



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016)
Demandante : **Luis Alfredo Burgos Pabón**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional –
Tema : Retiro del servicio por voluntad del Gobierno nacional o discrecional
Actuación : Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022

SENTENCIA SUJ-26-S2

Procede la sección segunda del Consejo de Estado, conforme a los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y 14 (numeral 2) del reglamento interno del Consejo de Estado (Acuerdo 80 de 2019), mediante sentencia de unificación jurisprudencial, a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada (ff. 365 a 372 y 374 a 378) contra la sentencia de 8 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, «*sala de decisión del sistema escritural*»¹, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 1 a 38 y 160 a 162). El señor Luis Alfredo Burgos Pabón, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional –, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de los Decretos «[...] 4859 de fecha 30 de Diciembre de 2008 y 1140 de fecha 31 de Marzo de 2009, a través de los cuales se dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por Voluntad del Gobierno del [demandante, en condición de mayor] y se procedió a su motivación respetivamente, esto último en cumplimiento al fallo de tutela de fecha 20 de Marzo de 2009, proferido por el Concejo seccional de la judicatura de Nariño, sala jurisdiccional disciplinaria, que resolvió

¹ Folios 337 a 361.



conceder transitoriamente la protección al derecho fundamental al debido proceso [...]» (sic para toda la cita).

A título de restablecimiento del derecho, se declare «[...] *para todos los efectos legales y en particular para las prestaciones sociales, ascensos, antigüedad en el grado y tiempo de servicio se considere que no ha habido **solución alguna de continuidad en los servicios prestados** [...] entre la fecha de su retiro del servicio y aquella en que se produzca su efectivo reintegro [...]*», y se ordene a la demandada (i) reintegrarlo «[...] *al servicio Activo de la Policía Nacional [...] en el cargo y en el grado que venía desempeñando al momento de su retiro o al correspondiente al grado jerárquico otorgado al momento de efectuarse el reintegro definitivo*»; (ii) pagar «[...] *todos los salarios, o sueldos, primas de todo orden, bonificaciones, prestaciones legales reglamentarias, estatutarias que en todo tiempo devengue un oficial superior en el grado de **MAYOR** o al grado que corresponda al momento de su reintegro al servicio de la Policía Nacional, reajustes salariales pertinentes, subsidios prima de todo orden, vacaciones y demás emolumentos y derechos prestacionales y laborales dejados de percibir inherentes a su calidad policial, que le correspondía desde la fecha de su retiro del servicio activo, hasta cuando sea efectivamente reintegrado al grado y cargo que le correspondan por antigüedad dentro del escalafón del personal de OFICIALES de la Policía Nacional, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieran decretado con posterioridad a su separación del servicio activo [...]*»; (iii) cancelar una indemnización por perjuicios morales equivalente a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) y por daño a la vida de relación el mismo valor; (iv) ajustar las anteriores condenas «[...] *tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el Artículo 179 del Código Contencioso Administrativo*»; y (v) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA; por último, se condene en costas a la accionada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el demandante que se desempeñó como oficial de la Policía Nacional desde el 5 de noviembre de 1993 (durante 17 años y 2 meses) y su último grado fue el de mayor.

Que «Durante su actividad profesional como oficial de la Policía Nacional [...] *posee [...] 87 felicitaciones por diversos motivos. [...] 27 de ellas, son por buen desempeño laboral y de servicio policial y 60 por reconocimientos operativos, incautación de elementos ilícitos, capturas de delincuentes,*



destrucción de laboratorios para el procesamiento de alcaloides, entre otros».

Que con Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008, «[...] *el Gobierno Nacional, dispuso [su] retiro del servicio activo de la Policía Nacional [...], [mientras] se desempeñaba como Jefe Administrativo del Departamento de Policía Nariño, con fundamento en las facultades conferidas en el artículo 4 de la ley 857 de 2003*», notificado el 22 de enero de 2009, sin ser motivado.

Dice que el mencionado Decreto «[...] *se limita a enunciar que una vez evaluada [...] la trayectoria profesional de un personal de oficiales de la Policía Nacional de Colombia, la Junta Asesora del Ministro de Defensa para la Policía Nacional, mediante acta No. 015 de fecha 05 de Diciembre de 2008, recomendó el retiro del servicio activo. Quien según la junta asesora actualmente presta sus servicios en la Metropolitana de valle de aburra y luego de examinar las razones del servicio que imponen la naturaleza de la función constitucional asignada a la Policía Nacional.....Denota esto que tal examen de fondo no existió porque [él] no estaba laborando en esa unidad Policial, y mucho menos pueden evaluar razones del servicio en ese lugar cuando no los estaba prestando allí [...]*» (sic).

Afirma que el 15 de noviembre de 2008 envió el oficio 643 ADMOM DENAR al «[...] *Comandante del Departamento de Policía Nariño haciendo una solicitud, para que lo remueva del cargo, toda vez que a raíz de un procedimiento de Policía efectuado el día 12 de Noviembre en contra de la captadora de dinero DRFE en la ciudad de Pasto se habían generado unos anónimos y se estaba dando inicio a investigaciones disciplinarias y penales por presuntas irregularidades las cuales manifestó estaba dispuesto a afrontar en calidad de deponente y por el contrario nunca fue llamado al escuchado por ese comando, siendo sacado a vacaciones el día 17 de Noviembre del mismo año*» (sic).

Que el 11 de diciembre de 2008 «[...] *fue notificado en el Comando de la Metropolitana del Valle de Aburra, en la oficina de control interno disciplinario bajo el radicado número INSGE 2008-158 sobre la apertura de investigación por los hechos presentados el día 12 de Noviembre de 2008 en la ciudad de Pasto, notificación efectuada por el señor Mayor Abogado FREDDY HERNAN AGUIRRE MASTRODOMENICO, en este mismo auto de apertura de investigación disciplinaria INSGE 2158 se declara inexistente una versión que [él] solicito rendir para el esclarecimiento de los hechos presentados durante el procedimiento de Policía realizado ese día 12 de*



noviembre de 2008 y que efectivamente recibieron, lo cual de manera arbitraria e injustificada no pretenden tener en cuenta dentro de esta investigación disciplinaria. Por lo anterior se deduce que la Policía Nacional estaría en la tarea de investigar unos hechos para de ahí tomar las medidas correspondientes a que hubiese lugar y como lo consagra la ley sin violar el debido proceso, investigación que hasta ahora no ha logrado hacer ningún señalamiento ni establecer falta alguna» (sic).

*Que «Por ser una decisión adoptada mediante un procedimiento oculto, secreto y violatorio de las garantías constitucionales, los conceptos emanados en el folio de vida y calificación efectuada [...] en el último año de calificación 2008, a [él] que se desempeñaba como jefe Administrativo del Departamento de Policía Nariño, **tampoco fueron tenidos en cuenta por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, ni por el Ministro de Defensa Nacional y mucho menos por el Señor Presidente de la República**».*

Arguye que incoó acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, que el 20 de marzo de 2009 accedió parcialmente al amparo deprecado respecto del derecho constitucional fundamental al debido proceso y ordenó «[...] al Ministerio de Defensa Nacional, que [...] proceda a motivar el decreto 4859 de 30 de Diciembre de 2008, incluido el concepto de la junta asesora de esa cartera [...] y plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar [su] retiro [...], el cual debe ser notificado de conformidad con lo legalmente dispuesto», decisión confirmada el 21 de mayo de 2009 por la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Que en cumplimiento de la anterior orden de tutela, el Ministerio de Defensa Nacional expidió el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 (notificado el 23 de abril siguiente) y «[...] en un aparte de [...] su artículo primero dice que una vez evaluada la trayectoria profesional entre otros del señor Mayor LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic]..., quien prestaba sus servicios en la Policía Metropolitana del Valle de Aburra [sic] y luego de analizar las razones del servicio que imponen la naturaleza de la función...**Nuevamente se pone en evidencia que no se está evaluando ninguna trayectoria porque [él] no trabajó allí.**, con esto ha[ce] notar que la junta asesora no revisa a fondo y de manera objetiva y clara las decisiones que se están tomando».

Que «En el mismo artículo primero del Decreto 1140 del 31 de marzo de 2009



hace referencia a que además de lo anterior las razones de mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta, en los continuos llamados de atención por parte del Departamento de Policía Nariño durante el año 2008 en los cuales se demuestran los bajos resultados en [su] gestión [...] como jefe administrativo de ese Departamento, llamados de atención que se efectuaron entre otros, mediante los oficios y hace mención de [...] cuatro oficios donde se pide que explique el motivo de supuestos incumplimientos..., Es aquí donde queda evidenciada la falsa motivación que en el Decreto 1140 del 31 de Marzo se da para tratar de subsanar la decisión que se tomo [sic] en el primer Decreto 4859 del 30 de Diciembre donde no existió la motivación objetiva, clara y contundente y con los parámetros del debido proceso».

Agrega que el aludido Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 «[...] se expidió de manera ilegal, esto es, sin que lo precediera el ACTA donde la Junta Asesora examinó exhaustivamente [su] hoja de vida [...] y posteriormente recomendó su retiro de la institución [...]».

Que «[...] Los registros periódicos realizados por el evaluador en el folio de vida y que según el Decreto 1140 de fecha 31 de Marzo [sic] de 2009, deberían reflejar los bajos resultados en [su] gestión administrativa [...] que hacen parte de la etapa denominada SEGUIMIENTO y no demuestran bajos resultados administrativos, ni falta de gestión del oficial, todo lo contrario hace ver sus excelentes resultados como jefe administrativo de ese Departamento y sus virtudes como persona, reflejando siempre su capacidad profesional y su interés por el trabajo que le correspondía».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas los artículos 1, 2, 25, 29, 53, 209, 218 y 229 de la Constitución Política, 4 de la Ley 857 de 2003, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Sostiene el demandante que «[...] pese a que se permite el retiro discrecional de los integrantes de la Fuerza Pública, no significa ello, que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público de manera inconsulta o arbitraria, puesto que la comentada flexibilidad no autoriza la ruptura o el desconocimiento de los principios constitucionales» (Corte Constitucional, sentencia T-569 de 2008).



Asevera que *«El Decreto 4859 de fecha 30 de Diciembre de 2008, no se ocupa únicamente de [su] retiro [...], sino de otros 16 oficiales que laboraban en lugares distintos de la geografía Colombiana, pero en particular y casualmente salen retirados cuatro 4 oficiales del Departamento de Policía [de] Nariño quienes habían participado en diferentes procedimientos de Policía el día 12 de Noviembre de 2008 con ocasión del desplome de las captadoras de dinero en la ciudad de pasto y dos 2 oficiales más que por tener el tiempo para pensión fueron llamados a calificar servicio en el Decreto de la misma fecha, lo que hace aun más perceptible la violación al debido proceso, la falsa motivación y la arbitrariedad aplicada a través del discrecional, donde [él] nunca tuvo derecho a defenderse, contradecir, desvirtuar o demostrar la transparencia de sus actos ceñidos constitucionalmente a preservar la vida, honra y bienes de los ciudadanos como lo hizo el día 12 de Noviembre de 2008 y durante toda su carrera como oficial de la Policía Nacional, hechos que son investigados disciplinariamente con el radicado INSGE 2008-140 y que de manera arbitraria fueron sancionados por la Policía Nacional con el uso de la medida discrecional»* (sic).

Que las *«Razones del servicio que no fueron expuestas para cada caso en concreto en el acto administrativo de retiro, cuando la Honorable Corte Constitucional ha exigido por vía jurisprudencial que en cada caso el retiro debe ser objeto de análisis con el fin de que cada uno de los afectados goce de condiciones óptimas para controvertirlo»* (Corte Constitucional, sentencia T-569 de 29 de mayo de 2008).

Aduce que *«La Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los retiros discrecionales de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en relación con las funciones de los Comités de Evaluación, al considerar que son discrecionales pero no arbitrarios porque estos comités cumplen sus deberes de evaluación respetando precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración²»*.

Que *«El acto administrativo No 4859 de fecha 30 de Diciembre de 2008, por el cual se [le] retira del servicio activo de la Policía Nacional [...] advierte la presencia del acta No 015 de fecha 05 de Diciembre de 2008, la cual recomendó el retiro del servicio activo por la causal “Voluntad del*

² Sentencias C-525 de 1995; C-564 de 1998; T-1010 de 2000



*Gobierno”. Sin embargo, ni el señor Mayor ® **LUIS ALFREDO BURGOS PABON**, ni [su] apoderado [tuvieron] oportunidad de conocer el documento antes de la expedición del acto administrativo, para ejercer los mecanismos de contradicción y de defensa», por lo que «[...] no puede constituir un soporte legítimo para retirar del servicio activo a un oficial».*

Concluye que también hubo violación al debido proceso al expedir el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 en cumplimiento de la orden de tutela dada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, puesto que «[...] de ninguna manera el Gobierno Nacional podía motivar el retiro del oficial atendiendo las recomendaciones expuestas en el acta No 015 de fecha 05 de Diciembre de 2008, consideradas violatorias al debido proceso y derecho de defensa por el Juez de tutela, so pretexto de incurrir una vez más, en una actuación ilegal como en efecto incurrió y en consecuencia lo que debía hacer es proceder al reintegro del señor oficial **LUIS ALFREDO BURGOS PABON** [sic], y no hacer lo que hicieron es tanto como intentar legalizar lo ilegal, esto es corregir un acta contenedora de un soporte reprochado por todos, cuando es bien sabido por todos que hasta los intervinientes en una y otra reunión que originaron los dos actos atacados no coincidían en su totalidad y menos aceptable puede ser la motivación esgrimida (Baja Gestión administrativa), la cual está plagada de falsedad de manera integral como lo hemos venido sosteniendo y soportando».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 173 a 177). La accionada, a través de apoderado, se opone a las pretensiones y hechos de la demanda; explica que «[...] el acto administrativo impugnado fue expedido de conformidad con el artículo 1 de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003».

Que «[...] la decisión acusada fue adoptada por autoridad competente y con la plena observancia de las exigencias legales, pues el acto fue emitido por delegación del Gobierno Nacional, y se contó con la respectiva evaluación de la Junta asesora, requisito éste indispensable para la presunción de legalidad del acto acusado. El cual no podrá ser revocado o decretado nulo. Además no se comparte lo dicho por el Profesional del derecho que representa a la parte actora, cuando expone que los actos administrativos no se motivaron, toda vez que se evidencia que además de que se cumplió con la recomendación previa de la Junta asesora se cumplió con lo que ha dicho la Honorable Corte Constitucional en sus sentencias respecto a la motivación de los actos discrecionales. De todas maneras los actos administrativos se encuentran sujetos al principio de legalidad que les es exigible, ya que si observa los



mismos decretos son claros al establecer que se expiden de conformidad con el artículo 1º y 2º numerales 5º y 4º de la Ley 857 de 2.003, esta se hace por razones del servicio; motivación suficiente para expedir el acto administrativo del cual se pide su nulidad [...]».

