

## **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Marco jurisprudencial del Consejo de Estado / ACTO DE RETIRO POR LA CAUSAL DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Facultad discrecional**

Se debe indicar que el Consejo de Estado ha adoptado una posición pacífica, en cuanto ha considerado que el llamamiento a calificar servicios, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por ello, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad, al respecto ha precisado que: El llamamiento a calificar servicios es una situación que corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad. Consecuente con lo anterior, se aparta la Sala de los argumentos que expone el recurrente en cuanto no se advierte que con la expedición del acto impugnado se encuentren vulnerados derechos de rango constitucional, pues la decisión obedece, como ya se dijo, al ejercicio de una facultad permitida por el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública... Cabe advertir de una parte, que la idoneidad y buen desempeño en el servicio, no le otorgan per se, inamovilidad al servidor en el cargo público... Con posterioridad la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció nuevamente, y señaló: El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurren razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre... Luego, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aclaró que la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios debe tener unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su aplicación, así: Tratándose del 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 llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército 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 salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. 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... 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. Así mismo, la Corporación expuso que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar los actos administrativos de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios, en la medida en que se presumen que se expedieron con la finalidad de modificar la planta de personal de la Policía Nacional para así efectivizar sus funciones

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto del llamamiento a calificar servicios en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado se pueden consultar las sentencias de 11 de junio de 2009, exp. 25000232500020010128701(2368-2008), M.P. Gerardo Arenas Monsalve; de 8 de abril de 2010, exp.

25000232500019990620001(0505-2004), M.P. Alfonso Vargas Rincón; de 17 de noviembre de 2011, exp. 68001233100020040075301(0779-2011), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

### **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Marco jurisprudencial de la Corte Constitucional**

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-053 de 2015 unificó jurisprudencia, en la que expuso que si bien, los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública no necesariamente deben relatar las razones de la baja, deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, es decir, que el estándar de motivación justificante es plenamente exigible, posición que se reiteró en las sentencias SU-172 y 288 de la misma anualidad, en los siguientes términos: Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados 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. 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. 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. 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 legamente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. 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. 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. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservarán tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente. 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... A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional. Así mismo, se debe indicar que, de manera aislada, la Sección Segunda de ésta Corporación, adoptó la posición de la Corte Constitucional, en el entendido de señalar que aunque no es necesario expresar dentro del acto administrativo de retiro las razones por las cuales se llamó a calificar servicios a un miembro de la Fuerza Pública, si debía atender a razones objetivas y hechos ciertos que lo justificara. La Corte Constitucional, volvió a fijar

su posición frente al tema, y mediante sentencia SU-091 de 2016, en la cual hizo la diferenciación entre la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, que procede cuando se acredita que se ha cumplido el tiempo para ser acreedor de la asignación de retiro con las denominadas retiro discrecional y el retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General... al respecto precisó: El llamamiento a calificar servicios es una manera normal de retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de la Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro. Esta modalidad especial de retiro del servicio obedece a la estructura piramidal de dichas carreras que no admite el ascenso al grado superior de todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior y la misma permite la renovación del personal uniformado, atendiendo a razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario... En este contexto, la Corte precisó que la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en la Ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto. Expresó que, sin embargo, ello no puede conducir a que esa figura se utilice como una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo de retiro el cual sería, entonces, susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con el llamamiento a calificar servicios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pueden consultar las sentencias SU-053, SU-172 y SU-288, todas de 2015, y SU-091 de 2016.

