicciones. Debe el juez de tutela, por lo tanto, establecer clara y expresamente si el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecte los derechos fundamentales de las partes.

El deber de agotar todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado, guarda relación con la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela, pues de lo contrario ella se convertiría en una instancia adicional para las partes en el proceso. Esta exigencia trae consigo la excepción consagrada en el artículo 86 Superior, que permite que pueda flexibilizarse cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable o cuando se pretender proteger derechos frente a medidas judiciales ordinarias ineficaces.

Adicionalmente, el juez debe verificar que la acción de tutela se invoque en un término razonable y proporcionado, contado a partir del hecho vulnerador, a fin de cumplir el requisito de la inmediatez. De no ser así, se pondrían en juego la seguridad jurídica y la institución de la cosa juzgada, pues las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

Así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe haber sido decisiva o determinante en la sentencia que se impugna y debe afectar los derechos fundamentales del peticionario. Este requisito busca que sólo las irregularidades verdaderamente violatorias de garantías fundamentales tengan corrección por vía de acción de tutela, de manera que se excluyan todas aquellas que pudieron subsanarse durante el trámite, o que no se alegaron en el proceso.

También se exige que la parte accionante identifique razonablemente los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales. Este requisito pretende que el actor ofrezca plena claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial. En este punto, es importante que el juez de tutela verifique que los argumentos se hubieren planteado al interior del proceso judicial, de haber sido esto posible.

La última exigencia de naturaleza procesal que consagró la tipología propuesta en la C-590 de 2005, es que la sentencia atacada no sea de tutela. Así se buscó evitar la prolongación

indefinida del debate constitucional, más aún cuando todas las sentencias de tutela son sometidas a un proceso de selección ante esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas, salvo las escogidas para revisión.

Se pasa ahora a verificar si se cumple con estos requisitos en cada uno de los casos revisados.

Análisis de procedencia en los casos concretos

8. En lo que respecta al expediente T-5.173.085 la Corte encuentra que se cumplen con los requisitos generales de procedencia ya que: (i) la cuestión que se plantea es de relevancia constitucional pues guarda una relación concreta con el alcance de los derechos al debido proceso y a la igualdad de las partes involucradas en el proceso; (ii) el procedimiento judicial ordinario se agotó en su totalidad ya que el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho iniciado contra el acto de llamamiento a calificar servicios del Mayor (r) Mario Suárez Lozano surtió las dos instancias; (iii) se cumple con el requisito de inmediatez ya que la tutela fue presentada por el Ministerio de Defensa el 12 de enero de 2015, mientras que fallo del Tribunal Administrativo de Caldas es del 28 de agosto de 2014, de ahí que entre una acción y la otra solo transcurrió un periodo de cinco meses; (iv) no existe una irregularidad procesal ya que la petición se fundamenta en la configuración de defectos materiales en la sentencia de nulidad; (v) en el amparo se identificaron de manera clara los hechos que generaron la supuesta vulneración; y (vi) la acción se interpuso contra una decisión ordinaria del Tribunal Administrativo y no contra otra sentencia de tutela.

9. De la misma manera, en expediente T-5.189.329 la Sala también considera que se observan los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela toda vez que: (i) la cuestión que se plantea es de relevancia constitucional pues en la misma están involucrados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de las partes; (ii) el procedimiento judicial ordinario terminó con un fallo de segunda instancia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (iii) el requisito de inmediatez se cumple porque el Ministerio de Defensa acudió a la acción de tutela el 28 de enero del 2015 y el fallo de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho es del 22 de septiembre del 2014, por lo que entre una actuación y otra solo transcurrieron cuatro meses; (iv) no existe una irregularidad procesal ya que lo que se alega es la configuración

de una causal específica de procedencia; y (vi) la acción no se presenta contra una sentencia de tutela del Tribunal sino contra una decisión ordinaria de éste.

10. Finalmente, respecto del expediente T-5.189.400 la Sala Plena concluye que los requisitos generales se cumplen integralmente, así: (i) la cuestión que se plantea es de relevancia constitucional pues en la misma se vinculan los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de las partes; (ii) se agotaron todas las etapas procesales e instancias del juicio ordinario contencioso; (iii) la tutela se presentó en un tiempo razonable, ya que entre la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas del 2 de octubre de 2014 y la presentación del amparo constitucional, el 10 de febrero de 2015, solo transcurrieron cuatro meses; (iv) los defectos alegados por el Ministerio de Defensa no son irregularidades procesales; (v) la parte actora presenta de forma clara y expresa los hechos del caso; y (vi) la tutela no se presenta contra una decisión de otro juez constitucional.

