



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA
Radicación: 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.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, presento mi salvamento de voto respecto de la sentencia del 7 de abril de 2022, que se dictó en el proceso de la referencia. Las razones son las siguientes:

Estimo que, en el asunto particular y concreto, debía accederse a la pretensión de nulidad. En la demanda, el señor Luis Alfredo Burgos Pabón indicó que nunca conoció los llamados de atención contenidos en los oficios que motivaron su retiro. Agregó que no se le concedió la oportunidad de refutarlos y ejercer su derecho a la defensa. También hizo énfasis en que no aparece ningún registro en su folio de vida durante ese período calificable, sobre los citados oficios, sino que por el contrario se pueden apreciar las felicitaciones y reconocimientos a su buen desempeño en el cargo. Adicionalmente, señaló que en las evaluaciones de desempeño de los años 2006 a 2008 obtuvo una calificación superior. Al respecto, se precisa que, en efecto, la calificación de 1200 es la mejor que puede obtener el integrante de la Policía Nacional, como lo prevé el artículo 39 del Decreto 1800 de 2000, que señala:

«ARTICULO 39. FORMULARIO No. 1 EVALUACION DEL DESEMPEÑO POLICIAL. Se aplica a todo el personal uniformado en servicio activo de la Policía Nacional. Sobre su alcance, diligenciamiento y trámite se observarán los parámetros que para el efecto disponga la Dirección General de la Policía Nacional, teniendo en cuenta factores de desempeño personal y profesional, evaluación final, revisión y clasificación y notificaciones.

PARAGRAFO. A cada uno de los factores de la evaluación del desempeño profesional se le asigna un valor entre cero (0) y mil doscientos (1200) puntos; los mil doscientos (1200) puntos corresponden al cien por ciento (100%) del cumplimiento de la gestión, cuando supere este porcentaje podrá asignársele un puntaje proporcional hasta mil cuatrocientos (1400) puntos.

El desempeño personal se evaluará entre cero (0) y mil doscientos (1200) puntos, partiendo siempre de mil doscientos (1200) puntos cantidad que se disminuirá de acuerdo con las afectaciones que se establezcan en el respectivo formulario.»



Ahora bien, en el Decreto 1140 de 2009, que motivó el Decreto 4859 del 30 de noviembre de 2008, por el cual se dispuso el retiro discrecional del servicio del demandante, refiere que las razones de mejoramiento del servicio consistieron en «los continuos llamados de atención por parte del comandante del departamento de policía de Nariño, durante el año 2008, en los cuales se demuestran los bajos resultados en la gestión del señor mayor Luís Alfredo Burgos Pabón, como jefe administrativo de ese departamento». El referido decreto resalta la baja gestión administrativa del mayor, que, en criterio de la entidad, se acreditó con los oficios 000917 COMAN DENAR del 14 de abril de 2008; 001122 COMAN DENAR del 3 de mayo de 2008; 001649 COMAN DENAR del 23 de julio de 2008; y 001782 del 5 de septiembre de 2008.

Es de anotar que el Oficio 1122 COMAN DENAR de 3 de mayo de 2008 reprochó la falta de compromiso del mayor por no haber dado respuesta a unas solicitudes y por no haber diligenciado unos formatos. A su turno, en el Oficio 1649/COMAN DENAR de 23 de julio de 2008 se requirió al mayor que informara porque no cumplió con las metas y la ejecución de aportes de acuerdo con las proyecciones de la Dirección Administrativa y Financiera. Por su parte, el Oficio 1782/COMAN DENAR de 5 de septiembre de 2008 refiere que el mayor Luis Alfredo Burgos Pabón no presentó los informes mensuales sobre *Fortalecimiento y Acercamiento con Gremios Empresarios y demás Entidades Públicas o Privadas*.

En suma, para la entidad, los bajos resultados del mayor están acreditados con los oficios en cita, que denotaron su falta de compromiso y desdibujan la total confianza que debían tener sus superiores en él.

