

Sentencia SU237/19

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se cumplió con el requisito de subsidiariedad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto causal de retiro “llamamiento a calificar servicios” no requiere motivación expresa/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se desconoció el precedente jurisprudencial fijado por esta Corporación

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

(i) Que el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios, (ii) el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016, (iii) la persona retirada del servicio cumpla con los requisitos para obtener la asignación mensual de retiro, y (iv) si es del caso, la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo de desvinculación

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

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

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

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

No debe restringirse a la verificación formal de los mencionados requisitos. Estos deben

evitar que la figura sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales, por ejemplo, como herramienta de abuso de poder o de retaliación. La carga de la prueba, de todos modos, es de quien demanda, lo que quiere decir que corresponde al interesado demostrar que el llamamiento a calificar servicios y, por ende, su retiro, se dieron por motivos ilegales o fraudulentos

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

(i) el llamamiento a calificar servicios no debe contener necesariamente una motivación expresa porque su fundamentación deriva 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 deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial ante el juez de lo contencioso. Sin embargo, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta. Estas reglas armonizan el criterio del mérito en el ascenso con las necesidades del servicio, las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y vacantes disponibles

Referencia: T-6.530.835 y T-6.695.687 (acumulados)

Acciones de tutela interpuestas por Henry Alfonso Cepeda en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” (T-6.530.835); y por William Triana Moreno en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (T-6.695.687).

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y

legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones del 25 de octubre de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado (T-6.530.835) y el 18 de enero de 2018 de la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado (T-6.695.687), confirmatorias de las providencias del 6 de septiembre dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y el 3 de noviembre de 2017 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”. proferidas dentro de las acciones de tutela presentadas por Henry Alfonso Cepeda y William Triana Moreno en contra del Consejo de Estado y el Tribunal de Cundinamarca; y el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, respectivamente.

Los expedientes T-6.530.835 y T-6.695.687[1] fueron escogidos para revisión mediante autos del 26 de enero y el 27 de abril de 2018, proferidos por las Salas de Selección Uno[2] y Cuatro[3], respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Hechos probados comunes en los expedientes acumulados

1. Relación reglamentaria. El 11 de enero de 1983 y el 20 de enero de 1986, Henry Alfonso Cepeda (T-6.530.835) y William Triana Moreno (T-6.695.687) se vincularon con la Policía Nacional, alcanzando el grado de Mayor y Teniente Coronel, respectivamente. Solo el Mayor Cepeda fue convocado al curso de ascenso, el cual aprobó satisfactoriamente[4].

3. Medio de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El Mayor Alfonso Cepeda (T-6.530.835) demandó la legalidad de los Decretos 4337 de 2008 y 1186 de 2009. Para tales fines, alegó ausencia de motivación y desviación de poder. Sin embargo, los jueces ordinarios (ahora accionados), en fallos del 22 de noviembre de 2012[10] y el 1º de diciembre de 2016[11], negaron las pretensiones al concluir que, frente a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, la motivación del acto se sustentó en la ley[12]. Igualmente, consideraron que el buen desempeño del accionante en la Policía Nacional[13], no impedía que la entidad demandada ejerciera dicha facultad

discrecional. El segundo accionante no ejerció la acción ordinaria en contra de los actos que conformaron y motivaron su segunda desvinculación (T-6.695.687).

Solicitudes de tutela

4. El 2 de mayo de 2017[14] y el 20 de octubre de 2017, Henry Alfonso Cepeda y William Triana Moreno, presentaron demandas de tutela. El primero, en contra las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”[15] y el segundo, en contra del acto administrativo complejo conformado por el Acta No. 009 del 4 de julio de 2017 y el Oficio 027656 del 26 de julio del mismo año[16], pues el ejercicio de la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios no puede convertirse en una arbitrariedad.

5. Solicitan al juez de tutela que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a la administración de justicia y en consecuencia de ello, se ordene: (i) dejar sin efectos las providencias judiciales y actos administrativos antes señalados, (ii) sus reintegros a la Policía Nacional sin solución de continuidad y, (iii) ser convocados a los respectivos cursos de ascenso.

Respuesta de la accionada

6. Policía Nacional. Se opuso a las pretensiones de los demandantes al considerar que: (i) en el caso de Henry Alfonso Cepeda[17] no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable y los jueces ordinarios consideraron legales los actos de desvinculación y; (ii) frente a William Triana Moreno[18], la acción es improcedente, pues el accionante contaba con otro medio judicial de defensa que no ejerció, las pruebas del expediente no dan cuenta de un perjuicio irremediable y la decisión de no recomendarlo para ascenso al rango de Coronel, “ocurre por el hecho legítimo y legal de no haber obtenido concepto favorable” de la Junta Asesora[19].

Decisiones de tutela objeto de revisión

7. Expediente T-6.530.835. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en

sentencia del 6 de septiembre de 2017[20], negó las pretensiones del demandante, porque “las autoridades judiciales accionadas no desconocieron el precedente judicial relativo a la motivación de los actos administrativos que disponen el retiro de un oficial de la Policía Nacional, por llamamiento a calificar servicios”[21]. De igual modo, en sentencia del 25 de octubre de 2017[22], la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia[23].

8. Expediente T-6.695.687. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, en fallo del 3 de noviembre de 2017[24], declaró improcedente la acción de tutela, debido a que no se ejerció “[...] el medio judicial para el caso puntual, [esto es,] es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho”[25]. En sentencia del 18 de enero de 2018[26], el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, confirmó la decisión de primera instancia[27].

Actuaciones en sede de revisión

9. Decreto de pruebas. El 8 de agosto de 2017[28], el magistrado sustanciador dispuso oficiar: (i) a la Policía Nacional, para que remitiera los antecedentes laborales de los accionantes; (ii) al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que enviara los expedientes de los procesos ordinario y de tutela referidos en los f.j. 3 y 4 supra; y (iii) a la Policía Nacional, para que respondiera un conjunto de preguntas relacionadas con los motivos para no recomendar a un oficial para ascenso, el proceso y los factores de evaluación de sus méritos laborales, la naturaleza jurídica de la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios y las razones que justifican que “no todos los oficiales miembros del mismo curso asciendan a rangos superiores”[29].

10. Mediante Oficios del 6 de agosto y el 4, 6 y 10 de septiembre de 2018[30], diferentes dependencias de la Policía Nacional suministraron los antecedentes laborales de los tutelantes. Con fundamento en tales medios de prueba, la Institución respondió a las interrogantes e informó que: (i) el procedimiento para la evaluación del desempeño policial y la trayectoria profesional de los oficiales, está regulado en el Decreto Ley 1800 de 2000 y el artículo 22 del Decreto 1791 del mismo año; (ii) el análisis realizado por la Junta Asesora es integral y comprende la evaluación de la trayectoria profesional, la historia laboral del aspirante, los antecedentes penales y disciplinarios, entre otros; (iii) el llamamiento a curso

de ascenso depende de la existencia de vacantes conforme al decreto de planta, de las necesidades o conveniencias institucionales y las condiciones de mérito de los aspirantes; y (iv) el número de vacantes, obedece al estudio presupuestal que hace el Ministerio de Hacienda y Crédito Público[31].

Competencia

11. La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Igualmente, mediante el Auto del 19 de abril de 2018[32], la Sala Plena asumió el conocimiento del expediente de la referencia, razón por la cual es competente para proferir la presente providencia.

Análisis de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela

12. La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. Son requisitos para la procedencia de esta acción la acreditación de la legitimación en la causa por activa y por pasiva, y la defensa oportuna y subsidiaria. Igualmente, tratándose de la tutela en contra de providencias judiciales, también son requisitos de procedibilidad, que el caso tenga relevancia constitucional, la identificación de los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, que se trate de una irregularidad procesal con efectos decisivos en la providencia cuestionada[33], y que la decisión judicial atacada no sea un fallo de tutela[34].

13. Legitimación en la causa. En los dos expedientes se cumple este requisito[35]. Por activa, demandan Henry Alfonso Cepeda (T-6.530.835) y William Triana Moreno (T-6.695.687), afectados con su desvinculación por llamamiento a calificar servicios. Por pasiva, la primera acción fue interpuesta en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, al dictar las sentencias del 22 de noviembre de 2012 y el 1º de diciembre de 2016, y la segunda demanda en contra de la Policía Nacional por expedir el Acta No. 009 y el Oficio 027656 de 2017. Decisiones judiciales y administrativas a las que los demandantes imputan la vulneración de sus derechos

fundamentales.