11. Por tal razón, al corroborar que las tres tutelas revisadas cumplen con los requisitos generales de procedencia, la Sala pasará ahora a resolver los asuntos de fondo que se plantean en las mismas y que pueden ser resumidas en el siguiente problema jurídico:

(ii) ¿las decisiones judiciales que ordenaron el reintegro de los oficiales de la Policía Nacional que fueron llamados a calificar servicios por considerar que dichas decisiones configuran una desviación de poder al no estar motivadas, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del Ministerio de Defensa Nacional?

Para resolver el problema jurídico, la Sala: (i) reiterará las reglas sobre causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales; (ii) resumirá brevemente la jurisprudencia vigente sobre los requisitos que deben cumplirse para aplicar el llamamiento a calificar servicios; y (iii) analizarán los casos concretos.

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales - reiteración de jurisprudencia[43]-

12. Las causales específicas de procedibilidad persiguen el análisis sustancial del amparo solicitado, así lo advirtió esta Corporación en la sentencia C-590 de 2005, que además estableció que basta con la configuración de alguna de las causales específicas, para que proceda el amparo respectivo. Tales causales han sido agrupadas por la jurisprudencia

constitucional en forma de defectos, así:

12.1 Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

12.2 Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

12.3 Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio, que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión o cuando se desconocen pruebas que tienen influencia directa en el sentido del fallo.

12.4 Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible al caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene.

12.5 El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

12.6 Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta, de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

12.7 Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

12.8 Violación directa de la Constitución: que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

13. Con respecto al defecto sustantivo esta Corporación lo ha caracterizado como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial, originada en el proceso de

interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas aplicables al caso sometido al conocimiento del juez. Para que el defecto de lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de tal identidad, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales.

En la sentencia SU-195 de 2012[44] se estableció que, en sentido amplio, se está en presencia de esta causal cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica. A su vez, en estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos: (i) el fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente o porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador; (ii) no se hace una interpretación razonable de la norma; (iii) cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes; (iv) la disposición aplicada es regresiva o contraria a la Constitución; (v) el ordenamiento otorga poder al juez y éste lo utiliza para fines no previstos en la disposición; (vi) la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, es decir se trata de un grave error en la interpretación; (vii) se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustenta o justifica de manera insuficiente su actuación.

14. Frente al desconocimiento del precedente es preciso advertir que el mismo es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo[45]. La relevancia de respetar el precedente atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan.

La primera razón, se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica. Esto, debido a que no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta equiparable al analizado, implicaría el evidente desconocimiento de esos derechos y principios.

El segundo argumento se basa en el reconocimiento del carácter vinculante de las

decisiones judiciales, en especial si son adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte, tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX..., sino una práctica argumentativa racional”[46]. Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así, la sentencia T-292 de 2006[47], estableció que deben verificarse los siguientes criterios: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y (iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

De otro modo, cuando se encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, los funcionarios judiciales tienen la posibilidad de apartarse del precedente siempre y cuando (i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y (ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones por las que se apartan de la regla jurisprudencial previa[48]. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de las que gozan los jueces.

Ahora bien, como el presente caso trata de un posible defecto sustantivo por la aplicación indebida de las normas relacionadas con el llamamiento a calificar servicios y con el desconocimiento del precedente vertical sobre el control de legalidad de este tipo de actos, la Sala ahora presentará algunas consideraciones asociadas al régimen legal de esta figura de retiro y de las reglas jurisprudenciales desarrolladas por este Tribunal para su aplicación.

Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016.

15. El llamamiento a calificar servicios es una figura que encuentra sustento en la naturaleza constitucional de la Fuerza Pública como garante de la integridad, convivencia y seguridad de la Nación. En el caso de la Policía Nacional, la Constitución le otorga al Legislador la facultad de regular todo lo concerniente al régimen de carrera de la institución[49]. Así, la Ley 857 de 2003 señala que los miembros del cuerpo de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional solo podrán ser llamados a calificar servicios cuando cumplan con los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro[50] y cuando exista un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional[51]. A su vez, el Decreto 1791 de 2000[52] precisó que para que esto ocurra, el oficial o agente deben haber cumplido mínimo 15 años de servicio en la institución.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado las características principales de esta figura. Por ejemplo, la sentencia C-072 de 1996[53], que en su momento analizó las normas vigentes sobre las formas de retiro en la Policía Nacional señaló que el llamamiento a calificar servicios, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección Nacional, se caracteriza por los siguientes elementos, a saber: (i) no consagra el retiro forzoso ni permanente del oficial por el simple hecho de cumplir cierto número de años en la institución, toda vez que esta figura implica el ejercicio de una facultad discrecional que, aunque conduce al cese de las funciones del oficial, no significa una sanción, despido o exclusión deshonrosa; (ii) es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica de la Fuerza Pública que busca permitir el ascenso y la promoción continua, lo cual no es otra cosa que la normal renovación del personal en los cuerpos armados y la manera corriente de culminar una carrera en la misma; y (iii) el llamamiento hace parte de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder de mando y conducción, en la medida en que las autoridades militares y policiales deben disponer de los poderes para sustituir eficazmente, en la medida de las necesidades y conveniencias, los mandos superiores y medios de la institución, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional.