En ese orden, dado que la motivación del acto de retiro se circunscribe a la deficiente gestión administrativa del demandante, lo obligado es remitirse a la evaluación de desempeño, como un instrumento diseñado para calificar la gestión administrativa del oficial; esto, en los términos del Decreto 1800 de 2000, cuyo artículo 10 *ibidem* señala que:

«ARTICULO 10. NIVEL DE GESTION ADMINISTRATIVA. Se considera para efectos de evaluación al personal que desarrolla tareas relacionadas con la administración de los recursos, de talento humano o de servicio y apoyo. Este nivel lo conforman tres categorías:

1. De Dirección: Se refiere al personal responsable del cumplimiento de las metas estratégicas, está integrado por Directores de las direcciones que cumplen funciones administrativas, Comandante de Departamento y Policías Metropolitanas, Directores Seccionales de la Escuela Nacional de Policía "General Santander" y quienes en condición de Jefes o Directores se desempeñen en organismos de la Administración Pública o quienes cumplan funciones equivalentes en las demás direcciones.

[...]

Ahora bien, en el asunto bajo estudio, obra la evaluación de desempeño del periodo 1.º de febrero a 15 de noviembre de 2008 (9 meses y 15 días), del mayor Luis Alfredo Burgos Pabón, realizada por el subcomandante del Departamento de Policía de Nariño. En dicha evaluación se otorgó el actor un puntaje máximo de 1200. Durante este año no obran anotaciones negativas. Del análisis de la



evaluación se resaltan 4 felicitaciones. En lo que concierne al manejo presupuestal, obran las siguientes anotaciones:

18	02	08	CAPACIDAD PARA GENERAR Y OBTENER RECURSOS: Al diseñar y proyectar la iniciativa en el desarrollo de los soportes para la solicitud de autorización de las vigencias futuras de 2009, donde se notó profesionalismo y conocimiento del tema a proyectar un valor considerable y satisfactorio para el Departamento de Policía de Nariño.
12	03	08	RACIONALIZACIÓN DEL GASTO: Al diseñar mecanismos de control que conllevan al cumplimiento en la austeridad en el gasto público, referente al consumo de combustible de acuerdo a los estándares establecidos por la Dirección General de la policía, generando con esto la optimización de los recursos asignados a la unidad.
30	04	08	ADMINISTRACIÓN EFICIENTE DE LOS RECURSOS: Por su capacidad para administrar como jefe administrativo del Departamento, al igual que su capacidad de dominio de la parte presupuestal, contable, contractual y de tesorería, <u>al no ser objeto de llamados de atención por parte de la Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional</u> , logrando ubicar a la Unidad como una de las mejores ejecutoras del Presupuesto Nacional durante el primer trimestre. (resaltado fuera el texto)
10	07	08	CAPACIDAD PARA GENERAR Y OBTENER RECURSOS: Se resalta la labor del evaluado al lograr la consecución a través del comando del departamento, y ante la dirección administrativa y financiera de la Policía Nacional, de unos recursos económicos con el fin de suplir las necesidades de combustible para el parque automotor del departamento de policía de Nariño, logrando una adición presupuestal importante para el buen funcionamiento de las unidades de policía en el Departamento.
25	07	08	ADMINISTRACION EFICIENTE DE LOS RECURSOS: El evaluado ha demostrado interés por solventar las necesidades de la Unidad al liderar la distribución en forma equitativa y dentro del plan de compras de los recursos asignados a la Unidad.
30	09	08	RACIONALIZACION DEL GASTO: El evaluado demuestra profesionalismo y responsabilidad en la administración y organización de los recursos asignados a la unidad, siempre atento para no sobrepasar los límites y aplicando la austeridad en el gasto público.

En lo que atinente al compromiso con la Policía Nacional, obran 4 anotaciones que indican:

05/03/08	COMPROMISO INSTITUCIONAL: Por su labor demostrada en el desarrollo de los diferentes procesos que se llevan en la Jefatura administrativa de la unidad, demostrando conocimiento y compromiso para la consecución de recursos para el buen funcionamiento del departamento de policía de Nariño, <u>sin llegar a ser objeto de llamados de atención por parte de los entes de control y de los mandos superiores.</u> (Resaltado fuera de texto)
20/04/08	COMPROMISO INSTITUCIONAL: El evaluado se caracteriza por su sentido de compromiso para con las labores propias de su cargo y, además ayuda y lidera para dar soluciones prontas y eficaces a situaciones que se presentan en su grupo de trabajo.
30/05/08	COMPROMISO INSTITUCIONAL: Por su capacidad para actuar y tomar decisiones razonables en el tiempo requerido, que conducen a una buena ejecución de los recursos económicos y financieros, demostrando con ello mística institucional y sentido de pertenencia para con sus compañeros de trabajo y un asesor oportuno para el comando del departamento de policía de Nariño.
30/06/08	COMPROMISO INSTITUCIONAL: El evaluado durante el transcurso del primer semestre no ha sido objeto de llamados de atención por parte de sus superiores, y se ha destacado por asesorar en la toma de decisiones al comando del departamento, y además por cumplir a cabalidad con cada una de las funciones asignadas dentro de la Jefatura administrativa de la unidad.