14. Relevancia constitucional. Los asuntos objeto de revisión involucran la posible vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes a la igualdad (artículo 11 de la Constitución), al trabajo (artículo 25 de la Constitución), al debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y al acceso a la administración de justicia (artículo 228 de la Constitución). La vulneración de estos derechos puede tener origen, de un lado, en las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas (T-6.530.835), y, del otro, en la decisión de la Policía Nacional de no convocar al accionante al curso de ascenso para el rango de Coronel (T-6.695.687). Según los tutelantes, en estos casos se incurrió en falencias sustantivas relevantes, a saber: (i) el desconocimiento del precedente constitucional sobre el deber de motivar la decisión de retiro por llamamiento a calificar servicios; (ii) la falta de motivación de un acto administrativo y la presunta desviación de poder en la que se habría incurrido al expedirlo; y (iii) el incumplimiento de una sentencia judicial de reintegro. Todo, en detrimento de los derechos de los tutelantes.

15. Identificación razonable de los hechos. En los expedientes objeto de esta providencia, los tutelantes de forma clara, detallada y comprensible, hicieron referencia de la situación fáctica constitutiva de la violación de sus derechos fundamentales.

16. Irregularidades de carácter decisivo. Los yerros alegados guardan relación con las decisiones a las que los actores imputan la vulneración de sus derechos fundamentales. De estar acreditado el desconocimiento del precedente judicial, por una parte, o los vicios de nulidad alegados, por la otra, el sentido de los actos y las sentencias sub examine tendría que revisarse, ya que la irregularidad afectaría directamente el fundamento jurídico de los mismos. No son, pues, asuntos instrumentales frente a las decisiones objeto de tutela, tampoco temas inconexos frente a los derechos alegados como vulnerados y, mucho menos, irregularidades que puedan catalogarse como accesorias o poco relevantes.

17. La acción de tutela no se dirige en contra de un fallo de tutela. En el asunto que se examina, no hay duda de que en un caso se trata de una providencia dictada en el marco de un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, y en el otro, por las decisiones adoptadas en un trámite administrativo laboral.

18. Inmediatez. Las acciones fueron ejercidas de manera oportuna. En el proceso

T-6.530.835, entre la notificación del fallo de segunda instancia, materializada mediante edicto desfijado el 7 de febrero de 2017, y la presentación de la acción de tutela (mayo 2 de 2017), transcurrieron menos de dos meses, plazo razonable, según el precedente de esta Corte[36]. Respecto del expediente T-6.695.687, entre la última decisión administrativa, adoptada el 26 de julio de 2017 y la presentación de la demanda de amparo (20 de octubre de 2017), transcurrieron menos de tres meses, lapso que también es razonable[37].

19. Subsidiariedad. El expediente T-6.530.835 acredita este requisito[38], pues, las decisiones objeto de tutela no son susceptibles de recurso ordinario alguno. Es cierto que el fallo del ad quem podía ser cuestionado mediante los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia, en los términos de los artículos 248 y 257 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, también lo es que los hechos a los que se imputa la trasgresión de los derechos fundamentales de la parte tutelante, no se enmarcan en las causales y eventos de procedencia de dichos recursos, según los artículos 250 y 256 íbidem. Razón por la cual, frente a este caso, la Corte emitirá una decisión de fondo.

20. En cuanto al expediente T-6.695.687, no se cumple con este requisito, toda vez que la acción de tutela se orienta a controvertir unas decisiones administrativas. Para esto, el actor contó con otro medio de defensa que no ejerció[39], esto es, el control jurisdiccional por parte de los jueces de lo contencioso administrativo. Dicho medio era eficaz[40], debido a que las inconformidades que el actor expone se enmarcan en las causales de nulidad consagradas en el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, y dicho proceso podía solicitar medidas cautelares y, de ser el caso, medidas de urgencia. Por lo demás, no está debidamente probada alguna situación excepcional que enervara la obligación del actor de acudir ante el juez ordinario[41], antes que al de tutela. Aun asumiendo, en gracia de discusión, que el actor persigue el cumplimiento de la sentencia de reintegro del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo cierto es que, para tal fin, también contaba con otro mecanismo de defensa, como lo es el proceso ejecutivo. En consecuencia, frente a este caso se procederá a confirmar la improcedencia declarada por los jueces de instancia.

Problema jurídico del caso

21. Teniendo en cuenta que solo el expediente T-6.530.835 superó las exigencias de procedibilidad, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿las

autoridades accionadas incurrieron en el desconocimiento del precedente judicial al dictar las sentencias sub examine, por cuanto negaron las pretensiones de nulidad del acto administrativo que dispuso el retiro del Mayor Henry Alfonso Cepeda por llamamiento a calificar servicios, sin tener en cuenta que para ello, debían plasmar las razones que justificaron su retiro de la Policía Nacional?

22. Para resolver el anterior problema jurídico: (i) se sintetizará el régimen de ascenso y retiro de los oficiales la Policía Nacional, (ii) se precisará el precedente vinculante de la Corte Constitucional en la materia, y (iii) la subsunción del precedente vigente en el caso en concreto.

(i) Régimen de ascenso y retiro de los oficiales la Policía Nacional

23. El artículo 218 de la Constitución establece que 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”. El inciso 2 ibídem dispone que la “ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”. El legislador, mediante las leyes 62 de 1993 y 578 de 2000, autorizó al Gobierno Nacional para determinar la estructura de la Institución y, entre otros, su régimen de carrera.

24. En cumplimiento de dicho mandato, el Gobierno expidió el Decreto Ley 1791 de 2000[42], norma que reguló el régimen de carrera de los oficiales[43], miembros del nivel ejecutivo[44], suboficiales[45] y agentes de la Policía Nacional[46]. También estableció los requisitos de ascenso y las causales de retiro.

25. El ascenso de los oficiales de la Policía Nacional se condicionó a: (i) los requerimientos contenidos en la Evaluación de Desempeño Policial, regulada por el Decreto 1800 de 2000; (ii) la existencia de vacantes disponibles y autorizadas en el Decreto de Planta de la Institución, expedido por el Gobierno Nacional; (iii) los requisitos que establece el artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000. Este artículo exige: a) tener el tiempo mínimo de servicios establecido para cada grado[47]; b) ser llamado a curso y obtener las calificaciones exigidas; c) adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial; y d) tener aptitud sicofísica. Adicionalmente, en algunos casos se exige (iv) el concepto favorable de la Junta Asesora[48].

26. El retiro de los oficiales de la Policía Nacional, según el artículo 1º de la Ley 857 de 2003, debe efectuarse a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional, facultad que puede ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional, para los retiros de oficiales hasta el grado de Teniente Coronel -es el caso del accionante-. De todos modos, el retiro debe estar precedido del concepto previo de la Junta Asesora, salvo para Oficiales Generales o, en los demás rangos, 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.

27. Según los artículos 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 y 2 de la Ley 857 de 2003, son causales de retiro de la Policía Nacional: (i) solicitud propia[49]; (ii) llamamiento a calificar servicios[50]; (iii) voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales[51]; (iv) disminución de la capacidad psicofísica[52]; (v) incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez[53]; (vi) destitución[54]; (vii) no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial[55]; (viii) incapacidad académica[56]; (ix) desaparecimiento[57]; y (x) muerte.

28. El llamamiento a calificar servicios es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un funcionario de las Fuerzas Militares y de la Policía. Según el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, dicha causal de retiro exige que la persona cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro[58]. Con todo, esta causal no opera de forma automática al acreditarse el número de años de servicio exigidos para obtener dicha prestación, pues para tales fines, también es necesario el concepto previo de la Junta Asesora.

30. En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios es, entonces, una facultad legítima del Gobierno Nacional, destinada a permitir la renovación del personal de la Policía Nacional y justificada en las necesidades del servicio, la conveniencia de la Institución y las vacantes disponibles, razón por la cual esta no puede ser ejercida con una finalidad diferente al mejoramiento del servicio, por ejemplo, como mecanismo de sanción dentro de las fuerzas militares o de policía.

(ii) Existencia de un precedente vinculante de la Corte Constitucional en la materia

31. Por medio de la Sentencia SU-091 de 2016, la Corte “estableció una precisión de la jurisprudencia, pues se mantuvo el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolló frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder” (negrillas originales).

32. Del anterior precedente, se deben verificar los siguientes requisitos: (i) que el funcionario acredite un tiempo mínimo de servicio, en los términos del artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016[60]; y (ii) que ese tiempo lo haga acreedor a una asignación de retiro. Esto, sin perjuicio de los casos en los que es obligatorio el concepto de la Junta Asesora.

33. En criterio de la Corte, 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”[61].

34. Frente al control judicial posterior, la Sala aclaró que el mismo no debe restringirse a la verificación formal de los mencionados requisitos. Estos deben evitar que la figura sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales, por ejemplo, como herramienta de abuso de poder o de retaliación. La carga de la prueba, de todos modos, es de quien demanda, lo que quiere decir que corresponde al interesado demostrar que el llamamiento a calificar servicios y, por ende, su retiro, se dieron por motivos ilegales o fraudulentos.