16. Ahora bien, por un periodo de tiempo, no existió una línea jurisprudencial consolidada acerca de la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios y las condiciones en las cuales se configuraba un vicio por desviación de poder que podía ser reprochado a través de la justicia administrativa, especialmente

porque la misma se confundía con el retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno sobre el cual, claramente y de manera reiterada, se ha impuesto una carga de motivación expresa[54].

Sin embargo, recientemente la sentencia SU-091 de 2016[55], que revisó cuatro tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa y por oficiales retirados de la Fuerza Pública contra decisiones que los jueces administrativos tomaron en procesos de nulidad y restablecimiento de derechos contra actos administrativos de retiro por voluntad del Gobierno o por llamamiento a calificar servicios, unificó los criterios de motivación, control de legalidad y discrecionalidad de los retiros en las Fuerzas Militares y la Policía. Con respecto al tiempo mínimo señalado por la ley para que se pueda aplicar la figura de llamamiento a calificar servicios, la Sala Plena de este Tribunal advirtió que este requisito constituye una garantía para el servidor público en cuanto asegura que una vez sea desvinculado de la institución, como mínimo, tenga derecho al pago de un porcentaje de las partidas computables pertinentes equivalentes a una pensión de jubilación, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación. Así, reiteró, que esta causal constituye 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 los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro. En ese sentido, la sentencia advirtió que:

“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”[56].

17. De la misma manera, la sentencia señaló que no se le puede otorgar el mismo tratamiento al llamamiento a calificar servicios y al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, toda vez que sus finalidades y efectos son diferentes. De esta manera, frente a la motivación de los dos tipos de actos advirtió que:

“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 (...) 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” (resaltado fuera del texto)[57].

18. Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por eso, el precedente fijado es explícito al indicar que:

“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” (resaltado fuera del texto)[58].

19. No obstante lo anterior, el precedente fijado por la Corporación no desconoce que los actos de llamamiento están sujetos a un eventual control judicial. De esta manera, la Corte manifestó que los jueces administrativos en estos casos, no solo deben verificar que se cumplan con los requisitos de tiempo y recomendación de la junta, que deben quedar expresamente consignados en la resolución de retiro, sino también deben evitar que el instrumento sea utilizado como una herramienta de persecución por razones de diseminación o abuso de poder (como quiera que se busca evitar que la misma sea utilizada para desconocer los derechos fundamentales de los oficiales). Así, la sentencia de unificación que constituye un precedente vinculante para efectos de la presente

providencia, señaló que:

“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” (resaltado fuera del texto)[59].

20. En conclusión, la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.

Dicho esto, y como quiera que los tres procesos de tutela superaron el análisis de procedencia general de las acciones de tutela, la Sala pasará ahora a analizar cada caso puntual para determinar si los jueces administrativos accionados incurrieron en las causales sustantivas o especiales de procedencia correspondientes al defecto sustantivo y al desconocimiento del precedente jurisprudencial.

Análisis de los casos concretos

21. En los tres casos, el Ministerio de Defensa Nacional alega que la interpretación aplicada por los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca vulneró sus derechos a la

igualdad y al debido proceso, en la medida en que incurrieron en un defecto sustantivo al incorporar nuevas obligaciones por fuera de la ley en lo que respecta a la aplicación de la figura de llamamiento a calificar servicios y desconocer los precedentes jurisprudenciales que indican que este tipo de actuaciones no requieren una motivación más allá de la aplicación objetiva de las dos condiciones legales de tiempo y de recomendación. Ahora bien, como quiera que la Sala aplicará el precedente fijado recientemente por la Corte en la sentencia SU-091 de 2016 el presente análisis se concentrará en las actuaciones judiciales reprochadas y si el juez de tutela de segunda instancia, es decir la Sección Cuarta del Consejo de Estado, aplicó de manera correcta el precedente decantado por la precitada sentencia.

Expediente T-5.173.085

22. En cuanto al desconocimiento del precedente la Sala observa que el Tribunal Administrativo no desconoció las reglas establecidas por la Corte ya que, precisamente, solo a partir de la sentencia SU-091 de 2016 se unificó el precedente vinculante. En ese sentido, sería desmedido y excesivo concluir que los jueces administrativos desconocieron una jurisprudencia que, para el momento en que tomaron la decisión, no había sido decantada por esta Corporación o por el Consejo de Estado. Sin embargo, la Sala Plena sí considera que, de acuerdo con la jurisprudencia unificada, la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas incurrió en el defecto sustantivo. En efecto, se observa que el Tribunal en sus consideraciones específicamente señaló, después de valorar el desempeño profesional del oficial, que el acto administrativo atacado no era razonable ni proporcional en la medida en que no resultaba coherente con el propósito de mejorar el servicio[60]. Así, atendiendo a la definición en sentido amplio y en sentido estricto del defecto, se tiene que el juez contencioso interpretó las normas que regulan el llamamiento de manera irrazonable ya que no recurrió a una hermenéutica sistemática de las disposiciones relevantes y del principio de discrecionalidad de la administración. En particular, la Sala quiere ser enfática en advertir que la ley no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar, de manera decorosa y con derecho a una asignación de retiro, a un oficial.