1.6 La providencia apelada (ff. 337 a 361). El Tribunal Administrativo de Nariño, «sala de decisión del sistema escritural», en sentencia de 8 de julio de 2016, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Sostiene el a quo que «Si bien el acto administrativo por medio del cual se dispuso el retiro del servicio del actor contiene una motivación normativa, la Sala considera que los argumentos contenidos en el Decreto número 1140 de 31 de marzo de 2009, no fueron respaldados probatoriamente y, además, no son concordantes con la calificación “superior” dada en la evaluación de desempeño del actor en el último periodo de prestación de servicio».

Que «[...] No se explica la Sala, por qué ante los diferentes llamados de atención que se indicaron como fundamento del acto de retiro, los mismos no aparecen registrados en el formulario de seguimiento del evaluado y la calificación del señor Burgos Pabón se consideró superior», por el contrario, «[...] aparecen registradas felicitaciones públicas y anotaciones positivas de compromiso institucional y trabajo en equipo, por lo que la motivación del acto de retiro efectuada mediante el Decreto número 1140 de 31 de marzo de 2009, no pudo [sic] considerarse como suficiente, cierta y objetiva, pues no es concordante con otros medios de prueba».

Infiere que «La Administración omitió la realización del examen de fondo, completo y preciso de la hoja de vida del demandante, de las evaluaciones de su desempeño y cualquier otro tipo de información que permita determinar la existencia o no de motivos justificados para el retiro del servicio, los cuales deben ser congruentes con la finalidad perseguida por la Institución, esto es, con el mejoramiento del servicio».

Que «La Policía Nacional no logró demostrar que el retiro del Mayor LUÍS [sic] ALFREDO BURGOS, obedeció a razones del servicio, por tanto, si bien es claro que existe una presunción que, prima facie, permite aceptar que el retiro obedece a tal motivo, no es posible, en este caso, aplicar tal presunción, debido a que no existe coherencia entre el retiro y las calificaciones de desempeño que obtuvo el accionante. Lo anterior, aunado a que la Policía no presentó pruebas adicionales que permitieran avalar que la separación del



cargo del demandante se debió a razones de mejoramiento del servicio».

Por otra parte, advierte que respecto del restablecimiento del derecho «[...] en vista a que la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 091 de 2016, reitera que el precedente jurisprudencial sentado por ella es de obligatoria observancia para todos los operadores judiciales, en el sub lite se dará aplicación a la [sic] reglas indemnizatorias trazadas por la H. Corte Constitucional en sentencia SU - 556 de 2014 y a las que se remite el aparte transcrito de la sentencia SU-053 de 2015, de conformidad con las cuales resulta procedente ordenar el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba y el pago a título de indemnización de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha de esta sentencia, con el descuento de las sumas que por cualquier concepto laboral haya percibido la persona, sin que la indemnización pueda ser inferior a 6 meses ni pueda exceder 24 meses de salario».

Asimismo, aclaró que «[...] no resulta procedente el reintegro del demandante a un cargo de superior categoría al que venía desempeñando al momento de ser desvinculado, toda vez que en materia de ascensos en la Policía Nacional, el interesado debe cumplir con los requisitos necesarios para dicho efecto dependiendo del grado que ocupe».

1.7 Los recursos de apelación:

1.7.1 Parte actora (ff. 365 a 372). Inconforme con la anterior sentencia, el demandante, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación (parcial) para que sea modificada en el sentido de «[...] **(i)** que además del Reintegro sin solución de continuidad se ordene que se garantice los ascensos a los grados que por su antigüedad le corresponde, sin mayores observaciones que el cumplimiento del tiempo o antigüedad, y la capacitación que para su nuevo grado y cargo deba recibir. Lo anterior por cuanto no se puede valorar su trayectoria por consecuencia de su inactividad por razones obvias, **(ii)** que se dé un verdadero alcance a la no existencia de solución de continuidad y por lo tanto se reconozca y orden [sic] pagar al actor todos los salarios dejados de percibir habida cuenta que no es su responsabilidad ni la arbitrariedad cometida por la entidad condenada cuando lo desvinculó ilegalmente de la policía nacional y mucho menos de la demora el resolver el pleito jurídico por parte de la administración de justicia indistintamente de las razones que hayan dado origen a ello, **(iii)** se reconozca[n] todos los daños ocasionados que aparecen en las pretensiones de la demanda», es decir, perjuicios morales



y a la vida de relación.

Que «[...] *nuestro disenso se relaciona con la indemnización y respecto a ello lo primero y más importante a destacar tiene relación con el hecho que la jurisprudencia esgrimida en el fallo la cual es dominante en este momento histórico por parte de la corte constitucional se refiere a los reintegros en cargos de carrera cuyo nombramiento es o fue de manera provisional y este aspecto diferencia diametralmente NUESTRO CASO POR CUANTO AQUÍ SE TRATA DE UN CARGO DE CARRERA CUYO NOMBRAMIENTO ES DE CARRERA, EL SEÑOR LUIS ALFREDO BURGOS PABON NO OCUPABA UN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD*» (sic).

En lo que atañe a los perjuicios inmateriales reclamados en la demanda, asegura que «[...] *en el evento presente nos encontramos frente a un suceso el cual permite establecer con meridiana claridad que el actor [...] ha quedado totalmente desprotegido y sin ni siquiera contar con el mínimo vital que le permita derivar la continuación de su vida en condiciones medianamente dignas*».

1.7.2 Ente demandado (ff. 374 a 378). La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional –, a través de apoderado, también interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, al estimar que el «[...] *Decreto No 4859, por medio del cual y por voluntad del gobierno nacional ordena el retiro del servicio activo de la institución al MY.® LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic] motivado por la junta asesora que para estos casos debe realizarse, tuvo en cuenta diferentes llamaos [sic] de atención que fueron fundamento en la toma de decisión por parte del Gobierno Nacional en retirar del servicio activo al ya citado oficial de la Policía Nacional. Realizándose un estudio objetivo de las anotaciones al folio de vida y comportamientos que el ya mencionado tuvo durante su permanencia en la institución, los cuales generaron seis investigaciones de las cuales en tres fue encontrado como responsable de la conducta, aplicándole diferentes sanciones monetarias y anotaciones*».

Que «*La decisión de retirar del servicio activo al ex uniformado [sic], cumplió con todos y cada uno de los requisitos que tanto la jurisprudencia como el ordenamiento legal que regula esta causal, han establecido para el ejercicio de esta facultad discrecional, sin que se pueda exponer argumento con el que se pretenda desvirtuar los mismos, teniendo en cuenta que la sentencia de unificación su-053 de 2015, emitida por la [C]orte*



[C]onstitucional, claramente definió fue el estándar mínimo de motivación, lo que implica que sólo basta con señalar algunas de las razones principales por las que la institución tomó la determinación de desvincularlo del servicio activo, pero todas las demás que existan en un caso en concreto, pueden y deben ser expuestas para efectos de sustentar la legalidad del acto administrativo de retiro».

Insiste en que «Los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional y por razones del servicio otorgado en la ley, se presumen expedidos en aras del buen servicio público», por lo que le corresponde al accionante «[...] incorporar la prueba que así lo demuestre, situación que no ocurre en el presente caso al no existir prueba de desviación de poder, incompetencia o violación al trámite establecido para el efecto». Asimismo, «No es indispensable, que, ni en el acto de remoción, ni en la previa recomendación de la Junta de Evaluación respectiva, se expresaran los motivos de la aplicación de la medida discrecional».

Que «Examinado el Decreto 1791 de 2000, Ley 578 de 2.000, Ley 857 de 2.003 y Decreto 1800 de 2.000, en parte alguna se observa que en el acta de la Junta de evaluación y clasificación para la Policía Nacional, deban establecerse particularmente las razones del servicio relacionadas con la situación de cada uniformado de la Policía», ni la Corte Constitucional «[...] ha establecido requisitos adicionales a los señalados en las normas pertinentes, simplemente ha afirmado que las recomendaciones de la Junta competente se deben fundamentar en los principios de razonabilidad y proporcionalidad eliminando cualquier arbitrariedad»; por lo tanto, «[...] no es válido añadir requisitos y procedimientos no establecidos en la ley, al ejercicio de la facultad consagrada en el Decreto 1791 de 2000, Ley 578 de 2.000, Ley 857 de 2.003 y Decreto 1800 de 2.000 ya que [es] una facultad que en principio se determina como discrecional se convertiría en reglada», todo lo anterior con fundamento en el precedente judicial del Consejo de Estado acerca del tema.

Manifiesta que «[...] el concepto de buen servicio no se ciñe solo a las calidades laborales del servidor sino que comporta situaciones de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador, no debe confundirse esta facultad con arbitrariedad antojadiza, por ello se tiene previamente un concepto emitido por la Junta de Evaluación y Calificación, además la autoridad que la ejerce es libre para apreciar, valorar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión [...]».



Que «[...] el ejercicio de esta facultad no solo se da como consecuencia de una evaluación del deber y compromiso de los funcionarios sino que además, las faltas disciplinarias a las que tanto alude el actor, le sirve a la [sic] Honorable Juez como elementos de juicio, como antecedentes de la prestación de la labor, en otras palabras las faltas disciplinarias y anotaciones en la hoja de vida del servidor permiten hacer inferencias acerca de su moralidad, eficiencia y disciplina, **“...parámetros directamente relacionados con el mantenimiento o remoción del personal”³**».

En lo concerniente al precedente jurisprudencial sobre el pago de indemnizaciones, expone que se debe dar aplicación a la sentencia SU-556 de 2014.

II. TRÁMITE PROCESAL.

Los recursos de apelación fueron concedidos mediante proveído dictado en audiencia de conciliación de 20 de septiembre de 2016 (f. 392 y vuelto) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 20 de febrero de 2017 (f. 401), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 2 de mayo de 2017 (f. 403), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por los sujetos procesales.

2.1.1 Parte accionante (ff. 404 a 417). El actor, mediante apoderado, reitera los argumentos expuestos en el libelo introductorio y agrega que *«La falsa Motivación es clara y evidente, siempre y cuando se haga una revisión minuciosa y juiciosa de las supuestas fallas presentadas por [él], pues [...] no hubo ni llamados de atención, ni investigaciones disciplinarias, ni registros negativos en el folio de vida, lo que pone en duda la originalidad de este supuesto documento. Según lo justifican en el oficio 001122 COMAN DENAR del 03-05-08 donde se habla de falta de compromiso de la unidad de mando, esto riñe completamente con la FELICITACION PUBLICA que si*

³ Expediente: 200210342-01. Referencia: 0948-2009. Actor: ÓSCAR JULIÁN DÍAZ MONCADA. Resuelve Recurso de Apelación. Bogotá D.C. 18 de Noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



aparece registrada en el folio de vida justamente en la misma fecha y se reconoce la labor desempeñada en el primer trimestre dejando posicionado al departamento como uno de los mejores manejados en la parte administrativa a nivel nacional» (sic).

Advierte que realmente «NO FUERON BAJOS RESULTADOS LO QUE MOTIVO [su] RETIRO [...], LA DECISION OBEDECIO A QUEJAS ANONIMAS PRESENTADAS LUEGO DEL OPERATIVO QUE PERMITIO EL DESMONTE DE LA LLAMADA PIRAMIDE DRFE» (sic).

Que al expedir el segundo acto administrativo acusado en cumplimiento de la orden de tutela dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, la Administración estaba en «[...] La obligación [...de] plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar [su] retiro [...], siempre y cuando existiera la recomendación de una nueva Junta Asesora, la cual también se haría constar en un acta, donde se expusieran las razones para mantener en firme el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por Voluntad del Gobierno».

Reitera su petición de no limitar la condena impuesta a la entidad demandada por concepto de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar al término de los 24 meses, ni realizar descuento alguno, así como ordenar «[...] de manera expresa y clara el derecho a obtener los asensos [sic] al grado que le corresponde según la antigüedad y que en consecuencia debe ser llamado para que adelante los correspondientes cursos de formación sin tener en cuenta calificaciones de operatividad y demás por substracción de materia al no haber laborado los últimos años y este cese de actividades ser atribuible única y exclusivamente a la entidad condenada».

2.1.2 Entidad demandada (ff. 428 a 440). La accionada, a través de apoderado, insiste en los planteamientos expuestos en el escrito de alzada, y manifiesta que «[...] no puede ser evaluada la actuación de la administración bajo los criterios de la SU 053 2015, sino con los criterios que la jurisprudencia había señalado para la fecha cuando se consolidó el acto acusado, el cual era que los actos discrecionales previo cumplimiento de los requisitos legales, es decir, que existiera la recomendación de la junta respectiva, con cualquier tiempo de servicio del uniformado y que esta recomendación fuera acogida por el nominador, posición que se mantuvo hasta el año 2009, para lo cual debía considerarse la hoja de vida, las evaluaciones y los antecedentes de los funcionarios; sin que se exigiera de



manera expresa la obligación de motivar ese tipo de decisiones».

Que a pesar de que el segundo Decreto que retiró del servicio al actor fue motivado, el *a quo* afirmó que «[...] *no fueron respaldados probatoriamente y, además, no son concordantes con la calificación “superior”*», lo cual «[...] *difiere de la verdad, en cuanto a los oficios: No 00917 COMAN DENAR, del 14 de abril de 2008; No 00001122 COMAN DENAR, del 03 de mayo de 2008; No 00001649 COMAN DENAR, del 23 de julio de 2008; No 001782 COMAN DENAR, del 05 de septiembre de 2008, PUES ÉSTOS REPOSAN EN EL EXPEDIENTE*», en los cuales se le hizo llamados de atención y requerimientos acerca del cumplimiento de actuaciones bajo su cargo.

Agrega que «[...] *si el retiro no se debió a las fallas contra el servicio por los reiterados llamados de atención de los que fue objeto el Actor y a la pérdida de confianza sobre el desempeño del funcionario, entonces a ¿qué otro motivo tendría la administración para prescindir de los servicios del Actor, que no fueran por la afectación del mismo, gracias a su comportamiento, poco compromiso y displicencia demostrada con su falta de gestión y resultados, en los procesos que tenía a cargo?*».

