



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

Salvamento de voto

Radicado : 52001-23-31-000-2009-00349-01
No. Interno : 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. Sentencia de unificación.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, procedo a manifestar las razones por las cuales no comparto el fallo de unificación del 7 de abril de 2022 que revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

En mi criterio la sentencia del Tribunal debió confirmarse justamente con fundamento en las reglas de unificación que se fijan en la sentencia mayoritaria y que dice sentar la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el retiro del personal uniformado de la Policía Nacional y de las fuerzas militares por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, en los siguientes términos:

“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”.

El Consejo de Estado, en ejercicio de su función unificadora como máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo fija reglas para que sean aplicadas a hechos análogos. Por ello, tienen fuerza vinculante y un contenido normativo que se integra con los hechos juzgados, para así conformar el precedente. Hago esta precisión porque *“precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez”* (sentencia T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

Por tanto, se trae a colación el fallo T-970/12, M.P. Alexei Julio Estrada, donde se indica que para establecer la vinculatoriedad de la ratio decidendi de una sentencia, se debe verificar la analogía entre los supuestos fácticos, así:

“La pregunta que surge entonces en este punto, más allá de las elaboraciones doctrinales acerca del valor del precedente en casos futuros análogos, hace relación con la determinación de la ratio decidendi de una sentencia que cuenta con valor precedencial y con la verificación de la analogía entre los supuestos fácticos de los casos confrontados, de tal manera que pueda concluirse que un nuevo caso, sometido a un tribunal o a un juez, es susceptible de ser resuelto con base en la doctrina dictada en una decisión previa. En otras palabras, se hace necesario precisar las condiciones concretas de aplicación del precedente y establecer en qué debe consistir la analogía entre dos casos”.

Esta precisión conceptual sobre los hechos y el precedente adquiere suma relevancia en el fallo del cual me aparto, porque la regla de unificación ordena que la recomendación de retiro debe contener el estudio pertinente y completo de la sugerencia de desvinculación, respaldado en razones objetivas, sin visos de arbitrariedad o capricho. Sin embargo, a partir del análisis de los hechos del litigio



claramente no fue aplicada, pasando a desnaturalizarse la finalidad de las sentencias de unificación, como procedo a explicar.

En el marco de esta litis, el hecho más relevante consiste en que el demandante fue retirado del servicio mediante el Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008. Este acto discrecional no estaba expresamente motivado, en la medida que solo indicó como fundamento normativo la facultad discrecional regulada en la Ley 857 de 2003, indicando que *“obedece eminentemente a las razones del servicio con el fin de procurar garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del ESTADO”*.

Ciertamente fue en cumplimiento de un fallo de tutela, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, que el 20 de marzo de 2009, el Ministerio de Defensa Nacional expidió el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009, donde expuso las razones de mejoramiento del servicio por las que se ordenó el retiro y que constituyen la motivación del Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008. Allí se indicó que los continuos llamados de atención por parte del Departamento de Policía Nariño durante el año 2008 demostraban los bajos resultados en gestión del actor como jefe administrativo de ese Departamento. Para mejor ilustración me remito a su tenor literal:

“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 irreprochable como ejemplo para todos sus conciudadanos; la 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, 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, 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, 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, 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 públicas [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 (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, la primera regla de unificación se desglosa de la siguiente manera: La recomendación de retiro debe basarse en (i) un estudio pertinente; (ii) respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho); (iii) plasmadas en la respectiva acta (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); y (iii) se debe conceder la oportunidad al interesado de conocer su contenido.

Ciertamente, a luz de la regla de unificación, la recomendación de retiro debe contener las razones reales y objetivas por las cuales se dispuso la desvinculación del servicio, significa ello entonces que en la motivación contenida en los decretos demandados no caben expresiones como “*entre otros*”, ya que se da entrada a razones distintas que no se indican en el acto de retiro y que lógicamente el interesado desconoce.