35. Conforme a lo anterior, “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, [sí] deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten”. Estas mismas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia SU-217 de 2016[62].

36. De lo expuesto se concluye que, en cada caso, le corresponde al juez de la causa verificar que: (i) el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios, (ii) el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016, (iii) la persona retirada del servicio cumpla con los requisitos para obtener la asignación mensual de retiro, y (iv) si es del caso, la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo de desvinculación.

(iii) Análisis de subsunción del caso en el precedente vinculante que se fijó en la Sentencia SU-091 de 2016 reiterada en la Sentencia SU-217 de 2016

37. De conformidad con las pruebas del expediente, la Sala encuentra que el caso del Mayor Henry Alfonso Cepeda puede subsumirse en el precedente de unificación fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-091 de 2016 y reiterado en la Sentencia SU-217 de 2016, tal y como se ilustra en el siguiente cuadro:

Reglas en sede de unificación (SU-091 y 217 de 2016)

Caso del Mayor Henry Alfonso Cepeda

Subsunción de las reglas

Regla	1. Que el retiro se	haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios.
-------	---------------------	--

El Decreto 4337 de 2018[63],	obran	te en el folio 15 del cuaderno 1 del expediente de tutela T-6.530.835,	da cuenta de que el retiro del actor fue por llamamiento a calificar servicios.
------------------------------	-------	--	---

Cumple

Regla 2. Que el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016[64].

El tutelante informó que: (i) ingresó a la Policía Nacional el 11 de enero de 1983; y (ii) fue ascendido al rango de Mayor, el 1º de diciembre de 1996. Por lo tanto, están acreditados los cinco años exigidos por la ley, pues, al momento del retiro efectivo, el actor ostentaba el rango de Mayor, lo que implica que ostentó dicho cargo por más de doce años.

Cumple

Regla 3. Que la persona retirada del servicio cumpla los requisitos para obtener la asignación de retiro.

Al momento de retiro, el actor tenía más de 25 años de servicio, como consta en su historia laboral, de modo que, en aplicación del parágrafo 1 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, había acreditado más de los 15 años exigidos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Cumple

Regla 4. Que la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo, siempre que el mismo sea necesario.

La Junta Asesora en sesión del 23 de octubre de 2008, decidió no proponer al actor para el curso de ascenso y, además, recomendó retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios. De esto dan cuenta las Actas Nos. 009 y 010, obrantes en los folios 16 a 29 del cuaderno 1 del expediente de tutela T-6.530.835.

38. Por otra parte, se tiene que el control jurisdiccional que ejercieron el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, en calidad de autoridades accionadas, no estuvo

limitado a la verificación formal de los requisitos del retiro por llamamiento a calificar servicios, pues, tuvieron en cuenta y valoraron las pruebas aportadas por el actor para sustentar la causal de nulidad de desviación de poder, sustentada en que el retiro se habría dado como retaliación por una demanda previa que el tutelante presentó contra la Institución. Otra cosa es que dichos medios de convicción no hubieran sido suficientes para demostrar una conducta fraudulenta por parte de la Policía Nacional. Al referirse a estos aspectos, el Consejo de Estado manifestó:

Ahora bien, en el caso particular, como prueba de la desviación de poder, en el expediente obra el testimonio del señor William Castellanos Rodríguez, quien al igual que el actor adelantó el curso de ascenso y fue retirado del servicio, el cual señaló: // (...) // En este testimonio se relata que en la Policía Nacional existe un trato discriminatorio contra quienes son reintegrados por orden judicial, pero este hecho no está soportado por otros elementos de prueba que sustenten la existencia de unos móviles contrarios a las normas que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios. Adicionalmente, el testigo se encuentra en la misma situación de hecho del actor, de modo que tiene un interés en la prosperidad de las pretensiones, lo cual obliga a recurrir a otros medios de prueba que permitan acreditar lo alegado por el demandante, los que se extrañan en este caso. // En el mismo sentido, establece la Sala que de cara al ejercicio de la facultad discrecional en el retiro del actor como integrante de la Policía Nacional, el vicio de desviación no se demuestra por el solo hecho de que éste haya demandado a la entidad en oportunidad anterior, dado que como se expuso en precedencia, la desviación de poder debe probarse a satisfacción, de modo que se acrediten de forma fehaciente cuáles fueron los móviles subjetivos contrarios a la ley que persiguió el autor del acto acusado. // En este orden de ideas, se tiene que el accionante no demostró que los actos acusados no hayan sido expedidos con una finalidad diferente a realizar un relevo en las líneas jerárquicas de la Policía Nacional.

39. Por lo demás, advierte la Corte que los argumentos del accionante se fundaron en consideraciones que no constituyen precedente judicial, en el entendido que el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para ejercer la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios. En criterio de la Corte, la excelencia y la buena conducta son inherentes al servicio público, por ende, tales cualidades no derivan en fuero de estabilidad alguno.

40. En conclusión, la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto que se le imputa. Sus decisiones fueron dictadas con fundamento en el precedente vigente de esta Corte, pues se verificaron las reglas jurisprudenciales de motivación en el acto de llamamiento a calificar servicios, establecidas en la sentencia de unificación SU-091 y reiterada en la SU-217 ambas de 2016. Además, el caso fue analizado de cara a la situación particular del accionante y las pruebas que este aportó en el expediente. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, contenida en la sentencia del 25 de octubre de 2017, que, a su vez, confirmó el fallo de la Sección Cuarta de esa Corporación, que negó el amparo de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia solicitado mediante tutela.

Síntesis de la decisión

41. La Sala Plena analizó los expedientes T-6.530.835 y T-6.695.687. En el primero, se acusaba a las autoridades judiciales accionadas de desconocer el precedente constitucional, con fundamento en que no valoraron el deber que le asistía a la Policía Nacional de motivar el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios. En el segundo, se alegó que la Policía Nacional desconoció dicho deber de motivación, cuando profirió el acto complejo de retiro del tutelante.

42. En el expediente T-7.530.835, la Corte verificó que la sentencia acusada no incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente constitucional alegado, toda vez que los argumentos del accionante se fundaron en consideraciones que no constituyen precedente. Igualmente, constató que, por el contrario, dicho fallo sí cumplió con las reglas jurisprudenciales de motivación en los actos de llamamiento a calificar servicios, establecidas en las sentencias de unificación SU-091 y SU-217 ambas de 2016 (supra f.j. 35).

43. En consecuencia, reiteró que: (i) el llamamiento a calificar servicios no debe contener necesariamente una motivación expresa porque su fundamentación deriva 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 deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial ante el juez de lo contencioso. Sin embargo, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta. Estas reglas armonizan el criterio del mérito en el ascenso con las necesidades del servicio, las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y vacantes disponibles.

44. En el caso T-6.695.687, la Corte constató la improcedencia de la tutela por cuanto, el entonces demandante fue reintegrado al cargo de Teniente Coronel y, la situación fáctica descrita, esto es, la negativa en el ascenso, podía ser cuestionada ante el juez de lo contencioso administrativo, pues el actor tenía a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento en contra del acta por medio de la cual la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional de la Policía Nacional negó su petición de ascenso y el Oficio del 27 de julio de 2017, mediante el cual le comunicaron tal determinación.

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.- CONFIRMAR, en el expediente T-6.530.835, la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por el Consejo de Estado, Sección Quinta, que, a su vez, confirmó el fallo del 6 de septiembre de 2017, adoptado por la Sección Cuarta de dicha Corporación, mediante el cual se negaron las pretensiones de la acción de tutela.

Segundo.- CONFIRMAR, en el expediente T-6.695.687, la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, que confirmó el fallo del 3 de noviembre de 2017, adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, que declaró improcedente la acción de tutela.

Tercero.- EXPEDIR, por Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36

del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA SU237/19

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

Referencia: Expediente T-6.530.835 AC

MP. Carlos Bernal Pulido

Con el debido respeto por la determinación de la Sala Plena, manifiesto mi salvamento de voto en relación con la decisión mayoritaria adoptada.

En mi concepto, en relación con el derecho a la igualdad, el acto de retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, debe ser motivado de manera expresa, en respeto del debido proceso. Considero que el argumento esgrimido para justificar el retiro discrecional de un oficial de la Fuerza Pública, basado en la existencia de una estructura piramidal y jerarquizada que tienen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que obliga al retiro de los oficiales que no ascienden al siguiente grado superior, no es una justificación suficiente para quien es retirado de la carrera policial, sin conocer las razones que motivaron el retiro. El señalamiento expreso de esos motivos, da claridad y objetividad a la decisión, así como, la oportunidad de defensa a quien es llamado a calificar servicios para controvertir la validez del acto administrativo de retiro.