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Configuración del defecto sustantivo y del desconocimiento del precedente / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia**

Acorde con el escrito de tutela y las pruebas allegadas al proceso se tiene que la parte actora acudió al presente recurso de amparo, con el fin de que se deje sin efectos las sentencias de 20 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de la misma anualidad, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda – Subsección E en Descongestión, a través de las cuales se dejó sin efectos el Decreto 1002 de 1 de abril de 2015, proferido por el Presidente de la República y en consecuencia, se ordenó el reintegró a la Policía Nacional del señor AHSC y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir... La parte actora acusa a las autoridades judiciales accionadas, de incurrir en vías de hecho por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente al presuntamente, desconocer las disposiciones de la Ley 857 de 2003, en la cual se previó que el acto administrativo de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicio no requiere motivación, y de la jurisprudencia que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre el asunto. Hecho un comparativo entre la decisión acusada y el marco comparativo referido, se tiene que en efecto las autoridades judiciales accionadas incurrieron en las vías de hecho que se deprecian, por las razones que se pasan a exponer: Al señalar que el acto administrativo de retiro del señor AHSC debía expresar las razones que dieron lugar a su retiro, se impuso un requisito adicional que no se encuentra previsto en la norma que regula el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esto es la Ley 857 de 2003, y el precedente jurisprudencial desarrollado frente al caso, en donde se ha previsto que basta con demostrar que tenga el tiempo de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía

Nacional. De las pruebas allegadas al proceso, se advierte que las condiciones previstas por el legislador se habían satisfecho, pues el señor Silva Calderón contaba con más de quince (15) años en la Institución y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, recomendó su retiro. De conformidad con lo previamente expuesto, entonces, se amparará el derecho fundamental al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; y como consecuencia de ello se dejará sin efecto la sentencia de 30 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión; en su lugar se ordenará, que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, se profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**FUENTE FORMAL: LEY 857 DE 2003**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00385-00(AC)**

**Actor: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION PRIMERA, SEBSECCION E EN DESCONGESTION**

La Sala decide la acción de tutela<sup>1</sup> interpuesta a través de apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional otros contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, por proferir las sentencias de 20 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de la misma anualidad, respectivamente, a través de las cuales se accedió a las pretensiones de reintegro a la Institución y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con N° 2011-00388, decisión que, presuntamente, transgrede los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso.

---

<sup>1</sup> El proceso de la referencia subió al Despacho con el informe de la Secretaría General de la Corporación de 8 de marzo de 2015.

## EL ESCRITO DE TUTELA

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante<sup>2</sup>:

La apodera Judicial de la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional aseguró que el mediante Decreto N° 1002 de 1° de abril de 2011, fue retirado de la Institución el señor Alfonso Hernán Silva Calderón, por llamamiento a calificar servicio, acorde a lo dispuesto en los artículo 1° y 2° numeral 4 y artículo 3° de la Ley 857 de 26 de diciembre de 2003.

Indicó que por lo anterior, el señor Silva Calderón interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en la que pidió declarara la nulidad del acto administrativo referido y como consecuencia de ello ordenar su reintegro y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir.

Aseguró que correspondió por competencia el conocimiento de la acción al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá, que a través de sentencia de 20 de marzo de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda *“(...) al considerar que se configuró desviación de poder y falsa motivación al no realizarse un análisis de la hoja de vida del actor lo cual era necesario para probar que con el retiro se produciría una mejora del servicio.*

*Adujo además que, conforme al decreto 1800 de 2000, resulta injustificado prescindir de un policial que en sus calificaciones obtiene resultados satisfactorios y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas con calificaciones excepcionales de manera que la decisión de remover al actor no tuvo como fin la mejora del servicio (...).”*

Relató que inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión que mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015 confirmó parcialmente el fallo del *A quo*, para lo cual argumentó que del estudio de la hoja de vida y calificaciones del actor, no se pudo establecer que el

---

<sup>2</sup> Escrito de tutela obrante de folios 1 a 22 del cuaderno principal.

retiro del señor Silva Calderón haya contribuido a la mejora del servicio, por lo cual evidencio una desviación de poder y una falta de motivación del acto de retiro y de la recomendación hecha por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

A juicio de la parte actora, las autoridades judiciales accionadas al proferir las decisiones de primera y segunda instancia incurrieron en las siguientes vías de hecho:

**Defecto sustantivo**, indicó que las normas que regulan la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios - Decreto Ley 1791 de 2000, Ley 857 de 2003 y la Ley 923 de 2004 -, no establece como requisito la motivación del acto, razón por la cual las autoridades judiciales accionadas hicieron *“(...) una interpretación errónea y desbordada de la causal de retiro, y lo que es aún peor, a través de los fallos enunciados, se pretenda modificar el contenido de la Ley 857 de 2003 (...)”*.