Tal y como lo advirtió la sentencia SU-091 de 2016 los actos administrativos por los cuales

se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación expresa más allá de la extratextual contemplada en la ley y que el buen desempeño laboral de los oficiales no representa una estabilidad laboral absoluta que impida la renovación de los cuadros de mando en las Fuerza Pública. Es así, como la providencia también incurrió en el defecto sustantivo en la medida en que señaló que se debía motivar la recomendación de la Junta de Asesores cuando la misma es un acto discrecional que goza de la presunción de legalidad[61]. En ese sentido, como lo dijo esta Corporación en su reciente sentencia de unificación, solo es posible desvirtuar la legitimada del acto si se llegara a probar que el mismo fue el resultado de un acto de discriminación o fraudulento, cosa que no se probó en durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por estas razones, la Sala Plena confirmará la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que, en segunda instancia, confirmó el fallo de la Subsección A de la Sección Segunda que, a su vez, amparó los derechos fundamentales del debido proceso y la igualdad de la entidad accionada por lo que dejó sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas y ordenó que éste prohiriera una nueva sentencia siguiendo las reglas jurisprudenciales vigentes.

Expediente T-5.189.329

23. Al igual que en el caso anterior, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al confirmar la nulidad del acto administrativo del llamamiento a calificar servicios del Teniente Coronel (r) John Fernando Huertas Gómez no desconoció el precedente vertical vigente pero sí incurrió en un defecto sustantivo En lo que respecta al defecto sustantivo, la Corte concluye que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dio un alcance irracional a las normas sobre llamamiento a calificar servicios. En concreto, el juez contencioso indicó en su providencia que, aunque esta figura de retiro es un instrumento que por su naturaleza no desconoce los derechos y prerrogativas de los miembros de la Fuerza Pública, debe estar precedida por un análisis de razonabilidad que va más allá de los dos causales objetivas incorporadas por la norma[62]. Sin embargo, como se ha reiterado en varias oportunidades en esta sentencia, la norma solo prevé que deben confluir dos causales, un mínimo de tiempo de servicio y una recomendación de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa, para que la autoridad pueda proceder a retirar al oficial, sin que esto sea considerado una sanción ni, mucho menos, una desviación

de poder.

Igualmente, el Tribunal Administrativo[63] no tuvo en cuenta que la motivación de estos actos está consignada en la ley y que el buen desempeño profesional no es óbice para alegar una estabilidad laboral absoluta ya que, de aplicarse esa razonamiento, se impediría la renovación de los cuadros de mando de la Fuerza Pública y la estabilidad y continuidad de su misión institucional. Solamente, se constituye un vicio de nulidad si el acto es el resultado de unas prácticas fraudulentas o discriminatorias pero el oficial no probó que esa situación existiera pues del extenso acerbo probatorio que aportó solo se puede concluir que ejerció su labor de manera destacada y profesional.

Por estas razones, se confirmará la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que en segunda instancia revocó la decisión de la Subsección B de la Sección Segunda, dejó sin efectos la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenó proferir una nueva siguiendo las reglas de jurisprudencia vigentes.

Expediente T-5.189.400

24. Al igual que en los casos anteriores, la Sala encuentra que se presentó un defecto sustantivo, más no un desconocimiento del precedente, que hace que la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas vulnere los derechos al debido proceso y a la igualdad del Ministerio de Defensa. En efecto, la Sala quiere resaltar que el juez, en sus consideraciones, le dio un alcance indebido a las normas sobre llamamiento a calificar servicios. Puntualmente, el juez advirtió que el marco normativo vigente impone la necesidad de que la administración actué con razonabilidad y proporcionalidad, motivando debidamente el acto más allá de probar que las causales objetivas o materiales que se deben configurar previamente al llamamiento concurren[64].

En ese sentido, la Sala debe señalar nuevamente que las normas aplicables no exigen una correspondencia entre el retiro y el propósito de mejorar el servicio por lo que la decisión también incurrió en el defecto señalado en la medida en que una posición como la del Tribunal[65] le impone a la administración un requisito adicional a los contemplados por la ley y equipara el buen desempeño profesional con una estabilidad laboral absoluta, lo que hace que se le impongan cargas desproporcionadas al Estado que desconocen las necesidades del servicio y las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la

Fuerza Pública. Además, como se explicó en las consideraciones de esta decisión, es claro que los requisitos de motivación están señalados de manera extralegal en la ley y no es necesario acudir a otras variables para aplicar las facultades discrecionales en la materia.