Al entenderse que están debidamente motivados los decretos demandados, la resolución del caso concreto, entra en contradicción con la parte motiva del fallo que indica “*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 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*”.

Entonces surge la pregunta consistente en ¿Cómo puede el demandante controvertir los soportes que llevaron a desvincularlo, si el Ministerio de Defensa no



se los dio a conocer? Es más, deviene en un contrasentido entender que efectivamente pudo ejercer su derecho de defensa respecto de esos “entre otros” llamados de atención, cuando es el Consejo de Estado, en la sentencia quien analizando la hoja de vida considera *motu proprio* que efectivamente hay otros llamados de atención desde el año 2006. Pese a que en el acto de retiro expresamente se indica que durante el año 2008, el demandante demostró bajos resultados en la gestión como jefe administrativo, y que por ellos se ejerció la facultad discrecional. En efecto, en la sentencia se indica:

“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”.

En mi criterio, la primera regla de unificación no se aplica a los hechos materia de litigio, toda vez que la sentencia toma esos “otros” llamados de atención realizados en años anteriores a la desvinculación, para así justificar la legalidad del acto. Se materializa así una contradicción porque no tiene operatividad la regla de unificación, en tanto la motivación no contiene un *estudio pertinente y completo sobre la sugerencia de desvinculación*.

Por consiguiente, el propósito de la regla de unificación dirigido a que no existan motivos ocultos y ajenos al mejoramiento del servicio, no se cumple en el presente asunto, conllevando a que en la práctica no se garantice la eficacia el derecho al debido proceso, pues la motivación pasa a ser solo un requisito formal.



Condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa discrecional y los vicios de falsa motivación y desviación de poder

Ahora bien, la sentencia indica que pese a que la administración no indique de forma expresa los hechos que dieron lugar a la decisión de retiro del servicio, por este solo hecho el acto no está viciado de nulidad, de modo que corresponde al juez determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, en armonía con las reglas de la sana crítica, así:

“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 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”.

En este sentido, lo procedente es examinar si el ejercicio de la facultad discrecional fue proporcional a los hechos que le sirven de causa y razonable, esto es, si como lo dice del fallo, hubo coherencia y concordancia entre la decisión de desvinculación y el mejoramiento en la prestación de servicio.

Bajo esta perspectiva, lo cierto es que en la motivación de los decretos demandados se indicó que las razones de mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta se fundamentaron en los continuos llamados de atención durante el año 2008, que demostraban los bajos resultados en la gestión del Mayor, como jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño.

En mi opinión, si las razones reales y objetivas contenidas en la recomendación de retiro están ligadas a la adecuada gestión administrativa, entonces lo lógico y coherente es que la recomendación correspondiera al contenido de la evaluación de desempeño del accionante, en su calidad de jefe administrativo del



Departamento de Policía de Nariño. Por el contrario, las evaluaciones de desempeño del accionante tuvieron una calificación superior de 1200.

En efecto, se observa que el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 hace énfasis en la baja gestión administrativa del Mayor, acreditada 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.

El Oficio 1122 COMAN DENAR de 3 de mayo de 2008 reprocha la falta de compromiso del Mayor por no haber dado respuesta a unas solicitudes y no diligenciar 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 no presentó los informes mensuales sobre Fortalecimiento y Acercamiento con Gremios Empresarios y demás Entidades Públicas o Privadas.

Para el Ministerio de Defensa los bajos resultados del Mayor están acreditados con los oficios en cita, que denotaban su falta de compromiso y deficiente gestión administrativa.

Dentro de este orden de ideas, visto 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 en comento; esto, en los términos del Decreto 1800 de 2000, cuyo artículo 10 *ídem* señala que:

“ARTÍCULO 10. NIVEL DE GESTIÓN 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.



(...)"