2.1.3 Ministerio Público (ff. 442 a 450 vuelto). El señor procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público dentro de este proceso, es del criterio que se debe revocar la sentencia que accedió a las pretensiones de la acción, por cuanto «[...] *los estándares mínimos exigidos por la Corte Constitucional, a través de sus jurisprudencias, no incluye[n] lo reclamado por el demandante, en cuanto debían ponérsele de presentes las pruebas en su contra y concederle recursos para su defensa debida, pues esas diligencias adelantadas por la Junta Asesora o Comité de Evaluación, según corresponda, son exigibles en una actuación administrativa ordinaria, pero no en la construcción de un criterio para formular una recomendación sobre permanencia o retiro del servicio, pues en esa etapa no es necesario el procedimiento administrativo regular, debido a que son diligencias de trámite para que la autoridad nominadora tome en consideración sin que la obligue; así es que los reclamos de la parte actora sobre ese aspecto de la violación al debido proceso no están llamados a prosperar*».

Que «[...] *la Corte Constitucional se refirió a un estándar mínimo de motivación, lo hizo en el sentido que el funcionario de la Policía Nacional que es competente para expedir actos discrecionales, debe hacerlo sin apartarse*



“de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y el respeto a la ley y la Constitución Política”, lo que significa que estos elementos de formación de su juicio no pueden dejarse de lado, aún [sic] no se expresen en el acto de retiro, pues vienen implícitos en la recomendación de la Junta Asesora que debe atender su tarea con base en esos principios y los generales de la función, pues es lo mínimo esperado de una institución que obre de manera ponderada y equilibrada».

Asegura que «El Decreto 1140 de 2009, expedido en acatamiento a una orden judicial, desde nuestra perspectiva abundó en motivación, que aun fuera para la parte demandada insuficiente y carente de supuestos fácticos, si fueron hechos claros ocurridos en el devenir laboral del actor, como puede verse a folios 87 a 89, en los documentos en los cuales se podía entender que el superior jerárquico y funcional pedía explicaciones a deficiencias concretas en el ejercicio de tareas administrativas y presupuestales, lo cual constituye motivos suficientes y motivación expresa en el acto de retiro» (sic).

Que «[...] no fueran realizadas las anotaciones negativas en la hoja de servicios pudo obedecer a la generosidad de no dañarla y el espacio para corregir la conducta, pero no quiere decir que los hechos no existieron, pues los documentos relativos a la pedida de explicaciones si [sic] fueron aportados al expediente, [...] así es que las argumentaciones teóricas de la parte accionante no dan convencimiento a esta dependencia del Ministerio Público sobre la perfecta hoja de vida del actor ni el comportamiento intachable que pregonó en sus escritos, pues errar es de humanos y enarbolar banderas de conductas sin yerros no es convincente».

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Asimismo, tal como se indicó en auto de 15 de febrero de 2018 (ff. 452 a 458), la sección segunda de esta Colegiatura resulta competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en el reglamento interno del Consejo de Estado (acuerdo 80 de 2019)⁴, que en lo pertinente prevé:

⁴ Cabe recordar que esa función unificadora fue fortalecida a través de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), al establecerla de manera expresa en sus



Artículo 14. Otros asuntos asignados a las secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

(...)

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

(...) [subraya la Sala].

Artículo 15. División y funcionamiento de la sección segunda. La Sección Segunda se dividirá en dos (2) Subsecciones, que se denominarán A y B, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Consejeros. En caso de retiro de un Consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva Subsección.

PARAGRAFO 1. Cada Subsección decidirá, los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:

1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros.

(...) [se destaca].

Lo anterior, por cuanto en aquellos litigios, como el presente, referentes a la legalidad de actos administrativos por medio de los cuales se dispone el retiro del servicio de miembros de la fuerza pública⁵ por voluntad del gobierno, la Corte Constitucional ha estimado que se debe colmar un estándar mínimo de motivación⁶, criterio que en principio no es congruente con el imperante en el Consejo de Estado acerca de la no motivación de dichos actos por ser

artículos 270 y 271, además con la posibilidad de que sus efectos sean extendidos a otros casos que guarden analogía fáctica y jurídica con el asunto que fue materia de unificación (artículos 102 y 269).

⁵ Comoquiera que, de conformidad con el artículo 216 de la Constitución Política, «La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», y en atención a que el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro del personal de aquellas instituciones es análogo, en la medida en que la desvinculación debe estar precedida de la recomendación de la respectiva junta o comité para cada una (y según se trate de oficiales o suboficiales) y se materializa por acto administrativo que proviene del Gobierno nacional, del director general de la Policía Nacional o del Ministerio de Defensa Nacional, cuando en la presente providencia se hable de fuerza pública se hace referencia tanto a las fuerzas militares (integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea Colombia) y la Policía Nacional.

⁶ Al respecto, ver sentencias SU-053, SU-172 y SU-288 de 2015, SU-091 y SU-217 de 2016.



expedidos en ejercicio de una facultad discrecional⁷, por lo que resulta indispensable delimitar el asunto en una sentencia de unificación jurisprudencial con el fin de dar certeza jurídica y, por ende, preservar la garantía constitucional fundamental a la igualdad de las personas que acuden a la justicia contencioso-administrativa.

Por lo tanto, esta sección asumió competencia con el propósito de unificar jurisprudencia y delimitar las correspondientes reglas judiciales en torno a los siguientes puntos de derecho: (i) la motivación o no tanto de la recomendación de la respectiva junta asesora o comité de evaluación como del acto administrativo de retiro; (ii) de ser afirmativa la anterior cuestión, los criterios que debe cumplir dicha motivación; y (iii) de qué manera es dable garantizar en estos eventos el derecho de contradicción del destinatario de esta clase de decisión discrecional.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica para deprecar la ilegalidad de los actos administrativos por medio de los cuales fue retirado del servicio activo, en su condición de oficial de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno nacional con fundamento en la Ley 857 de 2003 (artículos 2.º, numeral 5, y 4.º), que considera fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder; o por el contrario, tal como lo aduce la accionada, se emitieron en ejercicio de la facultad discrecional con el propósito de mejorar el servicio, dados los llamados de atención de que fue objeto el actor.

3.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de determinar la regla judicial aplicable a asuntos similares al presente y establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

⁷ Consular los siguientes fallos de la sección segunda de esta Corporación: (i) subsección B, 21 de mayo de 1998, expediente 16833, consejero ponente Carlos Orjuela Góngora; (ii) subsección A, 30 de abril de 1998, expediente 15257, consejera ponente Dolly Pedraza de Arenas; (iii) subsección B, 10 de agosto de 2006, expediente 25000-23-25-000-2002-00500-01 (4936-04), consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante; (iv) subsección B, 19 de junio de 2008, expediente 50001-23-31-000-2003-30156-01 (0893-07), consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante; (v) subsección A, 25 de marzo de 2010, expediente 25000-23-25-000-2001-02031-01 (1398-08), consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (vi) subsección A, 7 de octubre de 2010, expediente 76001-23-31-000-2004-01835-02 (2264-08), consejero ponente Alfonso Vargas Rincón; (vii) subsección A, 18 de mayo de 2011, expediente 54001-23-31-000-2001-00054-01 (1065-10), consejero ponente Alfonso Vargas Rincón; (viii) subsección B, 3 de noviembre de 2011, expediente 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09), consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez; y (ix) subsección A, de 22 de julio de 2015, expediente 25000-23-25-000-2000-00207-01(1615-03), consejero ponente (e) Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



3.3.1 Retiro del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

En principio, la Sala precisa que por medio del Decreto 41 de 1994 (diario oficial 41.168 de 11 de enero de 1994), se modificaron las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, y en sus artículos 75 y 76 se estableció el retiro de los mencionados servidores y sus causales, en su orden, reformados por los artículos 6⁸ y 7⁹ del Decreto 573 de 1995¹⁰.

A través de la Ley 578 de 2000¹¹, el legislador otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para regular, entre otras materias, el régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y la Policía Nacional, por lo que en virtud de dicha habilitación, el Gobierno nacional profirió el Decreto ley 1791 de 2000¹², mediante el cual modificó algunas normas del régimen de carrera de los miembros de la Policía Nacional y, en su artículo 54, sobre el retiro del servicio, dispuso:

Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

⁸ «El artículo 75 del Decreto 41 de 1994 quedará así:

Artículo 75. Retiro. Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte.

Parágrafo. Los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno Nacional».

⁹ «El artículo 76 del Decreto 41 de 1994 quedará así:

Artículo 76. Causales de retiro. El retiro del servicio activo del personal de oficiales y suboficiales, se produce por las siguientes causales:

1. Retiro temporal con pase a la reserva:

a) Por solicitud propia;
b) Por llamamiento a calificar servicios;
c) Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial;
d) Por incapacidad profesional;
e) Por inasistencia al servicio por mas [sic] de cinco (5) días sin causa justificada.

2. Retiro absoluto:

a) Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez;
b) Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres;
c) Por conducta deficiente;
d) Por destitución;
e) Por suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, superior a ciento ochenta (180) días;
f) Por voluntad del Gobierno o la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso;
g) Por muerte».

¹⁰ Diario oficial 41.795 de 6 de abril de 1995.

¹¹ «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».

¹² «Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional».



El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte.

Por su parte, el artículo 55 del Decreto ley 1791 de 2000 estableció como causales de retiro del servicio activo de la Policía Nacional, las siguientes:

1. Por solicitud propia.
2. Por llamamiento a calificar servicios [¹³].
3. Por disminución de la capacidad sicofísica.
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
5. Por destitución.
6. Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes [¹⁴].
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.

Asimismo, el artículo 95¹⁵ del mencionado Decreto preceptuó que derogaba el Decreto 573 de 1995, así:

El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47,

¹³ «Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio».

¹⁴ «Artículo 62. Retiro por voluntad del gobierno, o de la dirección general de la policía nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados».

¹⁵ Corregido por el artículo 1° del Decreto 440 de 2001.



relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990; 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias [se subraya].

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia C-253 de 25 de marzo de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, declaró inexequibles las siguientes expresiones:

[...] la expresión “573” contenida en el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000.

[...]

a. “573 y” contenida en el parágrafo del artículo 50 del Decreto 1791 de 2000.

b. “de los oficiales” ; “por decreto del Gobierno; y el” ; “suboficiales” contenidas en el segundo inciso, y “El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte”, contenidas en el tercer inciso, del artículo 54 del Decreto 1791 de 2000.

c. “del Gobierno para oficiales y” y “los suboficiales” contenidas en el numeral 6° del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

d. “oficiales, suboficiales y” contenida en el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000.

e. “Cuando se trate de oficiales, se requerirá concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.” Contenidas en el inciso final del artículo 59 del Decreto 1791 de 2000.

f. “el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o” ; “los suboficiales” ; “de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o” y “para los demás uniformados” Contenidas en el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000.

g. “1. Cuando pierda por segunda vez el concurso para el ascenso al grado de Teniente Coronel.”, contenidas en el numeral 1° del artículo 64 del Decreto 1791 de 2000.

Lo anterior al considerar:



[...] el Presidente de la República al derogar el Decreto 573 de 2000 rebasó las facultades extraordinarias que le otorgó el legislador, toda vez que dicha norma no se encontraba en la precisa lista de decretos sobre los cuales podía ejercerse la facultad legislativa extraordinaria.

Así las cosas resulta claro para la Corte que la expresión “573” demandada, por medio de la cual se ordenó tal derogatoria, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

[...]

La Corte constata, en efecto, que en el Decreto 1791 de 2000, “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, se regularon en el capítulo VI denominado “de la suspensión, retiro, separación y reincorporación”, las materias de las que se ocupó el Decreto 573 de 1995 para el caso de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

[...]

Por su parte el capítulo VI del Decreto 1791 de 2000 denominado “de la suspensión, retiro, separación y reincorporación”, reguló en los artículos 50 a 65 el tema de la suspensión y retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional como del personal del nivel ejecutivo y a los agentes de la institución. Así: [...] el artículo 55 de las causales de retiro [...], el artículo 57 del retiro por llamamiento a calificar servicios [...], el artículo 62 del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional [...].

Dado que en lo que se refiere a los oficiales y suboficiales de la policía nacional, como ya se explicó no era posible derogar, modificar o adicionar la regulación contenida en el Decreto 573 de 1995, pues el Presidente de la República no tenía facultades para ello, la regulación contenida en el capítulo VI del Decreto 1791 en lo que se refiere al caso de dichos oficiales y suboficiales vulnera la Constitución.

[...]

En consecuencia, siguiendo reiterada jurisprudencia en la materia la Corte procederá a efectuar la unidad normativa¹⁶ y a declarar la

¹⁶ Ha dicho la Corte que : “La unidad normativa procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. En los otros casos, esto es, cuando la relación entre las proposiciones jurídicas no es tan estrecha, la unidad normativa no procede, salvo si la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece prima facie de una constitucionalidad discutible. La unidad normativa no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexequibilidad. La unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos



inexequibilidad de los apartes referidos de los artículos del decreto 1791 de 2000 que regularon las materias contenidas en el Decreto 573 de 1995, a que se ha hecho referencia¹⁷.

Conforme a lo expuesto en el citado fallo, el legislador extraordinario carecía de facultad expresa para derogar, modificar o adicionar el Decreto 573 de 1993 (concerniente a la carrera de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional), pues solo la tenía respecto de los Decretos «1211/90, 85/89, 1253/88, 94/89, 2584/93, 575/95, 354/94, 572/95, 1214/90, 41/94, 574/95, 262/94, 132/95, 352/97, 353/94» (artículo 2.º de la Ley 578 de 2000).

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 857 de 2003, *«Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones»*, que estableció:

normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece *prima facie* de una dudosa constitucionalidad.” Sentencia C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido la Corte en la Sentencia C-128/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett. Señaló . “Conforme a reiterada jurisprudencia, la unidad normativa es de carácter excepcional y procede para (i) para evitar que el fallo sea inocuo; (ii) o cuando es necesaria para completar la proposición jurídica demandada; (iii) o cuando la disposición no acusada se encuentra estrechamente vinculada a la norma demandada y es constitucionalmente sospechosa”.