Por estas razones, se confirmará la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que en segunda instancia revocó la decisión de la Subsección B de la Sección Segunda, dejó sin efectos la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenó proferir una nueva siguiendo las reglas de jurisprudencia vigentes.

Conclusión

25. En definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

III. 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.- LEVANTAR la suspensión del término decretado para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente sentencia, la decisión proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 13 de agosto de 2015, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del 19 de marzo de 2015 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y que amparó los derechos al

debido proceso y a la igualdad del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional en el proceso identificado con el número de referencia T-5.173.085.

Tercero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente sentencia, la decisión proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 10 de septiembre de 2015, que a su vez revocó el fallo de primera instancia del 19 de marzo de 2015 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y que amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional en el proceso identificado con el número de referencia T-5.189.329.

Cuarto.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente sentencia, la decisión proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 3 de septiembre de 2015, que a su vez revocó el fallo de primera instancia del 15 de marzo de 2015 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y que amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional en el proceso identificado con el número de referencia T-5.189.400.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

Con impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con Salvamento de Voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con Salvamento de Voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO,

ALBERTO ROJAS RÍOS Y

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA SU217/16

RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-Se debió mantener la tesis que retiro requiere motivación, por cuanto vulnera debido proceso, defensa y acceso a administración de justicia (Salvamento de voto)

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, defensa y 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 podrán ser cuestionadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desconocer los móviles que justificaron la desvinculación.

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-Actos administrativos de retiro además de los requisitos legales, están sometidos a los principios de razonabilidad y proporcionalidad frente a la decisión de desvinculación, por tanto deben ser motivados (Salvamento de voto)

RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA 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 de voto)

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 principio de la carga dinámica de la prueba, que establece que debe probar quien se encuentra en una situación más favorable (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

Acciones de tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal

Administrativo de Caldas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrada Ponente:

Gloria Stella Ortiz Delgado

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, nos permitimos salvar el voto en la determinación adoptada por la Sala Plena dentro del expediente de la referencia. Para exponer nuestra discrepancia haremos una relación sucinta de las particularidades del caso y de la consecuente exposición de los motivos que la justifican.

1. Sentencia SU-217 de 2016

1.1. Las acciones de tutela de la referencia, fueron instauradas por el Ministerio de Defensa Nacional contra providencias judiciales proferidas por los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Caldas en el marco de diferentes procesos de nulidad y restablecimiento del derecho instaurados por tres oficiales de la Policía Nacional que fueron retirados de la institución a través de la figura de llamamiento a calificar servicios, mediante actos administrativos que no fueron motivados.

Para el ente ministerial, los actos administrativos que retiran a miembros activos de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios no requieren de motivación expresa. En su concepto, las decisiones de los jueces administrativos resultan confusas ya que le imponen a la administración una obligación de motivación que no está contemplada en la ley; solo es necesario que se cumpla con el tiempo mínimo de retiro y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para que el Gobierno, de manera autónoma, pueda aplicar dicha figura de retiro.

En ese sentido, sostuvo que las decisiones adoptadas en la jurisdicción contenciosa administrativa que decretaron la nulidad de los actos administrativos de retiro vulneraron ostensiblemente los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso por desconocer el precedente jurisprudencial vigente que existe sobre la materia, además porque, en su criterio, fueron valoradas de manera inadecuada las pruebas recaudadas en cada expediente.

1.2. En virtud de lo anterior, el Ministerio de Defensa interpuso tres acciones de tutela con

el fin de que se dejaran sin efectos las decisiones adoptadas por los jueces contenciosos y, en su lugar, se profirieran unas nuevas providencias que observaran los lineamientos fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el retiro de miembros activos de las Fuerzas Militares y de Policía por llamamiento a calificar servicios.

1.3. En síntesis, la cartera ministerial consideró que las sentencias censuradas vulneraron los derechos fundamentales alegados toda vez que incurrieron en defecto sustantivo, porque le impusieron a la administración un requisito no contemplado en la ley con respecto a la motivación de los actos de llamamiento a calificar servicio y desconocieron el precedente vertical vigente según el cual este tipo de actos no requiere de motivación más allá de la aplicación de las causales objetivas señaladas en la normativa que regula la materia (artículo 1 Ley 857 de 2003 y numeral 6º, artículo 55 del Decreto -Ley 1791 de 2000).

1.4. La decisión objeto de salvamento señaló que la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia SU-091 de 2016, unificó la jurisprudencia según la cual los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios no requieren motivación.

Lo anterior, en razón de que: “(i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.