En los anteriores términos salvo mi voto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

A LA SENTENCIA SU237/19

Referencia: expedientes T-6.530.835 y T-6.695.687 acumulados.

Acciones de tutela presentadas por i) Henry Alfonso Cepeda contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y otros; y ii) William Triana Moreno contra la Policía Nacional y otros.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte nos permitimos expresar las razones que nos llevan a salvar el voto en la sentencia SU-237 de 2019.

1. En esa oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió dos acciones de tutela presentadas por ex miembros de la Fuerza Pública contra las providencias judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa, que negaron las pretensiones de nulidad frente a los actos de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, al considerar que las decisiones adoptadas por la Policía Nacional habían sido arbitrarias y carentes de cualquier justificación.

La Corte avaló que no se exigiere motivación alguna en el acto de retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios conforme a lo señalado en la sentencia SU-091 de 2016. En consecuencia, confirmó las decisiones de instancia en ambos asuntos, es decir, negó la petición de amparo del expediente T-6.530.835 y declaró improcedente la protección deprecada en el expediente T-6.695.687.

Sin embargo, nos apartamos de la posición mayoritaria por los motivos que se exponen a continuación.

El precedente fijado en la SU-091 de 2016

2. En nuestro criterio, la aplicación del precedente fijado en la SU-091 de 2016 desconoce directamente los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia de los miembros de la Fuerza Pública retirados mediante la causal de llamamiento a calificar servicios.

3. La postura inicial de la línea jurisprudencial -sentencias T-824 de 2009, T-723 de 2010, T-265 de 2013, entre otras-, sostenía de forma reiterada e invariable la exigencia de la motivación del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, en virtud del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Bajo tal parámetro, si bien el llamamiento a calificar servicios constituía una potestad legítima del Gobierno para facilitar la renovación de personal en la Policía, ello no implicaba que pudiera ser ejercida con una finalidad diferente, por tanto la desvinculación debía sustentarse en razones del buen servicio objetivas, probadas y proporcionadas, los cuales debían consignarse tanto en el acto de retiro como en la recomendación de la Junta.

De tal manera, la jurisprudencia había fijado los siguientes supuestos para que el ejercicio de la potestad discrecional por parte de la Fuerza Pública sea conforme con la Constitución: “(1) El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad[65]; (2) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo[66]; y (3) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso[67].”[68]

4. Sin embargo, la aprobación de la SU-091 de 2016 trajo consigo una variación drástica en la posición tomada por la Corte hasta ese momento, comoquiera que eliminó la necesidad de justificar el acto de desvinculación en materia de llamamiento a calificar servicios,

conservándolo exclusivamente para la causal de retiro por voluntad del Gobierno, sin que se haya asumido la carga argumentativa requerida.

El fallo de unificación precisó que: i) no se requiere una motivación expresa del retiro pues se advierte de forma extra textual en la ley que autoriza el uso de dicha potestad; ii) no es una decisión absoluta; iii) es la manera corriente de terminar la carrera oficial y no puede ser ejercida con otra finalidad; y iv) exigir una motivación desnaturaliza la estructura de la Policía.

Así, estableció la procedencia del llamamiento a calificar servicios, únicamente, con dos requisitos, el cumplimiento del tiempo de labores en la institución para hacerse acreedor de la asignación de retiro y la recomendación de la Junta Asesora, habida cuenta que constituye una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución. Consideró que el fin natural de la carrera policial se da mediante esta figura, pues permite el relevo habitual en el esquema piramidal de mando castrense por razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, las cuales no tienen que estar relacionadas con las condiciones personales o profesionales del funcionario. En tal contexto, se indicó que limitar el uso de esta causal ocasiona en el ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública hasta los escalafones más altos, infringiendo la disponibilidad presupuestal, la determinación de la planta de personal y la estructura piramidal y jerarquizada.

La fundamentación de la decisión de unificación se refirió a la garantía de los derechos al mínimo vital, seguridad social y salud del oficial retirado y no se efectuaron referencias a la garantía de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia que aquella perseguía hacer efectivos, máxime cuando estos últimos son de vital importancia de cara a conocer los hechos y las razones que produjeron su retiro y otorgarle los elementos de juicio necesarios para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así las cosas, lo consagrado en la SU-091 de 2016 excedió a todas luces el alcance una “precisión jurisprudencial” pues eliminó la obligación de motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, concluyendo que en esos casos no se requiere contar con una justificación, por cuanto la misma se deriva de la ley.

Necesidad de un cambio jurisprudencial frente al precedente fijado en la SU-091 de 2016

6. Sobre el particular, a nuestro juicio se encuentra acreditado el tercer supuesto, esto es, “cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”, en tanto analizado el precedente fijado en la sentencia SU-091 de 2016, se aprecia abiertamente contrario a los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia de los miembros de la Fuerza Pública retirados mediante la causal de llamamiento a calificar servicios, como se pasa a reseñar:

i) El referido fallo se advierte ausente de argumentación y sin el rigor propio de un cambio de jurisprudencia, pese a que, con anterioridad a su expedición, se contaba con varias decisiones en contrario que constituían una línea invariable en la exigencia de motivación del acto de retiro (supra f. j. 3).

ii) En la sentencia C-072 de 1996, se indicó que esta causal constituía una modalidad válida para la terminación de la carrera de los miembros de la Policía a la luz del texto superior, sin que en momento alguno se indicara que es la forma normal de desvinculación como lo muestra de manera errada la SU-091 de 2016. Conforme a lo consagrado en la Ley 857 de 2003[70] y en el Decreto Ley 1791 de 2000[71], esta constituye solo una de las causales en las que se puede provocar la desvinculación del servicio activo que, además, ha sido declarada constitucional por esta Corporación[72].

Al respecto, si bien se coincide con que tal potestad es una herramienta para adelantar el relevo en la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública, ello no implica que la causal de llamamiento a calificar servicios opere de manera automática por el simple hecho de cumplir la cantidad de años de servicio determinada en la norma correspondiente, comoquiera que todo uniformado no es retirado al acreditar ese tiempo. Es decir, la existencia de oficiales que continúan en la cadena de mando y quienes se benefician con el ascenso a los grados superiores, pese a contar con el periodo de labores requerido para acceder a la asignación, permite inferir que existen otros requerimientos para la aplicación de la mentada figura concernientes a las condiciones profesionales o personales del afectado.

iii) Sostener que con el pago de la asignación de retiro se hace prescindible la motivación

de la decisión de retiro es abiertamente inconstitucional, en razón a que ambas figuras cuentan con finalidades completamente yuxtapuestas y protegen derechos disimiles, comoquiera que aquella no tiene el alcance necesario para salvaguardar el ejercicio del debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia, pilares que soportan el imperativo de justificación del llamamiento a calificar servicios. La finalidad de esta prestación se encuentra directamente relacionada con el derecho a la seguridad social de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, dada la naturaleza especial de las funciones que cumplen, de manera que se garantice el mínimo vital y la subsistencia de los uniformados una vez cese su servicio activo.

iv) Adicionalmente, conforme a la decisión de unificación en vigor se impone una carga excesiva al oficial retirado, quien pese a desconocer las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, debe acreditar ante la jurisdicción contenciosa que tal actuación obedeció a móviles diferentes a la mejora del servicio. En efecto, tal posición restringe la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que es una garantía derivada del debido proceso y el derecho de contradicción, generando una imposición desproporcionada hacia el afectado, quien no se encuentra en la posición más favorable para demostrar el hecho, situación que naturalmente se le facilita a la institución; máxime cuando las evaluaciones y los documentos que soportan la decisión se encuentran bajo su poder.

7. La exigencia de motivación del acto de retiro lejos de restringir el uso de la figura en cuestión, otorga parámetros para su ejercicio de manera ponderada y razonable. En efecto, contrario a lo afirmado en esa providencia, tal imperativo no pretende que todos los oficiales asciendan hasta las máximas posiciones, debido a que ello no es factible en la estructura piramidal y jerarquizada de la Fuerza Pública; sin embargo, se busca que los oficiales que fueron retirados conozcan las razones que soportan la decisión y, de manera correlativa, que a los más altos rangos en la carrera policial se promueva a los uniformados con mejores aptitudes profesionales y personales, capaces de laborar en pro del buen servicio.

Con ello, no se pretendía desatender las vacantes aprobadas por el decreto de planta ni la disponibilidad presupuestal de la entidad, por cuanto los ascensos se deben efectuar con plena observancia de estos elementos, sin alterar la estructura de la entidad. Empero, era

imperativo que la Corte exigiera la existencia de criterios objetivos de evaluación para escoger al personal que accederá a los rangos más altos, puesto que diferirlo totalmente al concepto subjetivo de la Junta Asesora y del Gobierno Nacional, puede devenir en arbitrariedad.