¹⁷ La Corte ha aplicado un criterio similar en otras circunstancias. Así cabe recordar por ejemplo que esta Corporación en la Sentencia C-896/01 efectuó la unidad normativa entre la expresión demandada “*las demás normas que le sean contrarias*” y los artículos 10, 11 y 53 de la Ley 617 de 200, pues eran éstas las disposiciones que directamente tenían incidencia en el régimen presupuestal de la Personería Distrital de Bogotá y, por ende, de las que se predicaba el cargo de la demanda. Dijo la Corporación en esa ocasión: “*El demandante sostiene que el artículo 96 de la Ley 617, en cuanto dispone la derogación de “las demás disposiciones que le sean contrarias”, deroga tácitamente el artículo 104 del Decreto 1421 de 1993, “Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa fe de Bogotá”, lo cual es inconstitucional porque atenta contra la autonomía de la Personería Distrital, reconocida por las Leyes 166 y 177 de 1994 y consagrada constitucionalmente por el artículo 118 superior.*

Ahora bien, aunque el demandante no señala exactamente cuáles de los artículos de la Ley 617 quebrantan – a su juicio- la autonomía presupuestal de la Personería Municipal de Bogotá, es claro que el cargo formulado en la demanda se estructura sobre la base de que la expresión “*y las demás disposiciones que le sean contrarias*”, vincula todas aquellas normas de la Ley 617 que establecen modificaciones a la estructura presupuestal de dicha entidad. Así lo entendieron además los intervinientes del proceso, en vista de la claridad en la relación de los contenidos de la normas.

En atención al principio “*pro actione*”, según el cual, las normas procesales son instrumentos que tienden a la realización del derecho sustancial y debe dárseles el uso que permita la resolución del fondo del asunto, principio formulado por la Corte en la Sentencia C-538 de 1994 y aplicado por ésta misma en la Sentencia C-540 de 2001, este Tribunal entiende que la expresión demandada “*y las demás disposiciones que le sean contrarias*” debe interpretarse como constitutiva de una unidad normativa con los artículos 10, 11 y 53 de la Ley 617, pues son éstas las disposiciones que directamente tienen incidencia en el régimen presupuestal de la Personería Distrital de Bogotá y, por ende, de las que se predica el cargo de la demanda, cual es el de la supuesta derogación del artículo 140 del Decreto 1421 de 1993, refrendado por las leyes 166 y 177 de 1994 y reconocido en el artículo 118 constitucional”. Sentencia C-896/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra A.V. M. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería.



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

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

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

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

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

4. Por llamamiento a calificar servicios.
5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.
6. Por incapacidad académica.

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

Artículo 4°. Retiro por voluntad del gobierno o del director general de la policía nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.



El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

Parágrafo 1º. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.

Parágrafo 2º. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.

De la anterior normativa se destaca que el personal uniformado de la Policía Nacional puede ser desvinculado del servicio activo, entre otras razones, por llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o del director general de esa institución, causales frente a las cuales es menester realizar el estudio acerca de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se materializan¹⁸.

3.3.2 Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios.

Cabe anotar que el retiro por llamamiento a calificar servicios de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, tal como lo consagra el precitado artículo 3.º de la Ley 857 de 2003, procede cuando el servidor colme los requisitos para acceder a la asignación de retiro, los cuales están consagrados en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, *«por medio del cual se fija el régimen*

¹⁸ En el caso de las fuerzas militares su regulación se encuentra contemplada en el Decreto ley 1790 de 2000, la cual resulta ser materialmente similar a la de la Policía Nacional, al establecer la posibilidad del retiro por **llamamiento a calificar servicios** cuando se hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro (artículo 103) y **el retiro discrecional**, que sobre este último el artículo 104 dispone: «Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto».



pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública», en los siguientes términos:

Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:
[...]

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:
[...]

En aplicación de los criterios de interpretación legal señalados en la Ley 57 de 1887¹⁹, se tiene que el artículo 3.º de la Ley 857 de 2003 no impone a la Administración el deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su expedición está reglada y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en procura de mejorar el servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de

¹⁹ En especial la interpretación gramatical («Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu») y del significado de las palabras («Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal»), previstas en los artículos 27 y 28.



la Policía Nacional o de cualquier fuerza armada por su esquema piramidal y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos²⁰.

En efecto, esta Corporación, en sentencia de 20 de marzo de 2013²¹, explicó:

Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Por lo tanto, esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante²², por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, ya que se presume expedido con la finalidad de mejorar el servicio «[...] y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la

²⁰ En similar sentido discurrió esta sección en sentencias de 29 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-000-2000-00032-01(03132-05), C. P. Tarsicio Cáceres Toro; 5 de julio de 2007, expediente 25000-23-25-000-2000-08973-01 (9020-05), C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado; 1º de marzo de 2012, expediente 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 21 de noviembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-01375-01 (0197-13), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (e); 11 de agosto de 2015, expediente 11001-03-15-000-2013-01431-00 (AC), C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (e); 4 de mayo de 2017, expediente 25000-23-42-000-2013-00111-01 (0318-14), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter; entre otras.

²¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

²² Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, expediente 11001-03-15-000-2016-00387-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.



prueba que así lo demuestre»²³.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU- 91 de 25 de febrero de 2016²⁴, precisó su jurisprudencia acerca de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la Administración dispone el retiro de servidores de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, así:

[...] al aplicarse el *llamamiento a calificar servicios* como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

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

3.10.2 De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia²⁵ en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a

²³ Sección segunda, sentencia de 8 de abril de 2010, C. P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 25000-23-25-000-1999-06200-01 (0505-04).

²⁴ Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T- 317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.



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

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten [26].

En este orden de ideas, actualmente, coincide el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional con el de esta Corporación, en el sentido de que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios se presumen expedidos en aras del mejoramiento del servicio oficial, por lo que no es necesaria su motivación expresa, toda vez que dicho llamamiento comporta una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, sin que esto implique una potestad arbitraria que esconda otras razones de fondo diferentes a los requisitos legales para su configuración, y en caso de que ello ocurra el afectado tendrá la posibilidad de demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, eso sí con la carga probatoria tendiente a desvirtuar la aludida presunción de legalidad.

Dicho en otras palabras, el llamamiento a calificar servicios si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y, para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse el principio de proporcionalidad (en armonía con el mandato contenido en el artículo 36 del Código Contencioso

²⁶ Criterio reiterado por ese mismo cuerpo colegiado, a través de fallo SU-217 de 28 de abril de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado: «[...] 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».



Administrativo²⁷, hoy 44 de la Ley 1437 de 2011²⁸), tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual se presume expedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta, ni de la correspondiente recomendación de la junta asesora.

3.3.3 Retiro del servicio por voluntad del Gobierno o discrecional.

De conformidad con el artículo 4.º de la Ley 857 de 2003, citado en precedencia, el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno y del director general de la institución, respectivamente²⁹, debe ser, de igual modo, por razones del servicio, de manera discrecional y para ello debe mediar recomendación de desvinculación de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía, cuando se trate de los primeros, o de la junta de evaluación y clasificación, para los segundos.

En relación con las razones de servicio que subyacen en el trámite de retiro del servicio por voluntad del Gobierno o del director general de la Policía Nacional, la Corte Constitucional, en sentencia C-525 de 16 de noviembre de 1995³⁰, con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Mesa, explicó:

En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan

²⁷ «Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

²⁸ «Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

²⁹ En la regulación de las fuerzas militares, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 lo denominó retiro discrecional.

³⁰ Pese a ser dictada respecto de la constitucionalidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995, estos resultan materialmente similares al artículo 4º de la Ley 857 de 2003, particularmente, en lo que se refieren a las condiciones de retiro.



contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, suboficiales o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno o la Dirección General de la Policía, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo del respectivo Comité con lo cual se evita la arbitrariedad. Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función.

De la precitada providencia se deduce que el concepto previo de las aludidas juntas debe estar inspirado en razones del servicio, atañederas a condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y exigencias de confiabilidad y de eficiencia en la labor encomendada, en armonía con la misión constitucional y legal de la institución policial, por ello la decisión que se adopte respecto de la desvinculación del mencionado personal si bien es de carácter discrecional, no puede traducirse en arbitrariedad, pues siempre debe estar orientada al mejoramiento del servicio público.

El anterior derrotero fue reiterado en fallo C-179 de 8 de marzo de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, al estudiar la constitucionalidad del inciso primero del artículo 4.º de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 de Decreto ley 1790 de 2000, en el que la Corte sostuvo:

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más



amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.

[...]

3.5. Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

Por las consideraciones expuestas, no encuentra la Corte vulneración de los derechos constitucionales aludidos por el demandante, por cuanto, la Constitución Política faculta al legislador para establecer otras causales de retiro del servicio de servidores públicos, distintas a las establecidas por el artículo 125 de la Carta, sin que ello implique vulneración del principio constitucional a la estabilidad laboral. Las normas acusadas no desconocen el debido proceso, pues como lo ha sostenido la Corte en el examen de normas de similar contenido a las que ahora se analizan, el retiro del servicio previsto en ellas no es producto de una sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario, sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Tampoco resulta vulnerado el derecho de igualdad porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función. Finalmente, el derecho al trabajo no se afecta pues los miembros de la Fuerza Pública no tienen “[u]n



derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal”³¹

Ahora bien, en principio, la Corte Constitucional, en sentencias C-175 de 1993, C-525 de 1995 y C-179 de 2006 expresó que la facultad discrecional en el retiro de los servidores de la fuerza pública no puede confundirse con arbitrariedad, pues deben cumplirse los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, aunque en el respectivo acto administrativo no sea necesaria la motivación expresa, pero ante acciones de tutela en las que los solicitantes requerían la posibilidad de conocer la justificación de su retiro para ejercer sus derechos de defensa y contradicción, la Corte, en fallos T-995 de 2007, T-432 de 2008, T-1168 de 2008, T-111 de 2009 y T-638 de 2012, exigió que para colmar aquellos parámetros, la correspondiente junta asesora o de evaluación debía realizar un examen objetivo y razonable de las hojas de vida, las pruebas y los documentos pertinentes, cuyo informe podría ser conocido por el afectado, pese a su carácter reservado.

Comoquiera que el retiro por voluntad del Gobierno o del director general de la Policía Nacional es de naturaleza discrecional, esta Corporación ha precisado que el sistema normativo no exige de la Administración «[...] *dejar constancia de las razones objetivas por las cuales optó por la recomendación de retiro ni [...] notificar su concepto a los funcionarios implicados*»³²; sin embargo, la Corte Constitucional³³ ha señalado que aunque no resulta obligatorio motivar de manera expresa tales actos administrativos, esto es, que en su texto se enuncien las razones concretas por las cuales el Gobierno nacional hace uso de esa facultad, también lo es que las causas ciertas y objetivas deben estar contenidas en las diligencias que los anteceden (verbigracia, en los conceptos previos que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación institucionales) y dadas a conocer oportunamente al uniformado, pues solo con ello este tiene la posibilidad de entender por qué se considera necesario disponer su retiro del servicio oficial.

La anterior postura (a juicio de dicha Colegiatura) garantiza la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y defensa del servidor retirado de la fuerza pública, pues en caso de estimar que la orden de desacuartelamiento tiene origen en la arbitrariedad del nominador y no en la discrecionalidad por razones del servicio o la protección del interés general,

³¹ C-525/95

³² Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 26 de marzo de 2009, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 25000-23-25-000-2004-05256-01 (509-08).

³³ Corte Constitucional, sentencias T-824 de 2009, T-723 de 2010 y T-265 de 2013, entre otras.



que se presume de esos actos, podrá acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa con el fin de determinar si, en efecto, no existieron razones válidas o legales para apartarlo de su empleo.

Pese a que el Consejo de Estado ha sido constante en precisar que los actos administrativos que disponen el retiro del personal uniformado de la fuerza pública, por voluntad del Gobierno o discrecional, no deben ser motivados de manera expresa, también ha sostenido que ello no quiere decir que carezcan de motivos, los cuales además deben colmar los atributos de certeza y objetividad, con el propósito de que no impliquen un capricho de la Administración (arbitrariedad), que claramente contraviene el concepto de discrecionalidad, y en aras de determinar si dichos actos resultan contrarios a la realidad fáctica que los fundamenta, es dable valorar todos los documentos que permitan entreverla, incluida la hoja de vida, las evaluaciones de desempeño y demás registros u oficios. En este sentido, entre otros fallos, se encuentra el de 8 de mayo de 2003³⁴, reiterado el 9 de abril de 2014³⁵, en el que se explicó:

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de

³⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-25-000-1998-7979-01 (3274-02), C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

³⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2001-02294-02 (1010-10), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.



límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho** que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional **en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos**, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir **la motivación** del acto sino la justificación de **los motivos**, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar



las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.

Ahora bien, en sentencias SU-053 de 12 de febrero de 2015 y SU-172 de 16 de abril del mismo año³⁶, en iguales términos, la Corte Constitucional reconoció que «[...] *en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares*», ya que «[...] *ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado*». Sin embargo, advirtió que «*Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápites atrás*».

Así las cosas, esa Corporación delimitó «***el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional*** [...]»³⁷, en los siguientes términos:

[...] conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- i. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional **no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal**. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.
- ii. La motivación **se fundamenta en el concepto previo** que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.
- iii. El acto de retiro debe cumplir **los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad**, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

³⁶ M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁷ Reiterado en fallos SU-288 de 14 de mayo de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo, y SU-091 de 25 de febrero de 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



iv. **El concepto** emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, **no debe estar precedido de un procedimiento administrativo**, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional³⁸. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar **soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores**, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, **en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.**

vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran [sic] tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

vii. Si bien **los informes o actas expedidos por los comités de evaluación** o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, **deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos**. Ello implica que **se confronten** las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y **los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro** [destaca la Sala].

Ante este panorama jurisprudencial, resulta menester armonizar el criterio de esta Corporación a la luz de los postulados constitucionales tendentes a proteger tanto el interés público como los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de quienes son separados del servicio militar y policial en ejercicio de la facultad discrecional, en la medida en que el «*estándar mínimo de motivación*» al que alude la Corte Constitucional, permite que el interesado pueda conocer los soportes que sirvieron de fundamento a la respectiva recomendación de retiro y el consecuente acto de desvinculación, para que posteriormente pueda ventilar sus inconformidades

³⁸ Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.



ante el juez de lo contencioso-administrativo, y este a su turno pueda valorar de manera objetiva si la motivación del acto administrativo estuvo inspirada en el mejoramiento del servicio público o encubre una finalidad contraria a las necesidades del servicio.

El «*estándar mínimo de motivación*», así denominado por la Corte Constitucional y que en este fallo se procura armonizar frente al criterio decantado por esta Corporación acerca de la no motivación expresa de actos discrecionales, busca que las razones de buen servicio, ínsitas en este tipo de decisiones, puedan ser controvertidas por el interesado en sede jurisdiccional de una mejor manera que garantice su tutela judicial efectiva, por lo que es necesario que sean conocidas por él, para poder determinar también por parte del juez si responden a un examen serio por la Administración respecto no solo de la hoja de vida del servidor, sino de su desempeño laboral durante el servicio y cualquier otra circunstancia que conduzca a tachar ante sus superiores y altos mandos su moralidad, eficiencia y disciplina en ejercicio de la función policial o militar.