2. Motivos del salvamento de voto

2.1. Nuestra discrepancia tiene origen en el giro jurisprudencial que dio la Corte en la sentencia SU-091 de 2016[66], postura que fue confirmada en la decisión objeto de salvamento según la cual el retiro por llamamiento a calificar servicios no requiere la expedición de un acto motivado. Para la mayoría de la Corte esa causal, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, tiene como fin permitir la

renovación del personal uniformado, lo que garantiza, según la Corte, la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo dentro de la estructura jerarquizada y piramidal al interior de las Fuerzas Militares y de Policía que consolida el mejoramiento institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en relación con la exigencia de motivación de los actos por llamamiento a calificar servicios concluyó que la sentencia SU-091 de 2016 unificó la regla jurisprudencial que determinó que esos actos no requieren motivación. En palabras de la Corte, “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 (...) 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’”[67].

De este modo, para el Tribunal Constitucional el acto administrativo de retiro de miembros de la Fuerza Pública cuyo sustento es la causal de llamamiento a calificar servicios no necesita de motivación expresa porque la misma está dada en la ley, la cual solo exige dos requisitos objetivos: i) tener un tiempo mínimo de servicio[68] para hacerse acreedor de la asignación de retiro[69] y ii) la existencia de un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional[70]; mientras que el acto administrativo de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General sí requiere de un estándar mínimo de motivación[71].

En síntesis, esta Corporación en las dos sentencias de unificación (SU-091 y 217 de 2016), consideró que exigir que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicio deban ser motivados, implica agregar un requisito adicional a los contemplados en la ley.

En este orden de ideas, los motivos para separarnos de la tesis mayoritaria adoptada por la Sala Plena, tal y como lo manifestamos en ocasiones anteriores[72], son los siguientes:

En primer lugar, consideramos 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, defensa y 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 podrán ser cuestionadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desconocer los móviles que justificaron la desvinculación.

Esta posición no ha sido insular o minoritaria, habida cuenta que diversas Sala de Revisión de Tutelas han reconocido que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios a miembros de la Fuerza Pública están sometidos, además de los requisitos legales, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad frente a la decisión de desvinculación, razón por la cual deben ser motivados[73].

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 mediante un proceso contencioso administrativo.

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, dado que 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 caprichoso del funcionario que lo expide, para que el afectado pueda apreciar las circunstancias que rodearon la toma de decisión de retiro institucional[74].

El asunto fue ilustrado con amplitud en la sentencia T-265 de 2013, donde la Corte señaló 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 comparezca 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, dado que no es admisible dentro de 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 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. Dejar de hacerlo implicaría en la práctica que no siempre los mejores y los que tengan más mérito asciendan 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.

En segundo lugar, la mayoría de la Sala indicó que no existía una línea jurisprudencial consolidada acerca de la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro por

llamamiento a calificar servicios y las condiciones en las cuales se configuraba un vicio por desviación de poder que podía ser reprochado a través de la justicia administrativa, razón por la cual aplicó los fundamentos señalados en la sentencia SU-091 de 2016 que cambió de manera drástica la jurisprudencia pacífica de la Corte Constitucional en relación con la exigencia de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios. Ese cambio de jurisprudencia incumplió las dinámicas propias de abordar los precedentes existentes en esta Corporación, plantear las posiciones disimiles y realizar un profundo trabajo de unificación constitucional.

La Corte, en las providencias de unificación 091 y 217 de 2016 no analizó en debida forma las sentencias T-569 de 2008, T-655 de 2009, T-638 de 2012, T-719 de 2013 y SU-053 de 2015, cuando era imperativo hacerlo. Esos pronunciamientos 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. 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 esas razones pueden esconder situaciones injustas y arbitrarias en perjuicio de los integrantes de la carrera especial de la Fuerza Pública.

Otros ejemplos dicientes son las siguientes reseñas jurisprudenciales: (i) T-297 de 2009[75], 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-824 de 2009[76], 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[77], 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, 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 bajo el argumento de 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.

El anterior precedente debió ser objeto de un especial análisis por la similitud fáctica y jurídica con los casos que fueron objeto de estudio en el presente asunto, ya que la sentencia SU-217 de 2016 terminó por desconocer el precedente jurisprudencial que la Corte Constitucional había fijado sobre la materia. Es decir, se limitó a transcribir apartes de la sentencia SU-091 de 2016 sin asumir la carga argumentativa suficiente en procura de disciplinar el manejo del precedente constitucional que se pretendía unificar.

En tercer lugar, la SU-217 de 2016, al tomar como referencia las consideraciones expuestas en la sentencia de unificación 091 de 2016 determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la “eventualidad de un control posterior como todos los actos administrativos”, no requieren de una motivación más allá de la extratextual. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de un control judicial posterior ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al señalar que esta figura no puede ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

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 está 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.

Finalmente, consideramos que la Corte debe retomar la línea jurisprudencial que se desatendió con la adopción de las sentencias de unificación 091 y 217 de 2016. Línea jurisprudencial que era más garantista al establecer que los actos administrativos de retiro deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. Es ese sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible a este tipo de manifestación de la Administración Pública. Aunado a ello, antes del giro jurisprudencial referido la Corte era categórica en establecer que para que los actos de retiro se adecuen a la Constitución deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, encontrarse debida y suficientemente motivados y existir una relación directa entre la motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública[78].