En tal contexto, este Tribunal ha reconocido en oportunidades anteriores que si bien la ley contempla la facultad discrecional de las Juntas y el Gobierno para retirar y ascender a sus miembros, esta potestad no es absoluta y debería hallar sus límites en otros valores, principios y prerrogativas de raigambre constitucional. Así, en un Estado social de derecho es inadmisibles que a los afectados se les restrinja el acceso a la información en la que reposan los motivos que originaron la adopción de una decisión que le incumbe, pues de tal forma el poder de los funcionarios se torna omnímodo.

La necesidad de motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios

8. Con fundamento en lo expuesto, los suscritos magistrados consideramos que la facultad discrecional que supone el llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública debe acreditar algunos presupuestos a fin de garantizar los derechos del afectado, tales como:

- i) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, que implica que la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa;
- ii) la debida motivación del acto de retiro que se refleja en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo;
- iii) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares.

De esta forma, es claro que el llamamiento a calificar servicios debe ejercerse de conformidad con esas exigencias y en correspondencia con su diseño legal y fundamento constitucional, dentro del marco de una decisión que, aunque discrecional, no puede ser arbitraria[73].

Así, los postulados del Estado social de derecho y el marco del debido proceso, el acceso a la administración de justicia, y el derecho de defensa, hacen imperativo que el uniformado

tenga derecho a conocer las razones de hecho y de derecho por las cuales no se le recomienda para el ascenso y se dispone su llamamiento a calificar servicios, por consiguiente los actos administrativos de retiro o las actas de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional deben contener esa información precisamente, pues de lo contrario se estaría promoviendo una actuación contraria a la Constitución.

Ello significa que la materialización del concepto o la recomendación emitida por la Junta impone algunas cargas a asegurar por el Estado. De tal forma, existen evaluaciones anteriores a la emisión de la recomendación -evaluación de trayectoria profesional y evaluación de desempeño- las cuales cuentan con estándares objetivos de calificación que permiten adoptar una decisión ponderada y razonable.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, no es razonable que los esfuerzos durante toda la carrera de un oficial, se vean truncados por cuestiones propias de la Junta Asesora, y pese a tener un desempeño superior no pudiera acceder a los ascensos por motivos subjetivos independientes a sus condiciones personales y laborales.

Por lo tanto, si bien se reconoce la facultad discrecional para la emisión del concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, ello no es óbice para que en el proceso de ascenso, al momento de determinar el personal que se eleve al siguiente grado del escalafón, no se cumpla con su obligación de escoger entre los candidatos disponibles, a aquellos que estén investidos con las mejores calificaciones, capacidades y méritos.

Además, en aplicación sistemática de los artículos 1º y 4º superiores, así como el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el contenido de una decisión discrecional debe obligatoriamente adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, sin que ello signifique que la disposición normativa reemplace la motivación del acto administrativo, ya que ello ignoraría la garantía que busca evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder de retiro. En tal medida, la desvinculación debe motivarse de acuerdo a la evaluación de la hoja de vida del uniformado, además del cumplimiento de los requisitos objetivos de ley para obtener la asignación de retiro, con el fin de evitar la arbitrariedad de la Fuerza Pública.

9. Por tanto, consideramos que en el caso de los ascensos y retiros de los miembros de

la Policía Nacional, no solo el acto administrativo debía estar motivado. Los conceptos y/o recomendaciones que emiten las Juntas Asesoras debían cumplir con directrices similares, pues sin importar el que no sean en sí mismos actos administrativos, dichas actas consignan las decisiones que plasman el pleno uso de la facultad discrecional que se le concede a la Fuerza Pública para ascender o retirar a su personal activo[74].

De ahí, las condiciones impuestas para la promoción de la carrera policial tienen una orientación determinada en el mantenimiento de las aptitudes especiales que se requieren en la institución, lo que hace necesario que se regulen pautas que busquen asegurar que el personal de policía cumpla de la manera más decorosa posible su función, que es la de guardar la armonía y convivencia ciudadanas como lo indica la Constitución. Ello limita hasta cierto punto la facultad discrecional de la autoridad competente para definir el personal que puede ascender de escalafón.

Expediente T-6.530.835: Henry Alfonso Cepeda contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y otros.

10. Frente al primer asunto estudiado, los suscritos magistrados observamos que la petición de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial. Aunado a ello, consideramos que fue acreditada la violación directa de la Constitución por desconocimiento del derecho al debido proceso y al derecho a la igualdad.

11. Así, frente al primer defecto referido -violación directa de la Constitución, transgresión al debido proceso- se aprecia que el acta de la Junta Asesora y el acto administrativo de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios son totalmente carentes de justificación. Contrario a lo afirmado por el Ministerio de Defensa, según el cual todas las decisiones adoptadas por la Junta quedan consignadas en actas conforme al Decreto 1512 de 2000, las razones que provocaron la desvinculación del actor bajo las condiciones anotadas no fueron registradas en el acta 010 de 23 de octubre de 2008.

Si bien, pudiere aceptarse que el decreto del Gobierno Nacional no incorpore expresamente las razones que llevaron a adoptar la decisión, estas cuando menos deben ser consignadas en el acta en la que se recomendó desvincular al uniformado, de manera que puedan estudiarse de manera integrada ambas actuaciones al momento de analizar la existencia de

la motivación en la orden de desvinculación.

De ahí, es dable concluir que en el caso sub examine no hubo una justificación para determinar el llamamiento a calificar servicios del accionante, por lo cual se infringió el derecho al debido proceso, así como sus derechos de defensa y acceso de administración de justicia, toda vez que al desconocer las razones que produjeron su retiro de la institución, se le impuso una carga insoportable frente al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, objeto de esta acción de tutela.

De tal forma, las autoridades judiciales atacadas debían haber revisado los vicios de nulidad invocados por el demandante, puntualmente, la desviación de poder, con miras a establecer si el retiro se llevó a cabo por el incumplimiento de los requisitos para la procedencia del ascenso, para lo cual era imperiosa una actividad judicial expedita que permitiera conocer los móviles de la orden impartida por el Gobierno.

El señor Alfonso Cepeda afirmó en el proceso contencioso que la decisión de la Junta fue arbitraria, asimismo alegó que “los únicos oficiales que la Junta no recomendó para ascender y además fueron retirados del servicio son el accionante y William Castellanos Rodríguez, quienes habían sido reintegrados por orden judicial; agregó al respecto que ‘el Director General de la Policía Nacional anunció públicamente su disgusto por aquellos que obtienen el reintegro por orden de autoridad judicial’.”[75] Con fundamento en ello, aseveró que no existía ninguna razón objetiva para negar el ascenso del actor y menos para retirarlo del servicio, el cual debía contener de manera expresa las razones que lo soportan conforme a la sentencia C-179 de 2006.

Al respecto, los suscritos magistrados advertimos que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no hizo ningún análisis sobre el vicio de desviación de poder invocado en la demanda, de manera que no se verificó ni se efectuó algún pronunciamiento sobre las razones ocultas que, a juicio de la parte actora, ocasionaron su retiro, principalmente asociadas a que en una oportunidad anterior había demandado a la Policía Nacional, siendo reintegrado por tal motivo, lo que causaba descontento en la Dirección de la institución. El fallo en cuestión se limitó a refrendar la potestad discrecional del Gobierno frente al

llamamiento a calificar servicios, teniendo como único requisito el periodo de servicio y desvirtuando cualquier incidencia que pudiese ostentar el buen desempeño del oficial.

Sobre el particular, a nuestro juicio, aun tratándose de una facultad discrecional, una vez el afectado alega una causal como la desviación de poder, la autoridad judicial no puede restringir su análisis al reiterar la legitimidad de tal competencia, pues es imperioso que, de cara a lograr una respuesta al reclamo judicial, logre determinar la verdadera justificación explícita o implícita de dicha decisión, pues de lo contrario se vacía de contenido el vicio en cuestión y termina por negar el acceso a la administración de justicia para recurrir las decisiones de la administración, dándoles un carácter absoluto e irrefutable.

Es claro, entonces, que el accionante no estaba en la posibilidad de probar los móviles irregulares que hubieren producido su retiro, máxime cuando el acto administrativo y el acta suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional estaban inmotivados. Luego, el señor Henry Alfonso Cepeda no disponía de elementos de juicio necesarios para alegar la ilegalidad de su desvinculación, diferentes a su hoja de vida que demostraba su trayectoria sobresaliente y el testimonio de uno de sus compañeros que conocía los motivos aparentes que fundaron su retiro. Sin embargo, el fallador descartó de plano dichas pruebas e indicó que el peticionario no acreditó la causal de nulidad aducida.