En efecto, *prima facie* recuérdese que la discrecionalidad no implica libertad absoluta de la Administración en la adopción de decisiones habilitadas por la ley para que sean emitidas en ejercicio de aquella, y su mayor inspiración se encuentra en el mejoramiento del servicio público, de ahí que tanto esta Corporación como la misma Corte Constitucional, en su jurisprudencia, se refieran a que debe estar precedida de razones reales y objetivas, es decir, en las que no tengan cabida motivos de carácter personal. Ha sido prolija la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con que los actos administrativos que impliquen retiro del servicio en aquellos eventos en los que sea dable la facultad discrecional (por ejemplo, en insubsistencias de empleados de libre nombramiento y remoción), no se requiera de motivación expresa, porque las razones que la fundamentan pueden estar relacionadas con ciertas exigencias de confiabilidad y de eficiencia por el jefe del ente estatal o, en el caso de los miembros de la fuerza pública, los altos mandos de la correspondiente institución, cuya fiabilidad con el personal uniformado es mayor, dada las funciones impuestas por la Constitución Política a las fuerzas militares y la Policía Nacional, como garantes de la integridad territorial y la convivencia pacífica.

La facultad discrecional, en términos de los maestros Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, permite «[...] *una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas igualmente*



justas desde la perspectiva del Derecho [...]. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración»³⁹.

Pero, en el caso de la desvinculación del personal uniformado de la fuerza pública, comoquiera que esa potestad discrecional no es absoluta, encuentra su límite más cercado en el interés público, «[...] toda vez que tiene la virtualidad de excluir del abanico de posibilidades a contemplar por la Administración al momento de decidir, aquellas que resulten arbitrarias, ilógicas o irrazonables»⁴⁰, y dada la función especialísima que cumplen las fuerzas militares y la Policía Nacional dentro de la estructura estatal, en atención a que estas instituciones tienen el deber de asegurar algunos de los fines del Estado colombiano, como son «[...] defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (artículo 2.º superior), en armonía con lo contemplado en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, según los cuales (en su orden) el propósito de las primeras es «[...] la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional», y de la segunda, «[...] el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas».

Por lo tanto, ese interés público es el que ha inspirado el establecimiento de la normativa legal que regula, en particular, el régimen especial de carrera de las fuerzas militares y la Policía Nacional, por lo que, se insiste, es el principal parámetro de la discrecionalidad administrativa, subyacente a la facultad de retiro del personal uniformado por voluntad del Gobierno; de ahí que el artículo 4.º de la Ley 857 de 2003, en lo concerniente a la Policía Nacional⁴¹, permita el ejercicio de esa potestad por razones del servicio, que como lo precisó la Corte Constitucional, en la precitada sentencia C-525 de 1995, dichas razones «[...] están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz [...]».

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*, tomo 1, octava edición, Madrid, Civitas, 1998, pp. 455-456

⁴⁰ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 266.

⁴¹ El artículo 104 del Decreto ley 1790 de 2000, en lo referente a las fuerzas militares.



No obstante, al ejercer la Administración la facultad discrecional para efectos de la desvinculación del mencionado personal, junto con el interés público, al que hemos aludido, se encuentra la situación laboral del uniformado objeto de retiro, alrededor de la cual se hallan concernidos algunos de sus derechos fundamentales, por lo que para la adopción tanto de la recomendación de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación como de la decisión de retiro por voluntad del Gobierno, el principio de proporcionalidad surge como una exigencia para que las autoridades administrativas involucradas determinen si esa medida (el desacuartelamiento) resulta en realidad indispensable para salvaguardar el interés público (razones del servicio)⁴², consecuencia que solo surge del análisis objetivo y razonable por parte de la correspondiente junta asesora o de evaluación y clasificación de los documentos pertinentes y demás pruebas que conduzcan a establecer que el militar o policial afecta el buen servicio público, sea porque no cumple correctamente su deber y/o no está en condiciones morales para prestar el servicio⁴³ (eficiencia y confiabilidad).

Por otra parte, resulta oportuno anotar que si bien es cierto que uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es su real y adecuada motivación, vale decir, que «[...] *los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado; que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra*»⁴⁴, también lo es que en el caso de los actos de carácter discrecional no puede entenderse que carezcan de ella al no estar plasmada dentro de su contenido, puesto que «[...] *no hay decisión alguna que carezca de motivos, es decir, de causa que lo determine*

⁴² MARÍN HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 409 y 410. «En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada [J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 25]». O, del mismo modo, como ya hemos visto, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego [E. DESDENTADO DAROCA. *Discrecionalidad administrativa*, cit., p. 160]».

⁴³ HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y ORTIZ VANEGAS, Hugo Daniel. *Perspectiva de la discrecionalidad en el retiro de los empleados, una comparación entre Colombia y España*. Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2012, p. 52. «Al respecto de las razones del buen servicio el Comité Evaluador debe verificar: a) si los empleados públicos están cumpliendo correctamente con su deber, y b) si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten».

⁴⁴ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2016, p. 136.



[...]»⁴⁵, por lo cual «[...] *no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*»⁴⁶.

En este orden de ideas, la motivación expresa de un acto administrativo permite la protección del derecho constitucional fundamental al debido proceso, hoy contemplado legalmente como principio de las actuaciones administrativas en el artículo 3.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁴⁷, en armonía con el 29 superior, que comprende, entre otras, la garantía⁴⁸ que tiene el interesado de controvertir la decisión administrativa a través de los correspondientes medios legales, también dispuesto en el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo (CCA)⁴⁹. Empero, los actos de carácter discrecional no necesitan que esa motivación se plasme en su texto, sin que ello implique que carezcan de ella, pues el mismo legislador los condicionó a que la decisión «[...] *debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*» (artículos 36 del CCA y 44 del CPACA), ya que es «[...] *ante todo un problema de la realidad fáctica o jurídica del acto administrativo: los motivos están allí, presentes, en sus*

⁴⁵ Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, consejero ponente Luis Carlos Sáchica, concepto de 28 de octubre de 1975.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ «ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

[...]

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción» (se destaca).

⁴⁸ SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. Comentario al artículo 3º, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, comentado y concordado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 58 y 59. «Las garantías que comprende el debido proceso, a pesar de ser claramente aplicables a las actuaciones administrativas, en principio, se encuentran formuladas con referencia a actuaciones judiciales. Sin embargo, la lectura de las normas constitucionales y su armonización con los procedimientos administrativos se traduce en que a quien actúa ante la Administración Pública deben brindársele todas las garantías consagradas constitucionalmente, así: la actuación debe ser adelantada por la autoridad a la cual legalmente se le haya asignado la competencia; se aplicarán las normas jurídicas preexistentes a la situación que se estudia dentro del procedimiento; el procedimiento debe adelantarse con observancia de la plenitud de las formas propias, es decir, siguiendo las reglas de trámites fijadas en la ley especial o en el propio Código; se debe garantizar la participación del interesado de manera previa a la adopción de la decisión; el interesado podrá presentar y controvertir las pruebas que sean del caso; la Administración debe actuar de tal manera que no se produzcan dilaciones injustificadas; el interesado tendrá derecho a controvertir la decisión de la Administración» (subrayado fuera de texto).

⁴⁹ «ARTICULO 3º. PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

[...]

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales».



componentes fácticos y jurídicos, aunque no se mencionen [...]»⁵⁰.

Ahora bien, pese a que los actos administrativos gozan del atributo de la presunción de legalidad⁵¹ y en tal sentido esta debe ser desvirtuada por quien alegue que carecen de alguno de sus elementos de validez⁵² ante el juez de lo contencioso administrativo, en el caso del retiro discrecional, dado que previo a este debe obrar la recomendación de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que esencialmente tiene que estar basada en el estudio de la trayectoria laboral (logros, recomendaciones, requerimientos, calificaciones, entre otros soportes), la Administración se halla en una posición privilegiada frente al desvinculado, que desconoce su fundamento, motivo por el cual, en aras del principio de transparencia de la gestión pública respecto del interesado y de los derechos fundamentales al debido proceso y tutela judicial efectiva, debe darle a conocer su sustento, toda vez que dicha recomendación comporta el fundamento de su retiro, pues sin ella legalmente no es dable efectuarlo por vía de esa potestad de desvinculación.

No obstante, en cabeza del interesado está demostrar ante la justicia contencioso-administrativa que el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración tuvo una finalidad y/o motivo distinto al constitucional y legalmente permitidos, pues recuérdese que el límite de esa facultad es el interés público (razones de buen servicio), como propósito del acto administrativo⁵³, pero igualmente debe tener una correspondencia la medida

⁵⁰ BERROCAL GUERRERO, op. cit., p. 100.

⁵¹ Principio expresado en el artículo 66 del CCA, al establecer que «[...] los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo [...]»; y, actualmente, contemplado, de manera expresa, en el artículo 88 del CPACA: «Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]».

⁵² (i) Conformidad con la Constitución y las normas superiores; (ii) legalidad sustancial; (iii) competencia u órgano competente; (iv) real y adecuada motivación; (v) observancia de las formalidades; (vi) fin legítimo; y (vii) proporcionalidad de la decisión: BERROCAL GUERRERO, op. cit., p. 141.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara. «Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

[...]

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo



jurídica (retiro) con la realidad fáctica y colmar las condiciones de adecuación, necesidad y proporcionalidad⁵⁴.

Lo anterior, también permite un mejor control por parte del juez de lo contencioso-administrativo respecto de los aludidos actos discrecionales, toda vez que «[...] *la actuación discrecional no escapa del control judicial dado que es posible solicitar la anulación del acto discrecional a la jurisdicción contenciosa administrativa, ya sea por falsa motivación o por desviación de poder, porque dentro del contenido de legalidad del acto administrativo en comento se encuentran tanto el motivo como la finalidad de la potestad.*»⁵⁵⁵⁶.

Empero, tal como lo precisó la Corte Constitucional en las precitadas sentencias SU-053 de 12 de febrero de 2015 y SU-172 de 16 de abril del mismo año, no significa lo anotado en precedencia que el retiro por voluntad del Gobierno o discrecional debe estar precedido por un procedimiento administrativo en el que le permitan al desvinculado controvertir las pruebas que sustentan la correspondiente recomendación en sede gubernativa, puesto que vaciaríamos de contenido la normativa legal que contempla esa potestad, por ello lo que es exigible de la Administración es que esa recomendación esté fundamentada de manera expresa, para conocimiento de su sustento por parte del interesado, o por lo menos le sea garantizado el acceso a las razones objetivas y a los hechos ciertos que dieron origen a su retiro.

En el evento en que la correspondiente recomendación de retiro no esté expresamente sustentada o no se permita al interesado conocer los hechos y razones que le dieron lugar, vale precisar que esta sola circunstancia no conduciría de inmediato a la ilegalidad del acto de desvinculación, pues con

84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos» (se subraya).

⁵⁴ MARÍN HERNÁNDEZ, op. cit., p. 410. «[...] un análisis más detenido del principio [...], elaborado en primera instancia por la doctrina alemana [...], conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, en virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el *subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija [Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses*, cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 160 y 161; LÓPEZ GONZÁLEZ. *El principio general de proporcionalidad*, cit., 120 a 124]».

⁵⁵ Ver entre otras, las sentencias C-031/95 y C-318/95. Fundamento Jurídico No 8.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.



los anteriores parámetros no se pretende vaciar de contenido la facultad discrecional, por lo que en sede judicial el juez deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, esto es, la coherencia y concordancia entre el ejercicio de la facultad discrecional y la finalidad perseguida (mejoramiento del servicio), que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de las respectivas evaluaciones, hoja de vida y demás documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad.

A manera de conclusión, con el fin de garantizar, por una parte, a la Administración el correcto ejercicio de la facultad discrecional al momento de decidir la desvinculación del personal uniformado, y por la otra, al interesado el debido proceso, se insiste, la mencionada recomendación debe basarse en el estudio pertinente que sustente la sugerencia de retirar al militar o policial del servicio, el cual debe plasmarse en la respectiva acta⁵⁷ y conceder la oportunidad de conocer su contenido al desvinculado (o por lo menos ese estudio), por lo que en el evento en que el interesado formule el respectivo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho podrá aportar las pruebas que estime pertinentes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y la Administración, conforme a la preceptiva del párrafo del artículo 145 del CCA (hoy artículo 175, numeral 4, del CPACA), allegue todos los elementos probatorios que tenga en su poder.

Reglas de unificación. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares (cuya normativa resulta materialmente igual para efectos de esta situación administrativa) por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, la Sala fija las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

⁵⁷ Esto le permite conocer la razón por la cual fue desvinculado, pues al desconocerla, se torna casi imposible ejercer el derecho de contradicción y defensa.



ii) En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa.

iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad.

Efectos de las reglas de unificación. En desarrollo de las atribuciones del Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, previstas en el artículo 237 (ordinal 1º.) de la Constitución Política y con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva, los principios de buena fe, igualdad y seguridad jurídica, y superar situaciones que afecten el valor supremo de la justicia, la regla de unificación que se adopta en este fallo es vinculante y debe aplicarse para decidir controversias pendientes de solución, tanto en sede administrativa como de competencia de esta jurisdicción⁵⁸; sin embargo, no se aplicará a casos que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, por ser inmodificables.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) «*EXTRACTO HOJA DE VIDA*» del demandante, expedido el 16 de enero de 2009 por el grupo «*DITAH*» de la Policía Nacional, en el que consta su ingreso a la institución el 27 de enero de 1992 y su último ascenso a mayor.

⁵⁸ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, reiteró: «[L]a sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. Según este Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, [...] y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial».