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

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Auto de Sala Plena (folio 15; cuaderno auxiliar expediente T-5-173.085).

[2] Acuerdo 02 de 2015. Artículo 61. Revisión por la Sala Plena. “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela.”

[3] Ley 857 de 2003. 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”.

[4] Sentencia de nulidad y restablecimiento de derecho del Tribunal Administrativo de Caldas (folios 14 a 23; cuaderno único).

[5] Auto admisorio de la Sección Segunda del Consejo de Estado (folio 55; cuaderno único).

[6] El apoderado del mayor (r) Suárez Londoño presentó varios memoriales oponiéndose a la acción de tutela los días 10 de febrero (folios 65 a 71; cuaderno único); 11 de febrero (folios 63 a 64; cuaderno único); 13 de febrero (folios 74 a 76; cuaderno único); y 24 de febrero (folios 76 a 83).

[7] Memorial presentado por el apoderado del señor Mario Suárez Londoño el 13 de febrero de 2015 (folio 70; cuaderno único).

[8] Memorial presentado por el apoderado del señor Mario Suárez Londoño el 16 de febrero de 2015 (folio 61; cuaderno único).

[9] Memorial presentado por el señor Mario Suárez Londoño del actor el 23 de febrero de 2015 (folio 78; cuaderno único).

[10] Memorial suscrito por la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado donde se registran las actuaciones realizadas antes del registro del fallo de primera instancia (folio 119; cuaderno único).

[11] Sentencia de tutela de primera instancia (folios 123 a 154; cuaderno único).

[12] Escrito de impugnación del mayor (r) Mario Suárez Lozano (folios 159 a 167; cuaderno único).

[14] Auto admisorio de la Sección Segunda del Consejo de Estado (folio 68; cuaderno único).

[15] Memorial presentado por la magistrada Martha Jeannette González Guitérrez (folios 78 a 82; cuaderno único).

[16] Ibídem; folio 82.

[17] Memorial presentado por la jueza Luz Nubia Gutiérrez Rueda (folios 84 a 87; cuaderno único).

[18] Ibídem; folios 86.

[19] Consejo de Estado (Sección Segunda) Sentencia No. 2004-753 del 17 de noviembre de 2001. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

[20] Sentencia de primera instancia (folios 98 a 136; cuaderno único).

[21] Escrito de impugnación presentado por la Policía Nacional (folio 140; cuaderno único).

[22] Ibídem (folio 145; cuaderno único).

[23] Memorial presentado por John Fernando Huertas Gómez (folios 166 a 168; cuaderno único).

[24] Sentencia de tutela de segunda instancia (folios 186 a 197; cuaderno único).

[25] Auto admisorio de la Sección Segunda de Consejo de Estado (folio 78; cuaderno único).

[26] Memorial presentado por el juez Giovanny Cardona Gonzáles (folios 86 a 89; cuaderno único).

[27] Memorial presentado por el magistrado Augusto Ramón Chávez Marín (folios 100 a 111; cuaderno único).

[28] Memorial presentado por el Coronel (r) Iván Vera Roses (folios 1 a 16; cuaderno anexo).

[29] Sentencia de primera instancia (folios 175 a 192; cuaderno único).

[30] Escrito de impugnación presentado por la Policía Nacional (folios 197 a 205; cuaderno único).

[31] Ibídem; folio 199.

[32] Ibídem; folio 199.

[33] Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2015 (expediente 2014-2998). Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de agosto de 2014 expediente 2014-458). Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; y Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de septiembre de 2013 (expediente 2013-1431). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; entre otras.

[34] Sentencia de tutela segunda instancia (folios 238 a 248; cuaderno único).

[35] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ya ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales se tomará como modelo de reiteración el fijado por la magistrada sustanciadora en las sentencias T-956 de 2014 y T-667 de 2015..

[36] Constitución de 1991. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

[37] Para una definición del alcance del concepto de bloque de constitucionalidad ver, entre otras, las sentencias C-228 de 2009; C-307 de 09; y C-488 de 2009.

[38] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25.1. Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[39] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2.3.a. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

[40] Para la jurisprudencia anterior al 2005, la vía de hecho “únicamente se configura sobre la base de una ostensible transgresión del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en que, distorsionado el sentido del proceso, las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial -que entonces pierde la intangibilidad que le es

propia- encuentren en el amparo la única fórmula orientada a realizar, en su caso, el concepto material de la justicia. Por supuesto, tal posibilidad de tutela no es regla general sino excepción, y los jueces ante quienes se solicita están obligados a examinar de manera rigurosa el caso para no desvirtuar los principios de autonomía funcional de la jurisdicción y de la cosa juzgada”. (Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo).