No entiende la Sala, de qué otra forma, la parte actora pudiese demostrar que la institución no lo llamó a calificar servicios por razones objetivas ligadas a los fines constitucionales y legales de la Policía Nacional, sino que obedeció a otro tipo de motivos subjetivos e, incluso, subrepticios. En cambio, la entidad era quien contaba con la información necesaria para demostrar cómo la desvinculación del demandante cumplía con la finalidad del buen servicio, pues aquella se encontraba en la posición más favorable para demostrar el hecho.

En esa medida, al no haberse estudiado dicha acusación, contrario a lo decidido por posición mayoritaria, consideramos que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A" desconoció el derecho fundamental al debido proceso del accionante, incurriendo en la causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial denominada violación directa de la Constitución y, en esa medida, la presente

acción de tutela estaba llamada a prosperar.

12. Respecto del segundo defecto en cuestión -violación directa de la Constitución, trasgresión del derecho a la igualdad-, los suscritos magistrados encontramos que en el acta 009 de 2008 fueron analizados los ascensos de 59 oficiales (1 Teniente Coronel, 6 Mayores, 14 Capitanes, 21 Tenientes y 17 Subtenientes), respecto de los cuales fueron motivados 52 casos, bajo razones referidas a que no superaron la trayectoria profesional ni realizaron el curso de ascenso, así como en la existencia de investigaciones disciplinarias por faltas gravísimas, la imposición de sanciones disciplinarias de suspensión o destitución, la orden de suspensión en el ejercicio de funciones al interior de la institución, el reporte de medidas de aseguramiento con detención preventiva por parte de la Fiscalía General de la Nación, la adopción de resoluciones de acusación por la Justicia Penal Militar, los conceptos de la junta medico laboral, el incumplimiento de los requisitos dispuestos en el art. 21 del Decreto Ley 1791 de 2000 y el acatamiento de fallos de tutela que ordenaron un reintegro provisional sin que se haya pronunciado la jurisdicción contencioso administrativa.

Solo en la determinación frente a 7 casos, incluido el accionante, no se efectuó justificación alguna limitándose a indicar que con fundamento en las normas vigentes acordaron de manera unísona no sugerir su promoción al siguiente rango, en los siguientes términos: “por unanimidad no recomendarlo para ascenso al grado inmediatamente superior, ante el Gobierno Nacional”.

Puntualmente, la determinación frente a los oficiales del mismo rango del accionante -Mayor-, a fin de ser promovidos al siguiente rango, fue expresamente fundamentada en 4 casos y careció de razonamiento alguno en otros 2 casos, entre ellos el del accionante.

De tal forma, es evidente que el tratamiento otorgado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional al señor Henry Alfonso Cepeda, transgredió su derecho a la igualdad, comoquiera que la recomendación de no ascenso impartida no cuenta con ninguna justificación, diferente a lo que ocurrió con 52 de sus compañeros de institución, 4 del mismo rango -Mayor-, cuya situación fue abordada y fundamentada en el acta 009 de 2008.

13. Incluso, esta determinación analizada a la luz del test estricto de igualdad[77] se aprecia abiertamente inconstitucional, comoquiera que la ausencia de motivación no

constituye un medio efectivamente conducente para alcanzar la finalidad de conservación de la estructura piramidal y jerarquizada de la Fuerza Pública, dado que, de una parte, ofrecer un mínimo de justificación no impide en modo alguno que se establezcan jerarquías o que se seleccionen únicamente aquellos que han cumplido los requisitos y obtenido las mejores calificaciones. Adicionalmente, el reconocimiento efectivo de los ascensos depende de las vacantes que en cada caso sean ofertadas o definidas por el Ministerio de Hacienda.

Así, la necesidad de justificar la decisión de no recomendar el ascenso no pretende que todos los uniformados alcancen los rangos y cargos más altos, pues se reconoce que eso no es factible en la organización jerárquica de la institución; empero se procura que los oficiales que accedan a las posiciones más relevantes cuenten con las mejores aptitudes profesionales y personales, para favorecer el buen servicio.

Adicional a lo expuesto, encontramos que, incluso, aceptando que el grado de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de la Junta Asesora justificara la aplicación de un juicio intermedio, se llegaría a la misma conclusión en tanto para alcanzar el propósito identificado -conservación de la estructura piramidal y jerarquizada de la Fuerza Pública en razón de su régimen especial de carrera- se ha adoptado una medida que no es efectivamente conducente.

En suma, en nuestro criterio las sentencias objeto de la presente acción de tutela incurrieron en un defecto por violación directa de la Constitución, materializado en el desconocimiento del derecho a la igualdad, lo cual contrario a lo decidido por la posición mayoritaria, hacía imperiosa la concesión del amparo deprecado por el señor Henry Alfonso Cepeda.

Expediente T-6.695.687: William Triana Moreno contra la Policía Nacional y otros.

14. Finalmente, respecto del segundo caso concreto abordado en esta providencia, la posición mayoritaria encontró incumplido el presupuesto de subsidiariedad por lo cual declaró el amparo, al considerar que la parte actora contaba con un medio de defensa judicial idóneo y eficaz, esto es, el medio de control de nulidad simple consagrado en el art. 137 de la Ley 1437 de 2011, la solicitud de medidas cautelares y el proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa. Agregó que no estaba debidamente probada alguna situación

excepcional que enervara la obligación del actor de acudir ante el juez ordinario, antes que al de tutela.

15. Al respecto, disentimos de la decisión adoptada por cuanto la acción de tutela promovida por el señor Triana Moreno debate la presunta vulneración de sus derechos fundamentales con ocasión de la recomendación de no convocarlo a curso para promoción, contenida en el acta 004 de 2018, por lo cual era necesario establecer la naturaleza de dicha actuación a fin de identificar la existencia de medios ordinarios idóneos y eficaces para el reclamo judicial bajo estudio.

En relación con este punto, el Consejo de Estado ha manifestado que “lo consignado tanto en el acta (...) como en los dos oficios (...) es, en primer lugar, recomendar al Gobierno Nacional el retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios y, en segundo lugar, remitir al Ministro de Defensa el proyecto de Decreto mediante el cual se adopta dicha decisión. (...) para la Sala el acta y los oficios antes citados no pueden ser controvertidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, ésta, al tenor de lo establecido en el artículo 85 del C.C.A. Decreto 01 de 1984 [artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 CPACA], sólo juzga los actos administrativos definitivos, esto es, las decisiones administrativas que crean, modifiquen o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas particulares, siendo contrario a lo expuesto en la presente controversia donde tales actos contienen, de una parte, la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, y de otra, el traslado del proyecto decisión al Ministro de Defensa, pasos todos ellos previos a la adopción de una medida definitiva, cual es, el retiro del servicio del demandante.”[78]

Ante tal escenario y debido a la inexistencia de un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, consideramos que la petición de amparo había acreditado el requisito de subsidiariedad en el presente caso pues el acta de la Junta Asesora no puede ser impugnada ante la administración de justicia porque no constituye un acto administrativo definitivo. Así, la acción de tutela se erigía como la herramienta idónea y eficaz para lograr la garantía de los derechos invocados por el señor Triana Moreno.

16. Sin perjuicio de lo anterior, al analizar el fondo de la problemática expuesta en este expediente, estimamos que debía negarse el amparo solicitado en la medida en que la entidad accionada actuó conforme al fallo contencioso administrativo que dispuso el reintegro del actor en el mismo rango en el que fue desvinculado e indicó que para acceder a un ascenso debería cumplir los requisitos legales y reglamentarios correspondientes[79].

Aunque para el accionante debían haberse efectuado de manera automática las promociones para igualarlo con sus compañeros de curso que, en 2010 habían alcanzado el escalafón de Coronel y en 2015 de Brigadier General; el fallador contencioso fue claro en indicar la forma de reincorporación del oficial retirado, cuestión que competía ejecutar irrestrictamente al Gobierno Nacional, como efectivamente ocurrió el 7 de abril de 2016.

La institución solo estaba obligada a reingresarlo al servicio activo en el rango de Teniente Coronel, es decir, en el mismo en el que fue retirado mediante el Decreto 2219 de 2010 que posteriormente fuere declarado ilegal por la jurisdicción administrativa. En tal contexto, no se le puede equiparar con sus compañeros del curso 058, comoquiera que en la parte resolutive de la decisión judicial ordinaria se indicó expresamente que aquel debería cumplir con los reglamentos internos para la consecución de los ascensos correspondientes, de modo que era imperativo el cumplimiento de los requisitos estatuidos en los artículos 20 y 21 del Decreto Ley 1791 de 2000.

17. Ahora bien, con posterioridad a su reincorporación a la institución, el oficial fue evaluado nuevamente, por ende, la decisión de no convocarlo a curso de ascenso en el año 2018 se fundamentó en los análisis efectuados al interior de la institución, conforme las normas vigentes para tal efecto y a partir de las cuales se coligió que el oficial era calificado como incompetente dada la baja puntuación obtenida en la evaluación de desempeño.