Asimismo, se observa el registro de varias condecoraciones y felicitaciones concedidas al actor, incluidas 2 felicitaciones especiales por «CAPTURA (S) POR EXTORSION» (8 de enero de 2008) y «BUEN DESEMPEÑO» (23 de agosto de 2008), y 2 felicitaciones públicas colectivas por «POR BUEN DESEMPEÑO Y LIDERAZGO» (12 de enero de 2008) y «RESULTADOS OBTENIDOS EN EL PRIMER TRIMESTRE» (28 de abril de 2008) [ff. 39A a 43].

b) CD contentivo de la historia laboral digitalizada del demandante (f. 223), allegado por la accionada, de cuya carpeta 7 se destaca de las páginas 80 y 81 extracto de hoja de vida del actor, según la cual fue objeto de dos amonestaciones escritas por no asistir oportunamente al servicio y mostrar negligencia impuestas desde el 3 de enero y 28 de julio de 1995, en su orden, y una multa por despreocupación enrostrada el 5 de enero del mismo año.

c) «Fallo» de 22 de noviembre de 1995 de la dirección de la policía de antinarcóticos, por la se aplicó el correctivo de amonestación escrito al actor por haber incurrido en las conductas descritas en los numerales 5⁵⁹, 33⁶⁰ y 44⁶¹ del artículo 39 del Decreto 2584 de 1993, por hechos ocurridos a finales de 1994 (CD en folio 233, carpeta 11, páginas 134 a 140).

d) Decisión administrativa de 23 de noviembre de 1995 (CD en folio 233, carpeta 2, páginas 54 y 55), por cuyo conducto la dirección de la policía de antinarcóticos aplicó correctivo disciplinario de 5 días de multa al demandante por ser responsable de la falta contemplada en el artículo 39 (numeral 16 y 44) del Decreto 2584 de 1993, esto es, «No informar los hechos que deben ser llevados a conocimiento del superior, por razón del cargo o servicio o hacerlo con retardo» y «Proceder con negligencia o desinterés en las obligaciones relacionadas con el bienestar, la atención y orientación del personal bajo su mando», por hechos acaecidos el 10 de diciembre de 1994.

e) «Fallo de primera instancia» de 5 de diciembre de 1995 (CD en folio 233, carpeta 1, páginas 234 a 245), por el cual la oficina investigadora de la dirección de la policía de antinarcóticos aplicó correctivo de amonestación escrita al accionante por infringir el reglamento de disciplina y ética para la

⁵⁹ «No asistir oportunamente a un servicio, sin causa justificada o concurrir a él en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias que producen dependencia física o psíquica».

⁶⁰ «Eludir responsabilidades que penal o legalmente le están adscritas, por razón del cargo o función o disculpar al subalterno por la comisión de faltas contrariando la realidad de los hechos».

⁶¹ «Proceder con negligencia o desinterés en las obligaciones relacionadas con el bienestar, la atención y orientación del personal bajo su mando».



Policía Nacional (Decreto 2584 de 1993), artículo 39 (numerales 15, letra c, y 24)⁶², por hechos sucedidos el 28 de julio de 1995.

f) Formulario 2 de seguimiento al servicio del accionante de 2003 (CD en folio 233, carpeta 12, páginas 246 a 248), en el que se observan algunas anotaciones: (i) *«El señor Oficial teniendo conocimiento de las normas establecidas de tránsito, no ejerció control a sus subalternos, los cuales se encontraban en el perímetro urbano del municipio de Palmira transportándose uniformados en una motocicleta sin casco de protección [...]»* (30 de octubre); (ii) *«Durante el mes de octubre, no adelantó acciones tendientes a disminuir los índices delincuenciales. ni el flagelo del narcotráfico»*.

g) Carpeta 13 del CD relacionado en las letras precedentes, en el que obra *«FORMULARIO 1 EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO POLICIAL»*, diligenciado por el comandante operativo de seguridad ciudadana, por el interregno comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2006 (página 99), en el que se le otorgaron 1200 puntos de calificación; igualmente, se observa que en el formulario de seguimiento aparecen tres anotaciones negativas realizadas el 24 de octubre (una) y 21 de diciembre de 2006 (dos), por el comandante noveno del distrito de policía de San José de Albán, en su condición de evaluador, por *«[...] falta de compromiso institucional y actitud impropia demostrada frente a las ordenes impartidas por el Comando del departamento consistente en no aportar resultados operativos en su distrito los días 091006, 171006, 191006, registro que se ve afectado a nivel nacional para el departamento»* (sic); *«[...] falta de compromiso institucional y el incumplimiento a las ordenes [sic] impartidas por los superiores mediante poligrama 0220 de 14/12/06 procedente del Subcomando del departamento consistente en realizar concejos [sic] de seguridad con los señores alcaldes de cada jurisdicción y enviar con plazo 19 de diciembre de 2006»*; y *«[...] falta de compromiso institucional y el incumplimiento a las ordenes [sic] impartidas por los superiores mediante poligrama 0218 de 14/12/06 procedente del Subcomando del departamento consistente en enviar con plazo 16 de diciembre de 2006, el informe de aportes y apoyos económicos y logísticos hechos por las alcaldías de cada jurisdicción»* (páginas 105 a 109).

⁶² «Artículo 39. Enumeración. Constituyen faltas contra el ejercicio de la profesión las siguientes:

[...]

15. Respecto de las órdenes:

[...]

c. Ejecutar con negligencia o tardanza las órdenes o actividades relacionadas con el servicio.

[...]

24. Negar injustificadamente al superior la cooperación o el apoyo necesario para la prestación del servicio».



También obran formularios «1 *EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO POLICIAL*» del 1.º de enero al 22 de abril de 2007⁶³ y desde el 30 de mayo hasta el 31 de diciembre de 2007⁶⁴ (páginas 48 a 54), en los cuales se le concedió al accionante un puntaje de 1200. En el formulario 2 de seguimiento, se dejaron consignadas anotaciones relacionadas con su profesionalismo, dedicación y responsabilidad respecto de algunas de las actividades bajo su cargo y otras como las siguientes: (i) 10 de febrero de 2007: «**ACTIVIDAD OPERATIVA**: *La operatividad de su jurisdicción no aporta resultados positivos al departamento, se hace necesario implementar estrategias y acciones contundentes para obtener mejores y mas [sic] resultados*» (página 61); (ii) 16 de marzo de 2007: «**DISMINUCION EN LA ACTIVIDAD OPERATIVA**: *Durante la semana comprendida del 09-03-07 al 16-03-07, Su estadística reporta una disminución en la parte operativa [...]*» (página 66); y (iii) 27 de julio de 2007: «**COMPROMISO INSTITUCIONAL**, *a la fecha se registra la presente anotación por su falta de compromiso, demostrado al no aplicar estrategias adecuadas en su jurisdicción con las cuales se hubiera evitado la comisión de un hurto que terminó en el homicidio de una persona el día 26/07/07 en el sector centro de la ciudad*» (página 70).

h) «*FORMULARIO 1 EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO POLICIAL*» correspondiente al actor, diligenciado por el subcomandante del departamento de policía de Nariño, por el período comprendido entre el 1º. de febrero y el 15 de noviembre de 2008, con una evaluación total de 1200 puntos, como resultado de las anotaciones realizadas durante los meses señalados. Del formulario 2 de seguimiento se destacan felicitaciones públicas y especiales por su buen desempeño y liderazgo en el cumplimiento de las tareas asignadas, y otros aspectos como: capacidad para generar y obtener recursos, acatamiento de la norma, compromiso institucional, racionalización del gasto, comportamiento personal, trabajo en equipo, administración eficiente de los recursos, entre otros (ff. 328 a 334).

i) Felicitación escrita de 1º. de febrero de 2008 del comandante del departamento de policía de Nariño al demandante, en su condición de comandante (e) del primer distrito de policía de Pasto, «[...] *por la excelente labor que viene cumpliendo en las acciones adoptadas para ejercer control en los establecimientos educativos [...]*» (f. 155).

j) Oficio 1122/COMAN DENAR de 3 de mayo de 2008 del comandante del

⁶³ Por el comandante operativo de seguridad ciudadana.

⁶⁴ Por los comandantes de la estación centro y del primer distrito de Pasto.



departamento de Policía de Nariño, dirigido al demandante en calidad de jefe administrativo «DENAR» (f. 88), en los siguientes términos:

Se nota con extrañeza la falta de compromiso de la unidad bajo su mando, al no reportar las respuesta (sic) en los plazos establecidos a las órdenes impartidas por parte de este comando, traumatizando así el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular, por lo anterior el señor Mayor con plazo 04/05/08 se servirá informar el motivo por el cual no ha dado cumplimiento a los siguientes requerimientos así:

MEMORANDOS			
No.	FECHA	PLAZO	ASUNTO
2655	10/04/2008	17/04/2008	Brindar respuesta a la solicitud de devolución de elementos teniendo el oficio anexo, suscrito por la Jefatura del Área Administrativa y Financiera.
2957	20/04/2008	22/04/2008	Brinde respuesta, teniendo en cuenta la novedad que informa el señor TC DIEGO ALONSO MORENO SUAREZ [sic], comandante del 4 DTO Tumaco, sobre el sumisito [sic] de Combustible [sic]
3068	23/04/2008	25/04/2008	cumplimiento [sic] al diligenciamiento del formato anexo solicitado por la Subdirección de Seguridad Ciudadana en coordinación con Talento Humano, construcciones, armamento, transportes y telemática
3109	24/04/2008	02/05/2008	Proyectar respuesta al cumplimiento sobre la modificación de partida con cargo al presupuesto de funcionamiento de la Policía Nacional vigencia Fiscal 2008 teniendo en cuenta la directiva transitoria 012 “IDENTIFICACIÓN DEL EQUIPO AUTOMOTOR CON LOGOS Y EMBLEMAS INSTITUCIONALES”
3088	23/04/2008	25/04/2008	Brinde respuesta al requerimiento de información por parte de la Dirección administrativa y financiera sobre conformación de comités de armamento y soporte a cumpliera [sic] las metas establecidas dentro del plan de mejoramiento.

k) Oficio 1649/COMAN DENAR de 23 de julio de 2008 del comandante del departamento de policía de Nariño, a través del cual requiere del actor que de acuerdo con el «[...] informe de ejecución presupuestal suscrito por la Dirección Administrativa y Financiera, quien ponen [sic] en conocimiento sobre culminación del segundo semestre, en donde esta unidad presento [sic] una ejecución con aportes para la Nación y fondos Especiales de 29.80% y 33.80%; el señor Mayor se servirá informar la razón por la cual no se



cumplieron con las metas y resultados en la ejecución de aportes de acuerdo a las expectativas plantadas [sic] por la Dirección Administrativa y Financiera» (f. 89).

l) Oficio 1782/COMAN DENAR de 5 de septiembre de 2008 del comandante del departamento de policía de Nariño, dirigido al accionante en condición de jefe administrativo «DENAR» (f. 87), del siguiente texto:

El señor Mayor con plazo 08/09/08, se servirá informar el motivo por el cual no se ha dado cumplimiento al siguiente requerimiento del Comando de Departamento:

REFERENCIA	PLAZO	JUSTIFICACIÓN
ORDEN DE SERVICIO No. 0165 COMAN OFPLA	INFORMES MENSUALES	FORTALECIMIENTO Y ACERCAMIENTO CON GREMIOS EMPRESARIOS Y DEMÁS ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS

m) Oficio S.2013-001667 INSGE-CODIN 29.25 de 20 de enero de 2013 (f. 208), por medio del cual el jefe de la oficina de control disciplinario interno del departamento de policía de Nariño informa que según el sistema jurídico de la Policía Nacional se encontraron ocho (8) investigaciones disciplinarias del actor, de las cuales solo la INSGE-2008-158 se encuentra vigente, pues las demás fueron archivadas. De igual modo, del «*listado de verificación de funcionarios con procesos disciplinarios*», anexo al citado oficio, se observa que la aludida investigación se inició por «PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA OFICINA DE TESORERIA [sic] DENAR [departamento de policía de Nariño], AL PARECER POR INGRESO DE DINERO PROCEDENTE DEL D.R.F.E.», por hechos ocurridos el 12 de noviembre de 2008, cuya apertura se dio el 19 siguiente (ff. 209 y 210); sin embargo, posteriormente fue cerrada con decisión «*responsable suspensión de 180 días*» (f. 264)⁶⁵.

n) Oficio 130581/INSGE-PRODI-3810 de 5 de mayo de 2015 (f. 221), de la inspección general de la Policía Nacional, con el que se allega copia de la investigación disciplinaria INSGE-2008-140 contra el actor «[...] *por Los [sic] hechos sucedidos el día 12-11-2009 [sic⁶⁶], dentro del procedimiento de cierre de unas captadoras en la ciudad de Pasto*», empero, esa información no coincide con la totalidad de los documentos aportados, puesto que en algunas

⁶⁵ De acuerdo con el «*listado de verificación de funcionarios con procesos disciplinarios*» de la inspección general de la Policía Nacional de 23 de junio de 2015.

⁶⁶ Lo correcto es 2008.



actuaciones se hace referencia al radicado anotado y en otras se identifica con el P-INSGE-2007-549, por hechos ocurridos el 27 de abril de 2007 en relación con una presunta detención arbitraria (f. 78 a 82 c. 2), la cual culmina con el archivo de las diligencias el 26 de octubre de 2009 (ff. 226 a 232 c. 2), al considerar:

Luego del estudio del acervo probatorio recaudado en legal forma, se encuentra en el despacho el expediente de las diligencias practicadas en desarrollo de la Investigación Disciplinaria INSGE-2008-140, ordenada por esta Instancia seguida en contra del señor Mayor Luis Alfredo Burgos Pabón, quien la boraba [sic] en la estación de Policía del municipio de San Juan de Pasto e n [sic] el departamento del Choco [sic].

[...]

Indican los [...] quejosos, que el día viernes 27 de abril de 2007, aproximadamente las 03:00 de la tarde estaban concluyendo un negocio de la venta de [un] vehículo y que abordaron un taxi para ir a las 06:00 de la tarde a la casa del dueño del vehículo, que un grupo de policías motorizados dieron la orden de pare al taxi y les realizaron una requisita minuciosa y que los llevaron para la SIJIN, diciéndoles que hacia unas horas antes habían robado quince millones de pesos, que a eso de las cinco de la tarde, ellos indicaron que eran desmovilizados de las autodefensas y que luego les dijeron que iban a ser retenidos en un CAI del Barrio el Cementerio y que los dejaron salir el día sábado a las seis de la tarde, que tuvieron la visita de un defensor de la defensoría y que les dijo que esa retención era arbitraria.

[...]

Ahora bien, en colofón de lo dicho anteriormente se logra establecer de la lectura integral de los anteriores documentos y declaraciones, que no hubo irregularidad alguna en el actuar del señor Mayor Luis Alberto Burgos Pabon [sic] en calidad de Comandante de la Estación de Policía Pasto Sector Centro, logrando establecer que las conductas que aseveran los quejosos, no constituyen falta disciplinaria alguna y por tanto nunca hubo omisión, extralimitación o desatención en el actuar del aquí disciplinados [sic] frente a las funciones propias del servicio de policía [...]