[41] Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[42] Corte Constitucional. Sentencia SU-195 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[44] Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[45] Cfr. T-292 de 2006; SU-047 de 1999 y C-104 de 1993.

[46] Cfr. C-634 de 2011.

[47] Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[48] Cfr., T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica: “La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual

matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.”

[49] Constitución Política. 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”.

[50] Ley 857 de 2003. 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”.

[51] Ley 857 de 2003. 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”.

[52] Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “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 sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”.

[53] Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio

Hernández Galindo.

[54] Cfr. T-1168 de 2008; T-265 de 2013; y C-758 de 2011.

[55] Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[56] Ibídem.

[57] Ibídem.

[58] Ibídem.

[59] Ibídem.

[60] La sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, explícitamente señala que: “en efecto se entiende la razonabilidad como el ejercicio de un poder conforme a derecho, y siendo el propósito de la decisión del llamamiento a calificar el servicio el mejoramiento del mismo, no es coherente que se prescinda de los servicios de un Mayor de la Policía que ameritó un excelente nivel de calificación precisamente por el buen servicio prestado que mereció además felicitaciones por el buen desempeño laboral. Y en cuanto a la proporcionalidad de la decisión, se observa que la misma no es proporcional al desempeño destacado del demandado, lo cual deviene en una desviación de poder, y generando así la nulidad del acto demandado”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas; folio 26; cuaderno único).

[61] El Tribunal, en su sentencia, señaló que: “no existe prueba en el expediente que demuestre que la recomendación de la Junta respecto del retiro del servicio activo del actor haya estado precedida de informes y pruebas que permitieran justificar esa decisión, así como tampoco en la valoración objetiva de su hoja de vida y de su carrera en la institución. Como tampoco hay prueba de que de existir dichos informes los mismos se hayan puesto en conocimiento del accionante para garantizar un derecho de defensa en esa instancia”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas; folio 27; cuaderno único).

[62] Frente a esto, puntualmente, el juez señaló que: “cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de instrumento como el retiro del servicio por el llamado a calificar

los servicios en la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; folio 27; cuaderno único).

[63] El Tribunal señaló que: “el llamamiento a calificar servicios, en cuanto es una facultad discrecional, no exige la motivación del acto, pero sí la justificación de los motivos, la cual no puede ser otra que el mejoramiento del servicios, por lo que corresponde al fallador evaluar, del material obrante dentro del expediente, los elementos de juicio existentes para reafirmar o desvirtuar la presunción del buen servicio (...) así las cosas, el buen desempeño que consta en la evaluación del actor allegada al expediente, indica un ejercicio responsable en su vida laboral, conforme a su obligación constitucional y legal de realizar un trabajo diligente, para cuyo propósito se vinculó cuando ingresó a la Policía Nacional, comportamiento que es de la esencia de las funciones públicas que corresponde a todos los servidores (por lo tanto se demostró) que efectivamente no se presentó un mejoramiento del servicio, pues claramente se demuestra que la facultad discrecional fue utilizada de forma arbitraria, sin que mediara un verdadero estudio de las características que poseía el actor, y con las cuales podía ejercer su función dentro de la institución, dadas sus excelentes calidades y especialidades”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; folios 32 a 47; cuaderno único).

[64] El Tribunal, en su providencia, manifestó que: “dentro de este marco normativo y jurisprudencial (el de llamamiento a calificar servicios) es menester revisar el caudal probatorio allegado al expediente a fin de determinar si en el sub lite se cumplen con los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional referida en procedencia, que permitan concluir que un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución, esto es: i) la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida; ii) la debida motivación del acto de retiro; y iii) la correspondencia entre la motivación y el cumplimiento de los fines esenciales de la entidad, en este caso, de la Policía Nacional”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas; folio 67; cuaderno único).

[65] El Tribunal, de manera contradictoria, señaló que: “cabe resaltar que si bien la jurisprudencia del H. Consejo de Estado (sic) ha señalado que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no le otorgan a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas una estabilidad absoluta, esto es, una permanencia indefinida en el grado que ostenta, en el caso concreto, las circunstancias de tiempo y modo que rodearon la decisión de retiro de servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios hacen suponer que dicha medida no estuvo acorde a los fines de la norma que la autoriza, ni a los principios que gobiernan la función pública”: (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas; folio 73; cuaderno único).

[66] Esta sentencia contó con salvamento parcial de voto de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva.

[67] Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2016.

[68] Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “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 sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”.

[69] Ley 857 de 2003. 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”.

[70] Ley 857 de 2003. 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”.

[71] Corte Constitucional, sentencia SU-172 de 2015.

[72] Salvamento parcial de voto, sentencia SU-091 de 2016.

[73] Cfr. Sentencias T-569 de 2008, T-655 de 2009, T-638 de 2012, T719 de 2013 y T-265 de 2013.

[74] 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”.

[75] (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[76] (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[77] (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[78] Sentencia T-576 de 1998.