Respecto al acatamiento de las órdenes de sus superiores, obra la siguiente anotación:

30/08/08	ACATAMIENTO DE NORMAS: El evaluado acata de manera ágil y oportuna las órdenes impartidas por sus superiores subordinándose a ellas en forma cortés y adecuada, es respetuoso con sus superiores y subalternos, acata las normas e instrucciones impartidas con respecto a las órdenes de servicio además de seguir los lineamientos institucionales.
----------	--

De acuerdo con lo anterior, luego de analizar la evaluación de desempeño policial del demandante durante el 2008 (último año de servicio), en la cual obtuvo un puntaje de 1200 puntos, que corresponden a una calificación superior, y al confrontarla con los oficios en los que se le reprocha la deficiente gestión administrativa y falta de compromiso, se advierte que no hay correspondencia entre las evaluaciones de desempeño y los referidos oficios.

En efecto, el instrumento de evaluación del año 2008 resalta en seis oportunidades las capacidades del demandante en la administración de recursos y el dominio de la parte presupuestal y contable. Incluso se indica que «no son objeto de llamados de atención por parte de la dirección administrativa y financiera de la Policía Nacional, logrando ubicar a la unidad como una de las mejores ejecutoras del presupuesto nacional durante el primer trimestre». Se agregó que «el evaluado demuestra profesionalismo y responsabilidad en la administración y organización de los recursos asignados a la unidad». En cuatro oportunidades se resalta su compromiso institucional en la evaluación de desempeño, llevando a «Una buena ejecución de los recursos económicos y financieros».

Así pues, al valorar en conjunto la evaluación de desempeño del año 2008 junto con los oficios que presuntamente acreditan la mala gestión administrativa del demandante, se concluye que aquellos no fueron tenidos en cuenta por el evaluador, sin que la entidad haya dado explicaciones suficientes que justifiquen dicha inconsistencia. Por tanto, no se explica cómo la Policía Nacional en la evaluación de desempeño le concede al oficial una calificación superior que no se ve afectada por los múltiples requerimientos plasmados en los oficios; sin embargo, dichos oficios sí se tienen en cuenta para retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, y edifican la motivación alegada por la entidad.

Lo anterior permite inferir que el acto administrativo que retiró del servicio al actor, con fundamento en la facultad discrecional, desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el incumplimiento de unos requerimientos de índole administrativo no tuvo la entidad suficiente para afectar su calificación de desempeño, pero para la entidad sí justifican el retiro de un uniformado, porque ello, en su criterio, implica que no colmó los estándares del servicio de la Policía Nacional.

La falta de congruencia entre las evaluaciones de desempeño y el ejercicio de la facultad discrecional motivado en los oficios previamente citados, solo permiten colegir que los actos acusados están viciados de nulidad por falsa motivación, en la medida en que no expresaron las razones reales y objetivas que fundaron la



decisión de retirar al mayor del servicio de la Policía Nacional. Por el contrario, se deduce que existen unos motivos ocultos de la entidad ajenos al mejoramiento del servicio y que, al verse compelida a cumplir el fallo de tutela, acudió a los oficios previamente referenciados para justificar el ejercicio de la facultad discrecional.

En consecuencia, aunque comparto el contenido de la regla de unificación según la cual la recomendación del retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación que sirve de sustento a la separación de la institución debe estar respaldada en razones objetivas, que deben ser dadas a conocer al miembro de la fuerza pública (definida a partir de la sentencia SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional), advierto que no se aplica al caso concreto, pues de hacerlo, lo pertinente sería confirmar la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados. Considero que, de haberse atendido la regla de unificación, se habría concluido que la recomendación de retiro del demandante no estaba respaldada en razones reales y objetivas acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Además, se debe anotar que el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009, dictado en cumplimiento de la sentencia de tutela de 20 de marzo de 2009, señala que los miembros de la Policía Nacional deben gozar de total confianza para el desempeño de sus funciones, a prueba de cualquier tacha y resalta que al perderse la confianza se pone en riesgo la seguridad del Estado y la vida de los hombres bajo su mando.