ñ) Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008, por el cual el presidente de la República, previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía, retira del servicio activo por «*Voluntad del Gobierno Nacional*» al demandante, entre otros oficiales, a partir de la fecha de expedición de este acto administrativo. De sus consideraciones se destaca que



luego de citar la normativa que lo faculta para ello, precisa que «[...] *el retiro del servicio activo por voluntad del Gobierno Nacional de los oficiales de la Policía Nacional, que se relacionan, no es producto de una sanción disciplinaria, sino una facultad consagrada en la Ley 857 de 2003, que obedece eminentemente a las razones del servicio con el fin de procurar garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del ESTADO*» (ff. 116 y 117). Dicho acto fue notificado al accionante el 22 de enero de 2009 por el área de recursos humanos de la policía metropolitana del Valle de Aburrá (f. 126).

o) Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 (ff. 127 a 130), mediante el cual el presidente de la República, en cumplimiento de un fallo de tutela de 20 de marzo de 2009, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁶⁷, dispuso mantener en firme el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno, del demandante, y procedió a motivar esa decisión, contenida en el Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008, citado en precedencia, en los siguientes términos:

Que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en sesión celebrada el 30 de marzo de 2009, y según consta en el Acta No. 007, procedió a dar cumplimiento al citado fallo judicial de la siguiente forma:

“La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, mediante Acta No. 015 del 05 de diciembre de 2008, consideró:
[...]

Que el retiro del servicio activo por voluntad del Gobierno, de los Oficiales de la Policía Nacional, no es producto de una sanción disciplinaria, sino una facultad consagrada en la Ley, que obedece eminentemente a las razones del servicio con el fin de procurar garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado. Por lo tanto, los miembros uniformados de la Policía Nacional que desarrollan la función constitucional asignada deben gozar de total confianza para el desempeño de sus funciones la cual debe ser a prueba de cualquier tacha que se le endilgue, llevando una vida irreproachable como ejemplo para todos sus conciudadanos; la

⁶⁷ Fallo emitido por el Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño el 20 de marzo de 2009, al considerar que «[...] *teniéndose que el Decreto No.04859 de 30 de diciembre de 2008 no contiene motivación respecto de la decisión de retirar del servicio activo de la Policía Nacional al Actor y con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, deberá la Sala conceder en [sic] amparo deprecado y en consecuencia, ordenar al Ministerio de Defensa Nacional, que proceda a motivar el acto administrativo, incluido el concepto de la Junta Asesora correspondiente, plasmando por escrito las razones motivo del retiro del servicio activo del petente y notificar [...] en debida forma tal motivación [...]*» (ff. 62 a 74).



Institución requiere miembros comprometidos con sus ideales, a los cuales se les exige honestidad en sus pensamientos y en sus acciones tanto en su vida personal como profesional, libres de prejuicios, animosidades o amistades personales que lleguen a influir sobre sus decisiones, hombres de comportamiento pulcro, depositarios de la confianza de sus conterráneos, más aún cuando esa confianza pone en riesgo la seguridad del Estado y los hombres bajo su mando.

Que una vez evaluada de fondo la trayectoria profesional, entre otros, del señor Mayor LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic], identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.157.817, quien ingresó a la Policía Nacional el 27. ENE.1992, prestaba sus servicios en la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá [sic], y luego de examinar las razones del servicio que imponen la naturaleza de la función constitucional asignada a la Policía Nacional, esto 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, recomendó al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo, del citado Oficial, por la causal de “voluntad del Gobierno” por razones del servicio, en forma discrecional y por votación unánime de los miembros que la integran.

Que la recomendación de retiro contenida en el Acta No.015 del 05 de diciembre de 2008, fue consignada igualmente en el Decreto No. 04859 del 30 de diciembre de 2008, mediante el cual se retiró del servicio activo al señor Mayor LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic], acto administrativo que le fue debidamente comunicado al citado oficial el 22 de enero de 2009, quedando así enterado de la recomendación de retiro plasmada en el acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Además de lo anterior, las razones del mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta, se fundamentaron en los continuos llamados de atención por parte del Comandante del Departamento de Policía Nariño, durante el año 2008, en los cuales se demuestran los bajos resultados en la gestión del señor Mayor LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic], como Jefe Administrativo de ese Departamento, llamados de atención que se efectuaron, entre otros, mediante los oficios que a continuación se relacionan:

Oficio No. 000917 COMAN DENAR, del 14 de abril de 2008, en el cual se insta al señor Mayor, para que informe el motivo por el cual no ha dado cumplimiento a requerimientos del Comando de Departamento, relacionados con el concepto respecto a la solicitud del construcción del armerillo; oficio No. 001122 COMAN DENAR, del 03 de mayo de 2008, donde se exhorta al señor Mayor, por la falta de compromiso de la unidad bajo su mando, al no reportar las respuestas



en los plazos establecidos a las órdenes impartidas por parte del Comando, traumatizando así el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular (se citan los requerimientos a los que no ha dado cumplimiento); oficio No. 001649 COMAN DENAR, del 23 de julio de 2008, en el cual el Comando de Departamento solicita al señor Mayor, se sirva informar la razón por la cual no se cumplieron las metas y resultados en la ejecución de aportes, de acuerdo a las expectativas planteadas por la Dirección Administrativa y Financiera; y oficio No. 001782 COMAN DENAR, del 05 de septiembre de 2008, en el cual se solicita al señor Mayor, informe el motivo por el cual no ha dado cumplimiento a requerimiento del Comando de Departamento, relacionado con el fortalecimiento y acercamiento con gremios, empresarios y demás entidades publicas [sic] optivadas [sic]”

Que las anteriores razones fueron plasmadas en el Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional No. 007 del 30 de marzo de 2009, en cumplimiento a lo resuelto en el fallo de tutela de fecha 20 de marzo de 2009, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. [...].

A manera de conclusión de lo anterior, se tiene que el actor prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 27 de enero de 1992 hasta cuando fue retirado por voluntad del Gobierno nacional, en su condición de mayor, por medio de Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008 del presidente de la República, en ejercicio de la facultad discrecional contenida en el artículo 4°. de la Ley 857 de 2003.

Pese a que la motivación del mencionado Decreto 4859 de 2008 se contrajo a relacionar la norma que faculta al Gobierno nacional para este tipo de desvinculaciones de oficiales y a citar el número del acta de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en la que se estudió su trayectoria profesional y se recomendó su retiro (15 de 5 de diciembre de 2008), en virtud de un fallo de tutela de la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño de 20 de marzo de 2009, mediante Decreto 1140 de 31 de marzo del mismo año, se motivó la aludida decisión administrativa, acto que también es objeto de pretensión de nulidad.

En el Decreto 1140 de 2009 se dejó plasmado que la citada junta asesora en acta de 30 de marzo de ese año procedió a dar cumplimiento a la sentencia constitucional, en el sentido de anotar que en la sesión de 5 de diciembre de



2008 determinó por unanimidad recomendar el retiro por razones del servicio del accionante, pues evaluada de fondo su trayectoria profesional, se observaron «[...] los continuos llamados de atención por parte del Comandante del Departamento de Policía Nariño, durante el año 2008, en los cuales se demuestran los bajos resultados en la gestión del señor Mayor LUIS ALFREDO BURGOS PABON [sic], como Jefe Administrativo de ese Departamento, llamados de atención que se efectuaron [...]» y se relacionan 4 oficios contentivos de estos (917 de 14 de abril, 1122 de 3 de mayo, 1649 de 23 de julio y 1782 de 5 de septiembre de 2008).

En este punto de la controversia, se destaca que, aunque el primer acto de retiro estuvo desprovisto de motivación expresa, con el segundo se complementó esa decisión con fundamento en las razones que la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional tuvo para adoptar la recomendación de retiro del actor, de lo que no es dable colegir que esta dependencia de nuevo o por primera vez haya motivado su concepto, pues recuérdese que, en atención al ejercicio de la facultad discrecional, no era exigible que las razones estuvieran consignadas de manera expresa en su respectiva acta, por lo que en la de la reunión de 30 de marzo de 2009, lo que hizo fue descubrirlas, por ello fue explícita al afirmar que en la de 5 de diciembre de 2008 se examinó la trayectoria del actor en la institución y «[...] las razones del mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta, se fundamentaron en los continuos llamados de atención por parte del Comandante del Departamento de Policía Nariño, durante el año 2008 [...]». Lo anterior, le permitió al accionante acudir ante esta jurisdicción y poner en consideración de esta los reparos que tiene frente a aquellas razones de buen servicio que se tuvieron en cuenta para su retiro, con lo que, en principio, se le garantizó por parte de la Administración su derecho de contradicción como garantía de su derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Ahora bien, de los referidos oficios, los tres últimos obran en el expediente, los cuales fueron dirigidos personalmente al demandante⁶⁸, en calidad de jefe administrativo del departamento de policía de Nariño, en los que se evidencia que se le realizaron requerimientos el 10, 20, 23 y 24 de abril de 2008 (reiterados con oficio 1122/COMAN DENAR de 3 de mayo de 2008) respecto de (i) dar contestación a la solicitud de devolución de elementos, suministro de combustible e información sobre conformación de comités de armamento y soporte, (ii) diligenciar formulario acerca de construcciones, armamento,

⁶⁸ Conocidos por él, máxime cuando los aportó con el escrito introductorio.



transportes y telemática y (iii) proyectar respuesta «[...] *al cumplimiento sobre la modificación de partida con cargo al presupuesto de funcionamiento de la Policía Nacional vigencia Fiscal 2008*»; los cuales no fueron atendidos por él dentro de los plazos fijados para cada uno (17, 22 y 25 de abril y 2 de mayo de 2008).

De igual manera, con oficio 1649/COMAN DENAR de 23 de julio de 2008, se le requirió informe de ejecución presupuestal, puesto que no se cumplieron las metas y resultados en la ejecución de aportes de acuerdo con lo planeado por la dirección administrativa y financiera del departamento de policía de Nariño. Asimismo, se le realizó otro requerimiento para presentar los informes mensuales acerca del «*FORTALECIMIENTO Y ACERCAMIENTO CON GREMIOS EMPRESARIOS Y DEMÁS ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS*», el cual también tuvo que ser reiterado con oficio 1782/COMAN DENAR de 5 de septiembre de 2008.

El demandante asegura que lo pedido en oficio 1649 de 23 de julio de 2008, incumbe a un tema presupuestal que debía ser solucionado desde la sede en Bogotá y hasta cuando esta lo atendió se dio agilidad a las gestiones pertinentes para que no hubiesen traumatismos en el servicio, pero que igualmente desconocía la existencia de ese oficio; y en relación con el oficio 1782 de 5 de septiembre de ese año, sí presentó los informes deprecados de manera oportuna; no obstante, observa la Sala que de su dicho no existe prueba dentro del expediente ni mucho menos solicitud de pruebas por parte de este tendiente a desvirtuar esos requerimientos (ff. 37 y 38), pues su defensa se centró en argumentar una desviación de poder y una falsa motivación basada en la existencia de unos hechos que dieron lugar a una investigación disciplinaria y a que con sus evaluaciones y condecoraciones se demostraba su sobresaliente servicio.

En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que el acto administrativo de retiro del accionante tuvo como fundamento el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal como lo exige el artículo 4.º de la Ley 857 de 2003, la cual plasmó explícitamente las motivaciones de su recomendación en el acta 7 de 30 de marzo de 2009, dado que en la sesión inicialmente celebrada no lo había hecho (5 de diciembre de 2008), por lo que el accionante tuvo la oportunidad de conocer las razones fácticas por las que se dispuso su desvinculación y, en tal sentido, se procede a analizar si estas colman las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad.



Nótese del análisis probatorio que los motivos que condujeron a la Administración a recomendar y ordenar el retiro del accionante del servicio policial conciernen a razones de mejoramiento del servicio público, en atención a que encuentran sustento en los requerimientos a él dirigidos por parte del comandante del departamento de Policía de Nariño, máxima autoridad de mando dentro de la dependencia en la que laboraba, acerca de demoras en el cumplimiento de determinadas labores atañederas a su función como jefe administrativo de ese departamento de policía, «[...] *traumatizando así el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular* [...]», como se plasmó en alguno de aquellos requerimientos, puesto que se advierte que fueron más de tres y algunos reiterados.

Sobre este aspecto es del caso recordar que dadas las atribuciones específicas que la Constitución Política le asigna a la fuerza pública, «[...] *que son propia[s] de su naturaleza especial, y que se concretan en la defensa de la soberanía, la independencia e integridad del territorio nacional, y en el mantenimiento de las condiciones necesarias para la convivencia pacífica y para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (C.P. arts. 217 y 218) [...]»*⁶⁹, a sus miembros se les exige actuar con mayor rigurosidad (de manera proba, responsable, irreproachable e intachable) en el ejercicio de sus funciones; «*Este trato particularizado se ha justificado en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una[s] reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil*»⁷⁰⁷¹.

Igualmente, la Sala evidencia que en la evaluación de desempeño policial de 2008 el demandante obtuvo una calificación de 1200 puntos (de naturaleza superior) y, aunque en esta no tuvieron injerencia los cuatro llamados de atención, no por ese hecho se puede desestimar su existencia e influjo en el buen desempeño del servicio, que es exigible de los servidores públicos, en general, y de los integrantes de la fuerza pública, en particular, como representantes inmediatos del Estado, quienes, además, expresan su imagen y

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-372 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁰ Sentencia T-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.



a la vez su realidad ante el conglomerado social, por consiguiente, deben actuar con mayor pulcritud y respeto en el desenvolvimiento de su servicio oficial.

Del mismo modo, al contrastar el contenido de los cuatro requerimientos que condujeron al retiro con las anotaciones positivas consignadas en el formulario 2 de seguimiento de la evaluación del desempeño policial de 2008, los primeros fueron efectuados en relación con asuntos puntuales respecto del ejercicio de las funciones y tareas específicas a su cargo, de los cuales tres lo fueron frente a su omisión de respuesta a anteriores solicitudes (seis, con plazo de vencimiento entre abril y mayo de esa anualidad) sobre la construcción del armerillo, la devolución de elementos, el sumisito de combustible, el diligenciamiento de formulario requerido por la subdirección de seguridad ciudadana, la modificación de partida con cargo al presupuesto de funcionamiento de la Policía Nacional de la vigencia fiscal 2008, la información acerca de la conformación de comités de armamento y del porqué no se cumplieron las metas en la ejecución de aportes de acuerdo con las expectativas planteadas por la dirección administrativa y financiera y los informes mensuales referentes al fortalecimiento y acercamiento con gremios, empresarios y demás entidades públicas o privadas.