Cabe resaltar que en el asunto bajo estudio, obra la evaluación de desempeño del periodo 1 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 de 1200. Durante este año no obran anotaciones negativas. Por el contrario, 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 2019, donde se notó profesionalismo y conocimiento del tema al 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 y de tesorería, al no ser 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.
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	ADMINISTRACIÓN 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	RACIONALIZACIÓN 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.
----------	---

Se plantea entonces claramente la falta de correspondencia entre la evaluación de desempeño del año 2008 calificada con 1200 (puntaje superior) y los referidos oficios, en los que se le reprocha la deficiente gestión administrativa y falta de compromiso.



A este respecto, se advierte que la evaluación de desempeño 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 accionante, se evidencia 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 Mayor una calificación superior que no se ve afectada por los *“múltiples requerimientos plasmados en los oficios”*. No obstante, dichos oficios sí se tienen en cuenta para retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, constituyendo la motivación alegada por la entidad.

Como resultado del análisis en conjunto de las evaluaciones de desempeño y los referidos oficios, es claro 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 afectó su calificación de desempeño, pero para la entidad sí tienen la envergadura suficiente que justifica el retiro para mejorar la prestación del servicio.

De esta manera, la falta de congruencia entre las evaluaciones de desempeño y el ejercicio de la facultad discrecional motivado en los oficios previamente citados, solo permite inferir que los actos acusados están viciados de nulidad por falsa motivación, en la medida que no expresaron las razones reales que fundaron la decisión de retirar al Mayor del servicio de la Policía Nacional.



En mi opinión, si las razones reales y objetivas contenidas en la recomendación de retiro están ligadas a la gestión administrativa, entonces lo legal y coherente es que los oficios se vieran reflejados en la evaluación de desempeño del accionante, en su calidad de jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño.

Por el contrario, se deduce que existen unos motivos ocultos del Ministerio de Defensa ajenos al mejoramiento del servicio, quien al verse compelido a cumplir el fallo de tutela, acudió a los oficios previamente referenciados para tratar de justificar el ejercicio de la facultad discrecional. Así pues, en la realidad no se cumplió con el amparo ordenado por el juez constitucional, porque los cuatro oficios invocados no son las razones verdaderas que llevaron al retiro del servicio.

En consecuencia, aunque se comparte la regla de unificación, no se puede pasar por alto que no se aplica al caso concreto, pues se habría concluido que la recomendación de retiro del Mayor no estaba respaldada en razones reales y objetivas acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, encontrándose acreditados los vicios de falsa motivación y desviación de poder. En este orden de ideas, lo procedente era confirmar el fallo del Tribunal que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

De la pérdida de confianza

El Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009, motivó el Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008, y afirmó de forma general que los integrantes de la Policía Nacional deben gozar de la total confianza en el ejercicio de sus funciones. Este decreto hace énfasis en que aquellos *“hombres de comportamiento pulcro, depositarios de la confianza de sus coterráneos, más aún cuando esa confianza pone en riesgo la seguridad del Estado y los hombres bajo su mando”*.

Bajo la misma línea, el fallo de unificación afirma que *“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”.

Ciertamente, la noción de confianza está ligada al ejercicio de la facultad discrecional para el retiro del servicio, por tanto, cuando el Ministerio de Defensa motiva los actos demandados hace una breve exposición sobre la confianza que se requiere en el ejercicio de las funciones del integrante de la Policía Nacional, y a reglón seguido aduce que su gestión administrativa fue deficiente.

Por tanto, al hacer el control de legalidad de la decisión de retiro, corresponde al juez evaluar esos hechos relevantes que para el empleador habilitaron el ejercicio de la facultad discrecional, que conforme la motivación esbozada serían i) la pérdida de confianza y ii) los continuos llamados de atención dirigidos al Mayor, en razón de la baja gestión administrativa como Jefe Administrativo del Departamento de Policía.