Por tanto, la actuación de la Policía Nacional no fue arbitraria e inmotivada, pues como se deriva del acervo probatorio se fundamentó en las calificaciones insatisfactorias obtenidas por el actor en el análisis de desempeño, aunado a que contó con el examen de trayectoria profesional y el pronunciamiento de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional, la Junta de Generales de la Policía Nacional y la Junta de Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, todos los anteriores con un recuento fáctico y

jurídico del caso del uniformado.

De conformidad con ello, el actor contaba con los elementos de juicio necesarios para determinar las razones que fundaron la decisión adoptada, las cuales están relacionadas con los escasos puntajes obtenidos en los factores de desempeño profesional que, por consiguiente, desembocaron en el incumplimiento de los requisitos dispuestos en el Decreto Ley 1791 de 2000 para acceder al procedimiento de promoción.

Bajo tales precisiones, los suscritos magistrados encontramos probado que no existió vulneración alguna de los derechos del accionante en relación con la forma del reintegro adelantado por la Policía Nacional, pues consideramos que este se efectuó con plena observancia de lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En tal contexto, a nuestro juicio correspondía negar la protección solicitada y no declarar la improcedencia de la presente acción como lo dictaminó el pleno de la Corte Constitucional.

En los anteriores términos dejamos consignado nuestro salvamento de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Magistrado

[1] Los cuadernos que integran el expediente de tutela fueron allegados al despacho del magistrado ponente, por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional (fl. 192 del Cdno 2, Exp. T-6.695.687).

[2] La Sala de Selección fue integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos (fls. 5 a 15 del Cdno 2, Exp. T-6.530.835).

[3] La Sala de Selección fue integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo (fls 5 a 13 del Cdno 2, Exp. T-6.695.687).

[4] Fls. 17 y 18, Cdno. 1, Exp. T-6.530.835.

[5] Expediente T-6.530.835. En el caso de este accionante hubo un primer acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, contra dicha decisión interpuso acción de tutela, por medio de la cual se ordenó al Ministerio de Defensa Nacional motivar dicho acto. En consecuencia, mediante Decreto 1186 del 2 de abril de 2009 (fls. 136 a 139, Cdno. 1) el Ministerio de Defensa Nacional mantuvo en firme el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por llamamiento a calificar servicios (fls. 105 a 133 del Cdno 1).

[6] Expediente T-6.695.687. Por medio de la Resolución 7904 del 7 de noviembre de 2018 (fls. 142 a 150, Cdno. 1) el Teniente Coronel Triana Moreno fue retirado de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios. La decisión fue notificada el 9 de noviembre de 2018 (fl. 141).

[7] Expediente T-6.530.835. En sesión del 23 de octubre de 2008 (Acta No. 009 de 2008 a fls 2 a 8, Cdno. 1), la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional no lo recomendó para el ascenso del “grado inmediatamente superior” esto es, Teniente Coronel (fl. 8, Cdno. 1) y propuso “retirar[lo] del servicio activo por llamamiento a calificar servicios” (Acta No. 010 de 2008 a fls. 9 a 15, Cdno). En consecuencia, a través del Decreto 4337 del 14 de noviembre de 2008, el Ministerio de Defensa Nacional lo retiró del servicio activo a partir del 20 de noviembre de ese mismo año (notificación personal del 17 de diciembre de 2008 a fl. 16, Cdno. 1).

Expediente T-6.695.687. En una primera sesión del 4 de julio de 2017 (fls 71 y 72, Cdno. 1), la Junta Asesora no lo recomendó “para (...) [realizar] los cursos reglamentarios para ascenso al grado de Coronel”, sin ser retirado. Posteriormente, en una segunda sesión del 2 de mayo de 2018, la Junta Asesora decidió “no recomendar al actor para el curso de ascenso” (fls. 174 a 183, Cdno. 1), decisión que fue compartida por la Junta de Evaluación y Calificación para Oficiales de la Policía Nacional y la Junta de Generales de la Policía Nacional al no superar la evaluación de Trayectoria Profesional (Fls. 28 a 42, Cdno. 1).

[8] El primer retiro por llamamiento a calificar servicios se ordenó mediante Decreto 2219 del 21 de junio de 2010, el cual, fue demandado por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

[9] El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E” al resolver la apelación, revocó la decisión del juez de primera instancia y ordenó su reintegro

(fls. 80 a 103, Cdno. 2). Razón por la cual, mediante Decreto 2649 del 7 de abril de 2016 fue reincorporado al servicio.

[10] Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” (fls. 418 a 428, Cdno 1. Exp. T-6.530.835).

[11] Decisión del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” (fls. 528 a 542, Cdno. 1, Exp. T-6.530.835).

[12] Fl. 539 (vto.), Cdno. 1, Exp. T-6.530.835.

[13] En el expediente está probado que el actor no tenía sanciones en los últimos 5 años de servicio, que obtuvo buenas calificaciones en el curso de ascenso al rango de Mayor y que en las evaluaciones de desempeño anteriores a su retiro fue calificado como “superior” (fls. 54 a 60 Cdno. 1 y 92 Cdno. 2, Exp. T-6.530.835).

[14] Fl. 1, Cdno. 1, Exp. T-6.530.835.

[15] El accionante adujo como fundamentos jurídicos que “las accionadas incurrieron en desconocimiento del precedente judicial. En ese sentido, amparado en las sentencias T-995 de 2007, T-432, T-871 y T-1168 de 2008, T-111 de 2009 y T-638 de 2012, aseguró que “los fallos proferidos en el proceso ordinario se apartaron del precedente Constitucional, que señalan (sic) la obligatoriedad de la motivación que debe contener un acto administrativo que retira del servicio activo a miembros de la Fuerza Pública” (fl. 16, Cdno. 1, Exp. T-6.695.687).

[16] Adicionalmente, el demandante aseguró que, con la no convocatoria al curso de ascenso para el grado de coronel, se le violaron sus derechos fundamentales, pues no se dio cumplimiento de manera íntegra a la sentencia de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (supra nota al pie 9). Manifestó que “si bien se [le] reintegró al grado de Teniente Coronel (...), lo cierto es que no se [le] han reconocido los ascensos a que t[iene] derecho ni se [le] ha dado la oportunidad para aumentar [su] graduación” (fl. 16, Cdno. 1, Exp. T-6.695.687). En respaldo de ello, citó, la sentencia del 11 de mayo del 2017, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado (AC 25001-23-36-000-2016-01700-01) y la Sentencia T-261 de 2014.

[17] En el auto admisorio de la acción de tutela del 5 de mayo de 2017, se ordenó notificar de la solicitud de amparo a la Policía Nacional (fl. 82, Cdn. 1, Exp. T-6.530.835). Igualmente, se dispuso notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, acatando lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso. Esta última entidad, sin embargo, no intervino en el proceso (fls. 99 a 106, *Ibíd.*).

[18] En el auto admisorio de la acción de tutela, del 23 de octubre de 2017, se ordenó notificar de la solicitud de amparo a las partes (fl 146, 159 a 178, Cdn. 1, Exp. T-6.695.687).

[19] Fl. 173, *Ibíd.*

[20] Fls. 119 a 128, Cdn. 1, Exp. T-6.530.835.

[21] Adicionalmente, indicó que con fundamento en el precedente judicial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional no es necesario que la autoridad nominadora manifieste las razones que tuvo en cuenta para el retiro del servicio de un oficial, cuando este se origina en el llamamiento a calificar servicios (fl. 127, *Ibíd.*).

[22] Fls. 163 a 176, *Ibíd.*

[23] Para tales fines: (i) adujo que las decisiones demandadas se ajustaron al precedente vigente tanto en el Consejo de Estado, como en la Corte Constitucional, (ii) el accionante cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro y, por ende, también para ser desvinculado por llamamiento a calificar servicios y (iii) consideró que su buen desempeño en la Institución, no impedía que el Gobierno Nacional ejerciera la facultad discrecional para retirarlo de la Policía Nacional.

[24] Fls. 194 a 199, Cdn. 1, Exp. T-6.695.687.

[25] Fl. 199, *Ibíd.*

[26] Fls. 236 a 240, *Ibíd.*

[27] Expuso que las providencias objeto de tutela son actos administrativos y, como tales, deben ser demandados ante los jueces ordinarios. Finalmente, resaltó que “no aparecen en

el expediente las pruebas que lleven (...) a la certeza que se va necesariamente a producirse un perjuicio grave, inminente, impostergable e inevitable (fl. 239, *Ibíd.*).

[28] Fls. 25 a 28, *Ibíd.*

[29] Fl. 28, *Ibíd.*

[30] Fls. 33 a 128 y 206 y 207, *Ibíd.*

[31] Fl. 203, Cdno 1, Exp. 6.530.835.