Por su parte, las aludidas anotaciones se hicieron en cuanto a aspectos comportamentales distintos e incluso algunos abstractos y genéricos a los indicados en los mencionados oficios, tales como los concernientes al trabajo en equipo, el compromiso institucional, la administración eficiente de los recursos, el dominio y conocimiento de su trabajo, la promoción y el desarrollo de la transformación cultural e institucional y la racionalización del gasto, de cuyo contenido particular no es factible determinar los parámetros exactos tenidos en consideración por el evaluador, por lo que la aparente contradicción, entre los cuatro requerimientos y las anotaciones consignadas en el formulario 2 de seguimiento de la evaluación del desempeño policial de 2008, no existe, toda vez que los aspectos calificados (al ser genéricos) difieren claramente de las tareas puntuales desatendidas.

Por ende, carece de asidero jurídico la afirmación del demandante de que las razones de servicio aducidas en el acto administrativo demandado «[...] *contradice[n] a todas luces el excelente desempeño profesional del oficial [...]*», puesto que, además de lo anterior, pese a que en las evaluaciones de desempeño policial obtuvo un puntaje de carácter superior en los últimos tres años de servicios (2006-2008), obsérvese que esas calificaciones las realizó un



funcionario diferente al comandante del departamento de policía al que pertenecía el actor (subcomandante [2008] y comandantes operativo de seguridad ciudadana [2006 y 2007], de la estación centro y del primer distrito de Pasto [2007]), de acuerdo con las anotaciones realizadas en el formulario de seguimiento, también diligenciadas por ellos, de las cuales ya en los años 2006 y 2007 presentaba algunas acerca de su falta de compromiso institucional e incumplimiento a las órdenes impartidas por sus superiores.

Asimismo, recuérdese que la valoración probatoria debe hacerse respecto de toda la documentación y demás pruebas que se hayan allegado al proceso, por lo que no puede pretender el accionante que solo se tenga en cuenta el puntaje de su calificación para desvirtuar las demás circunstancias que rodeaban su desempeño policial (existencia de los hechos indicados en el acto administrativo) y que evidenciaban conductas no acordes a la misión institucional.

Se reitera, que en atención a las finalidades de la fuerza pública dentro del Estado social de derecho, en particular la preservación de orden público, su personal debe contar con la más alta aptitud, compromiso, confianza y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones públicas, de ahí que el Gobierno nacional (en el caso de los oficiales) tenga la posibilidad de ejercer de manera discrecional la facultad concedida legalmente para disponer el retiro del servicio de aquellos uniformados que no colmen los estándares de buen servicio de la institución castrense o policial.

Por consiguiente, no es dable concluir, como lo pretende el accionante, que la Administración estaba obligada a mantenerlo en el servicio activo de la Policía Nacional, con desconocimiento de falta de compromiso institucional y responsabilidad en las labores encomendadas, como el hecho de brindar respuesta acerca de varios asuntos puntuales a su cargo (como se dejó consignado en los oficios en los que se le llamó la atención y que motivaron su retiro), situaciones que no concuerdan con su propósito como servidor uniformado de contribuir al cumplimiento de las metas institucionales.

Esta Sala comparte el criterio del señor agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, en cuanto a que, pese a las felicitaciones y anotaciones positivas que obtuvo el demandante durante su servicio, así como las calificaciones superiores en los últimos tres años, eso «[...] *no da certeza sobre condiciones y calidades por fuera de lo esperado* [...]» (f. 449), toda vez que dada la pertenencia del actor a la fuerza pública y su rango dentro de



la escala de oficiales de la Policía Nacional, su comportamiento debía tender hacia un grado de excelencia, y aquellas felicitaciones y anotaciones positivas no evidencian que estuviera muy por encima del nivel de exigencia que se requiere del personal de oficiales⁷².

Así las cosas, encuentra la Sala que la realidad fáctica que rodeó la situación de desempeño laboral del demandante resulta acorde con la que tuvo en cuenta la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para recomendar su desvinculación, la cual es a todas luces proporcional a la finalidad de mejoramiento del servicio, en la medida en que no fueron pocos los requerimientos realizados por el comandante del departamento de policía de Nariño respecto del incumplimiento de algunas de las tareas encomendadas a él, lo cual constatado con los documentos que obran en su historia laboral se suman los otros llamados de atención que quedaron consignados en los formularios de seguimiento (2006 y 2007), anexos a las evaluaciones de desempeño policial, de lo que se deduce un incumplimiento frente a su compromiso como oficial de la Policía, que pese a que no fue constante, fueron más de tres los requerimientos durante el año 2008, por lo que, contrario a lo afirmado por el demandante, sí se valoró de fondo su trayectoria.

Por tanto, el retiro del accionante resultaba (i) idóneo, puesto que con el propósito de preservar la imagen institucional⁷³, esta medida es indispensable para depurar el personal uniformado que no satisface las exigencias constitucionales del servicio policial (eficiencia y confiabilidad), en cuyo cumplimiento del deber tiene que ser constante, lo contrario, puede acarrear traumatismos para la misión institucional⁷⁴; (ii) necesario, porque de los varios

⁷² En similar sentido, se pronunció esta sección (subsección B), en sentencia de 18 de noviembre de 2010, expediente 25000232500020021034201 (0948-2009), C. P. Gerardo Arenas Monsalve: «En el caso concreto, revisada la sección de anotaciones de la hoja de vida del actor, se observa que, no obstante describir su rendimiento laboral con proximidad al retiro el último período evaluado, [...] en el que se registra en términos generales un buen desempeño en sus fusiones [sic] debe decirse, de una parte, que dichas consideraciones no otorga *per se*, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan anotaciones sobre la realización de actos de excepcional mérito y reconocimiento, que por su inmediatez con la decisión de retiro del servicio, eventualmente permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio».

⁷³ La Policía Nacional, dada su misión de mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos subjetivos, que se logra dentro del marco de una convivencia pacífica, debe preservar su imagen como institución confiable, dignificada y respetuosa de tales derechos.

⁷⁴ De ahí que la medida sea adecuada ante la existencia de requerimientos destinados al policial por parte de la máxima autoridad de mando dentro de la dependencia en la que laboraba, acerca de demoras en el cumplimiento de determinadas labores atañedoras a su función como jefe administrativo de ese departamento de policía, «[...] *traumatizando así el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular [...]*», como se plasmó en uno de los requerimientos relacionados en el acápite de pruebas, puesto que fueron más de tres y algunos reiterados; actuar que resulta



requerimientos efectuados al actor en los que se le conminaba a cumplir las órdenes impartidas y reiteradas, se colige que su actuar no fue acorde con la función policial, y ese tipo de comportamientos ocasiona un desmejoramiento en el servicio que presta la institución, a la que se le exige con mayor rigurosidad el cumplimiento de sus finalidades⁷⁵, y (iii) proporcional, puesto que el retiro discrecional comporta una medida razonable y razonada de depuración de personal, que, como el accionante, no es perseverante en el cumplimiento estricto de sus funciones, máxime el grado que ostentaba dentro de la línea de mando oficial, y en tal sentido, ha de prevalecer el interés general atañadero a un servicio público policial eficaz y confiable, dada su función constitucional, frente al desempeño deficiente de un servidor estatal⁷⁶.

Por lo anterior, la Sala estima que la Administración colmó el mínimo de motivación expresa, habida cuenta de que dejó plasmadas las razones objetivas que condujeron a la adopción de la decisión definitiva de retiro, de las cuales tuvo conocimiento el accionante, quien además accedió a los oficios que la sustentaron, tanto es así que los anexó a la demanda. De igual modo, no se demuestra una falsa motivación, entendida esta como una falsedad de los hechos o su apreciación errónea⁷⁷, puesto que verificada la historia laboral y los oficios que sirvieron de fundamento para recomendar el retiro, resultó evidente que el compromiso del servidor hacia el ejercicio de sus funciones no era constante, pues en varias ocasiones fue requerido por incumplimiento de

inadmisible para la relevancia que ostenta la Policía Nacional dentro de la institucionalidad del Estado colombiano, como preservadora de la convivencia pacífica y del orden justo.

⁷⁵ Recuérdese que entre las posibilidades con las que cuentan los altos mandos de la Policía Nacional (numerales 6 y 7 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000), con el fin de depurar el personal uniformado, en aras de la preservación de la imagen institucional para la consecución de su misión constitucional, ante falencias en la prestación atañederas al incumplimiento de metas y tareas encomendadas para el desarrollo de la función policial, la facultad discrecional para disponer el retiro del servicio de un oficial, quien traumatiza «[...] el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular [...]» (como en el caso del actor), resulta ser la única medida ineludible ante los varios llamados de atención, pues, se insiste, a sus miembros se les exige actuar con mayor rigurosidad (de manera proba, responsable, irreprochable e intachable) en el ejercicio de sus funciones.

⁷⁶ Si bien en este escenario se sacrifica el derecho atañadero a la vinculación laboral del oficial, esto tiene asidero en el interés general, como se explicó en párrafos anteriores, ya que la deficiencia en la prestación de su servicio deviene en la afectación de la misión institucional, dado el desacato a órdenes del comando del departamento al que pertenecía, que igualmente tiene como propósito cumplir funciones propias de la institución para su buen funcionamiento (por ejemplo, en temas presupuestales, en los cuales la información que envíe oportunamente, en su condición de jefe administrativo de su departamento de policía, permite a otras dependencias cumplir las correspondientes actividades en torno al asunto).

⁷⁷ BERROCAL GUERRERO, op. cit., p. 550. «Este vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica, de allí que se dé en las siguientes situaciones:

- Por falsedad en los hechos, esto es, cuando se invocan hechos que nunca ocurrieron, o se describen de forma distinta a como ocurrieron.
- Por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan».



órdenes y metas. Lo mismo se concluye respecto de la desviación de poder⁷⁸ alegada en la acción, ya que al analizar la proporcionalidad de la medida adoptada por la Administración (desvinculación discrecional), se observa que el fin que se persiguió fue el mejoramiento del servicio público (interés general), pues, como se explicó, la función especialísima de la fuerza pública exige que su personal sea riguroso en el ejercicio de sus actividades y no es recomendable para la imagen institucional conservar oficiales que en el cumplimiento de sus tareas desatiendan los requerimientos de los superiores.

Ahora bien, el demandante alega que no se enteró de la actuación administrativa tendiente a disponer su retiro, sino hasta el día en el que se le notificó el Decreto 1140 de 2009 tuvo conocimiento que la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional se reunió el 15 de diciembre de 2008, y recomendó su desvinculación. Sobre este aspecto, cabe insistir en que esta clase de retiro del servicio policial, al proceder en ejercicio de una facultad discrecional, no puede estar precedida de un procedimiento administrativo en el que el actor pueda intervenir para desvirtuar los argumentos y las pruebas que llevan a esa decisión, cuanto más si el único requisito exigido por el legislador es que esa determinación sea basada en la recomendación de la correspondiente junta asesora, encargada de valorar la trayectoria profesional del uniformado de manera objetiva, para que se evidencie el mejoramiento del servicio que se persigue.

En lo referente a la aseveración del accionante en el sentido de que su retiro no fue por las supuestas fallas como jefe administrativo sino como consecuencia de un operativo realizado el 12 de noviembre de 2008, que dio lugar a la apertura de una investigación disciplinaria, la Sala precisa que de las pruebas aportadas al plenario no se observa que ese hecho haya podido influir en la decisión de desvinculación del demandante, toda vez que, como se analizó en líneas anteriores, la situación fáctica aducida en la motivación expresa del acto resulta acorde con la realidad que rodeaba su situación laboral, incluso desde el año 2006. Además, respecto de las irregularidades que hubiesen podido suceder en tal operativo, la Administración resolvió iniciar la investigación correspondiente, la cual, cabe aclarar, se cerró con decisión de «*responsable suspensión de 180 días*», sin embargo, no se evidencia que haya sido el motivo o el móvil que condujo a su retiro discrecional, ni otro de carácter

⁷⁸ BERROCAL GUERRERO, op. cit., pp. 553 a 554. «[...] tiene lugar cuando un acto administrativo [...] en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto», y en actos discrecionales «[...] el fin, y especialmente el fin último de todo acto administrativo, como es el de interés general o el mejoramiento del servicio, vienen a erigirse en el elemento o factor último para valorar su legalidad».



personal, como se indica en el libelo introductorio.

En cuanto a la aserción del demandante, acerca de que el examen de fondo de su trayectoria profesional no existió porque la junta asesora en el acta 15 de 2008 dejó consignado que prestaba sus servicios en el Valle de Aburrá, cuando no se encontraba en esa unidad, esta carece de la entidad suficiente para desvirtuar la legalidad del acto, pues no deja de ser un error aislado, que en nada afecta el fundamento de la junta para recomendar su retiro, porque más adelante se advierte que «[...] *las razones del mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta, se fundamentaron en los continuos llamados de atención por parte del Comandante del Departamento de Policía Nariño, durante el año 2008* [...]», como se constató en líneas precedentes.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

Por último, en relación con la condena en costas, no se procederá a ello respecto de la parte vencida, dado que en el prisma del artículo 171 del CCA no se advierte, en síntesis, abuso en la actuación, en la medida en que, como lo ha sostenido esta Corporación⁷⁹, el demandante carece de temeridad porque presentó la acción bajo la creencia de que le asistía un fundamento razonable. Tampoco se detecta una injustificada falta de colaboración o proceder con interés meramente dilatorio que conduzca a considerar que incurrió en una

⁷⁹ Sección tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, radicado 10775, C. P. Ricardo Hoyos Duque. «La nueva disposición [artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA] contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]

La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora».



conducta reprochable que lo obligue a correr con los gastos realizados por la otra parte.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, para cuyo efecto se establecen las siguientes reglas:

1.1 La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

1.2 En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarse copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa.

1.3 En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad.

2. Adviértese a la comunidad en general que las consideraciones y la decisión adoptadas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación, constituyen precedente vinculante, en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ibidem*, y deben acatarse



para decidir controversias pendientes de solución, tanto en sede administrativa como de competencia de esta jurisdicción; sin embargo, no se aplicarán a casos que hayan hecho tránsito a la cosa juzgada, por ser inmodificables.

3. Revócase la sentencia de ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, «*sala de decisión del sistema escritural*», que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Luis Alfredo Burgos Pabón contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional –, y en su lugar, niéganse conforme a la motivación de esta providencia.

4. Sin condena en costas.

5. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese, publíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