Debe advertirse que el ejercicio de la facultad discrecional por parte de las autoridades públicas, no es igual a arbitrariedad, por consiguiente, en el proceso de control de legalidad de los actos administrativos, la entidad está obligada a mostrarle al juez que esos hechos determinantes existieron, *“lo que supone para el juez de lo contencioso administrativo, correlativamente, la posibilidad de verificar en caso de controversia, la materialidad de los hechos alegados cuya exactitud condiciona la legalidad de la decisión”*¹.

No obstante, en los actos se aduce que la confianza es un elemento inherente a la función ejercida por los miembros de la fuerza pública, sin explicar por qué se afectó esa confianza, ya que en la motivación contenida en el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 solo se hace una exposición general sobre el elemento de la confianza, sin que se argumente cómo ésta se perdió en el ejercicio de funciones del demandante al ser integrante de la Policía Nacional. En este sentido resalto que no basta con que se alegue que se trata de una decisión discrecional, sino que *“la administración debe cumplir en el expediente con su obligación de razonar las decisiones”*², pues *“lo que no puede admitirse es la mera afirmación del ‘porque sí’ por parte de la*

¹ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007, Bogotá, pág. 331. Al respecto, el auto cita el Arrêt Camino del Consejo de Estado de Francia, del 14 de enero de 1916.

² *Ibidem* pág. 352



*administración y el traslado al recurrente de la carga de demostrar el 'porque no', so pretexto de una presunción que (...) agota su función en la traslación al ciudadano de la carga de impugnar la decisión administrativa"*³.

Se hace énfasis entonces en que la facultad discrecional de la administración exige del juez de lo contencioso administrativo el estudio acucioso de los hechos determinantes y las razones invocadas para retirar del servicio al policial. Ejercicio que en mi criterio no se realizó de forma suficiente en el asunto objeto del litigio, ya que la pérdida de la confianza en el Mayor no se justificó en la motivación del acto y tampoco se observa que los cuatro llamados de atención realizados al demandante en el año 2008, que ni siquiera afectaron su evaluación de desempeño, tuvieran realmente la magnitud para predicar la referida pérdida de confianza.

Bajo el razonamiento de la sentencia mayoritaria fue suficiente que en el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 se invocaran unos llamados de atención, *entre otros*, para entender que se había estructurado la pérdida de confianza en el demandante como Jefe Administrativo del Departamento de Policía, lo que a mi parecer es equivalente a avalar que en el ejercicio de la facultad discrecional sigan existiendo motivos que la administración mantiene ocultos, como una suerte de patente de corso.

A este respecto, debe señalarse que la pérdida de la confianza en el integrante de la Policía Nacional habilita el ejercicio de la facultad discrecional, pero siempre y cuando existan razones relevantes y de peso. Por el contrario, en el asunto bajo análisis, nótese que en la motivación de la decisión de retiro no se explícita por qué se perdió la confianza en el Mayor.

Conclusiones

En síntesis, considero que (i) la primera regla de unificación no se aplicó al estudiar la legalidad de la decisión discrecional de retiro; (ii) que el ejercicio de la facultad discrecional no fue proporcional a los hechos que presuntamente la motivaron, pues, los incumplimientos endilgados al miembro de la Policía Nacional no afectaron

³ *Ibidem* pág. 352, el autor cita a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, De la arbitrariedad, pág. 88.



su evaluación de desempeño, pero en criterio de la entidad, sí habilitaron el ejercicio de la facultad discrecional, por tanto, los decretos demandados están viciados por falsa motivación y desviación de poder; y (iii) la pérdida de la confianza del integrante de la fuerza pública debe estar sustentada en razones de peso.

Por último, señalo que las reglas de unificación de la providencia de la cual disiento pretender ser garantistas, pero su aplicación al caso concreto se queda corta en cuanto al estándar mínimo de motivación, la garantía del derecho al debido proceso y el respecto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por consiguiente, la sentencia debió confirmar el fallo del Tribunal que accedió a las pretensiones de la demanda.

En los anteriores términos, dejo planteadas mis respetuosas discrepancias con la decisión mayoritaria de la Sala.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Fecha et supra