[32] Fls. 20 a 22, Cdno. 2, Exp. 6.530.835.

[33] Este requisito no supone que la decisión cuestionada comporte, de modo necesario, una irregularidad procesal, sino que la irregularidad que se alega por el tutelante tenga un efecto determinante en la providencia que se cuestiona.

[34] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001.

[35] Con relación a este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, regulan la materia.

[36] La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. Cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010, T-060 de 2016 y SU-391 de 2016.

[37] *Ibíd.*

[38] La tutela es un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judiciales

ordinarios. Estos últimos constituyen instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas que buscan la protección de sus derechos e intereses. Inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991. Según estas disposiciones, la acción satisface esta exigencia en caso de que no existan medios judiciales de defensa disponibles o, de existir, si resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser: (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la impostergable actuación del juez de tutela.

[39] De conformidad con lo prescrito por los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), los jueces de lo contencioso administrativo tienen competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de los actos dictados por las autoridades accionadas y, de ser el caso, ordenar el restablecimiento de los derechos afectados.

[41] Acorde con la intervención de la Policía Nacional cumple con los requisitos para recibir la asignación mensual de retiro (fls. 159 a 178, Exp. T-6.695.687).

[42] Modificado por las leyes 1792 de 2016, 1405 de 2010, 1279 de 2009, 1168 de 2007, 1092 de 2006, 987 de 2005, 940 de 2005 y 893 de 2004, entre otras leyes y decretos leyes.

[43] Se dividen en Oficiales Generales, Oficiales Superiores y Oficiales Subalternos. Los primeros son: General, Mayor General y Brigadier General. Los segundos son: Coronel, Teniente Coronel y Mayor. Los terceros, son: Capitán, Teniente y Subteniente.

[44] Comisario, Subcomisario, Intendente Jefe, Intendente, Subintendente y Patrullero.

[45] Sargento Mayor, Sargento Primero, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero y Cabo Segundo.

[46] Luego de la modificación realizada por el artículo 2 de la Ley 1792 de 2016, son: Agentes del Cuerpo Profesional y Agentes del Cuerpo Profesional Especial.

[47] Según el artículo 23 del Decreto Ley 1791 de 2001, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016, son los siguientes: 4 años para los rangos Subteniente, Teniente, Brigadier General y Mayor General; y 5 años para los rangos Capitán, Mayor, Teniente Coronel y Coronel.

[48] En la Sentencia T-437 de 2016, la Sala Octava de Revisión de esta Corte expresó que: “[d]ichas juntas «tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del “Grupo anticorrupción” que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (...), y motivada en las razones del servicio»”.

[49] Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 56.

[50] Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 57 y Ley 857 de 2003, artículo 3.

[51] Ley 857 de 2003, artículo 2.

[52] En la Sentencia C-381 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del numeral tercero del artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000, “en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción”.

[53] Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 60.

[54] Ídem, artículo 61.

[55] Ídem, artículo 63.

[56] Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 64 y Ley 857 de 2003, artículo 5.

[57] Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 65.

[58] Cfr. Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

[59] Al respecto, esta Corte ha dicho: “La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por “calificar servicios”, acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio”. Sentencia C-072 de 1996.

[60] En el caso de los Oficiales, el tiempo es el siguiente: 4 años para los rangos Subteniente, Teniente, Brigadier General y Mayor General; y 5 años para los rangos Capitán, Mayor, Teniente Coronel y Coronel.

[61] También aclaró que el retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad la renovación de personal, busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados y se constituye como una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional. Igualmente, que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es absoluto y, en consecuencia, quien es retirado de la Institución puede volver a ser reincorporado.

[62] Allí se concluyó: “(...) 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”.

[63] Por el cual se retira del servicio activo a un personal de oficiales de la Policía Nacional.

[64] En el caso de los Oficiales, el tiempo es el siguiente: 4 años para los rangos Subteniente, Teniente, Brigadier General y Mayor General; y 5 años para los rangos Capitán, Mayor, Teniente Coronel y Coronel.

[65] Entre otras, las sentencias C-525 de 1995, T-1173 de 2008 y T-871 de 2008.

[66] Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006, T-432 de 2008 y T-064 de 2007.

[67] Cfr. (...) Sobre el particular, se puede consultar la sentencia T-1168 de 2008.

[68] Sentencias T-279 de 2009, T-824 de 2009, entre otras.

[69] En la sentencia SU-075 de 2018 se compilaron los eventos en los cuales procede el cambio de jurisprudencia de unificación de este Tribunal, a saber: “(i) [cuando] se haya reformado el parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) existan transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto; o (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en estas circunstancias, se deben presentar razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente.”

[70] “Artículo 2o. Causales de retiro. Además de las causales contempladas en el Decreto-

ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos: 4. Por llamamiento a calificar servicios. || 5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales. || 6. Por incapacidad académica.”

[71] “Artículo 55. Causales de retiro. El retiro se produce por las siguientes causales: 1. Por solicitud propia. || 2. Por llamamiento a calificar servicios. || 3. Por disminución de la capacidad sicofísica. || 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez. || 5. Por destitución. || 6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo y los agentes. || 7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial. || 8. Por incapacidad académica. || 9. Por desaparecimiento. || 10. Por muerte”.

[72] Sentencia C-072 de 1996.

[73] Sentencia T-279 de 2009.

[74] Sentencias T-432 de 2008 y T-111 de 2009.

[75] Folios 55 y 56, cuaderno 1.

[76] Sobre el particular, el Tribunal Contencioso de Cundinamarca indicó que “aparecen exaltaciones y condecoraciones reconocidas de manera expresa en documentos idóneos pero, ello no constituye o se traduce que (sic) el Mayor Cepeda (sic) no pudiese ser retirado del servicio activo, ya que el mismo establecer ‘un instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se poner término al desempeño de unos para permitir el ascenso y promoción de otros, aún más cuando el señor Henry Alfonso Cepeda cumplía con los requisitos establecidos para ser retirado por llamamiento a calificar servicios’. (...) el ser buen servidor público y haber aprobado satisfactoriamente el curso de ascenso, no implica que sea obligatorio ascenderlo, pues en similares condiciones y aspiraciones habrá muchos oficiales pero, (...) la estructura organizativa de las líneas de mando (...) no permite tal flexibilidad (...). [C]abe resaltar que aunque el actor posea una excelente hoja de vida y que en el curso de ascenso hubiera sido nombrado monitor, el Gobierno Nacional puede llamar a los miembros de la Policía a calificar servicios, pues dicha figura está legalmente reglamentada y, una vez que el uniformado haya prestado los

servicios por el tiempo establecido para acceder o ser beneficiario a la asignación de retiro, puede ser desvinculado por la Institución, mediante Decreto Ministerial.” Cfr. Folio 78, cuaderno 1.

[77] En el caso sub examine, era procedente la aplicación de un juicio estricto, teniendo en cuenta que la ausencia de motivación en la determinación de sugerir el ascenso de un oficial por parte de la Junta Asesora impacta el goce de varios derechos fundamentales como el debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia. Si bien, en principio, la Junta Asesora cuenta con un grado de discrecionalidad, la facultad discrecional absoluta es incompatible con la filosofía del Estado Social de Derecho, en tanto, deviene en actuaciones arbitrarias. En tal sentido, cuando la Junta Asesora adopta una determinación sin razones explícitas que la soporten, se restringe el disfrute efectivo de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia del oficial afectado, en tanto la imposibilidad de conocer los motivos que impidieron la promoción se le impone una carga excesiva de cara al ejercicio de las acciones judiciales previstas en el ordenamiento para el restablecimiento de sus intereses. Dicho de otra manera, la impugnación judicial de la decisión resulta ser en la práctica, improcedente. La falta de justificación de la recomendación de la Junta Asesora obstaculiza el acceso a los elementos de juicio indispensables para discutir su legalidad ante la jurisdicción y, termina por invertir la carga de la prueba, haciendo más gravosa la situación del personal policial que, además de sobrellevar la decisión de no acceder al ascenso, debe demostrar que la referida actuación no se produjo con ocasión del buen servicio sino con otros móviles alejados de la finalidad de la norma, pese a que no cuenta con la información necesaria para ello.

[78] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 20 de marzo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12).

[79] El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, Sala de Descongestión en sentencia de 26 de agosto de 2014, declaró la nulidad del Decreto 2219 de 2010 por medio del cual se llamó a calificar servicios al actor y ordenó “reintegrar en el mismo cargo y grado al señor William Triana Moreno (...) y al reconocimiento de los ascensos correspondientes conforme a los reglamentos internos y de acuerdo con lo pretendido en la demanda; igualmente a pagarle todos los salarios y prestaciones sociales

dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando sea reintegrado, declarándose la no solución de continuidad”.