Ahora bien, tal como lo aduce la sentencia de unificación, cuando un uniformado no cuenta con la más alta aptitud, compromiso, confianza y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones públicas, el gobierno nacional, en el caso de los oficiales, tiene la posibilidad de ejercer de manera discrecional la potestad de retiro del servicio. Ciertamente, la noción de confianza es un concepto jurídico indeterminado inmerso en el ejercicio mismo de la facultad discrecional, este hecho sin embargo no exime al juez de valorar las circunstancias que presuntamente generan o causan la falta de confianza del nominador y que habilitan el ejercicio de la facultad discrecional para retirar del servicio al empleado.

De modo que en cada caso concreto corresponde al juez abordar si el ejercicio de la facultad discrecional es proporcional frente a los hechos por los cuales presuntamente se pierde la confianza en el servidor. Así pues, se resalta que la falta de confianza en el demandante que fue retirado del servicio se estructuró a partir de haber incumplido una serie de requerimientos administrativos, lo cual mostraba su falta de compromiso con la institución. Por tanto, la referida falta de compromiso fue la que en últimas sirvió de fundamento a la entidad para ejercer la facultad discrecional.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio se observa que el ejercicio de la facultad discrecional no fue proporcional a los hechos que presuntamente la motivaron, pues como se explicó en la primera parte de este salvamento, los incumplimientos endilgados al señor Luis Alfredo Burgos Pabón no afectaron siquiera su evaluación de desempeño, pero en criterio de la entidad, sí generaron



una pérdida de confianza tal que conducía irremediablemente al retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

Entonces, si el miembro de la Policía Nacional debe conocer los motivos que llevaron a su separación del servicio, con el fin de que el juez pueda valorar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en este caso, ello no se cumple, pues si los oficios no fueron razón suficiente para incidir en la calificación de servicio, no es razonable ni proporcional que sí lo puedan ser para disponer el retiro fundado en el ejercicio de una potestad discrecional de la cual no se desprende el mejoramiento del servicio.

Adicionalmente, destaco, como aspecto de especial relevancia, que la regla de unificación contenida en el numeral 1.3 de la parte resolutive de la sentencia del 7 de abril de 2022 indica que el juez debe determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, esto es, constatar si sus motivaciones o razones están de acuerdo con la ley.

Al respecto, manifiesto que no comparto esta regla genérica, porque considero que esa es la esencia de la función pública de administrar justicia y no se debe unificar para recordarle al juez cuáles son sus deberes. En mi criterio, esta regla excede la línea del juez de la unificación y con ella se invade el margen de la independencia judicial, pues la naturaleza misma de la labor del juez contencioso le impone decidir los asuntos sometidos a su conocimiento y juzgar si el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por estar afectado por cualquiera de las causales de nulidad previstas en la ley. Esto incluye el análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de una particular medida adoptada con fundamento en la facultad discrecional.

Ciertamente, tanto el artículo 228¹ de la Constitución Política como el artículo 5² de la Ley 270 de 1996, disponen que el ejercicio de la función constitucional y legal de administración de justicia se orienta por los principios de autonomía e independencia. Esto se traduce en un amplio margen para los jueces en la interpretación y adopción de los criterios para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, ajustado, desde luego, a la Carta Política, la ley y la jurisprudencia.

Cosa distinta es que, en caso de que no se haya permitido conocer al retirado la recomendación de la junta y sus soportes, el juez pueda valorar todos los documentos que se aporten al plenario, así como las razones que llevaron a recomendar el retiro y, de ser el caso (cuando sea objeto de controversia),

¹ En efecto, el artículo 228 de la Constitución Política dispone: «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo».

² «ARTÍCULO 5º. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.»



analizar las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, junto con los demás argumentos y causales de nulidad que se propongan en la demanda.

Por lo tanto, no comparto la decisión adoptada por la Sección Segunda, en la sentencia del 7 de abril de 2022.

Respetuosamente,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