**Desconocimiento del precedente**, en su entender las autoridades judiciales desconocieron el precedente fijado por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la cual *“(...) no es necesario que la autoridad administrativa manifieste y exteriorice los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores por la causal de llamamiento a calificar servicios (...)”*.

Para el efecto, citó como desconocidas las siguientes providencias:

- Consejo de Estado – Sala Plena, sentencia de 15 de junio de 2004, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación S -567.
- Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, radicado N° 68001-23-15-000-1997-12673-01 (5985-02), C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.
- Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 20 de marzo de 2013, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado N° 050012331000200103004 01.
- Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, sentencia de 28 de julio de 2014, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, radicado N° 11001031500020140105600.

- Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2014, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz, radicado N° 11001031500020140045800.
- Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, sentencia de 1° de diciembre de 2014, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicado N° 11001-03-15-000-2014-02924-00.
- Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia de 28 de mayo de 2015, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño Valencia, radicado N° 11001-03-15-000-2014-04321-01.
- Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia de 13 de agosto de 2015, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez, radicado N° 11001-03-15-000-2014-04399-01.
- Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A, sentencias de 3 y 10 de septiembre de 2015, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez (E), radicados Nos. 1100103150002015003730100 y 11001031500020150018401, respectivamente.

*Pretensiones:*

- Dejar sin efecto las sentencias de 20 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de la misma anualidad, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con N° 110001333101920110038801.
- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión que profiera decisión de remplazo, en la que se acaten los argumentos jurídicos expuestos en la presente acción, es decir con observancia del precedente jurisprudencial desarrollado por el Consejo de Estado.

**ACTUACIÓN PROCESAL DE INSTANCIA**

Mediante Auto de 10 de febrero de 2016<sup>3</sup>, la Magistrada Ponente del asunto admitió la acción de tutela instaurada por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de

---

<sup>3</sup> Folios 60 y 61 del cuaderno principal.

Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión, ordenando la notificación en calidad de demandados; y, como tercero interesado al señor Alfonso Hernán Silva Calderón, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991, se solicitó al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión enviar copia del expediente en el que se tramitó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Alfonso Hernán Silva Calderón contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, radicado con N° 2011-00388.

## **INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO**

### **Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E.**

La Magistrada Ponente de la decisión acusada, rindió informe<sup>4</sup> sobre los hechos que dieron origen a la presente acción y pidió negar las pretensiones, señalando como argumentos:

Indicó que la decisión proferida en segunda instancia por el Tribunal no incurrió en las vías de hecho que se le acusan, toda vez que se hizo el estudio pertinente del caso, se valoraron las pruebas allegadas al proceso, acorde con la normativa y la jurisprudencia desarrollada frente al tema.

Aseguró que la pretensión de la parte actora es usar la acción de tutela como una tercera instancia en la cual se reabra un debate que ya se surtió ante el juez natural del asunto.

Respecto al fondo del asunto, expuso que tal y como lo expresó en la decisión acusada, *“(...) en lo atinente al retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, el requisito que la decisión adoptada se ajuste a los fines de la norma, encuentra sustento en la presunción legal otorgada a dichos actos, es decir de haber sido expedidos `...con el fin de flexibilizar el movimiento del*

---

<sup>4</sup>Folios 75 a 86 del cdno. Ppal..



*personal que permita el mejoramiento del servicio. Atendiendo las funciones propias de ésta institución que comprometen la seguridad del Estado y de los ciudadanos, debe dotársele de herramientas dirigidas a cumplir con la protección del orden constitucional, legal y de los derechos y libertades de los ciudadanos (...).”*

Indicó además que el recurso de apelación se centró en el argumento de que para retirar al personal uniformado bajo la causal por llamamiento a calificar servicios, solo es necesario acreditar por parte del nominador la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y que el Agente tenga tiempo necesario para acceder a la asignación de retiro, situación que se aclaró en la providencia, en la que además se expresó que acorde con la normativa que rige el caso, no existe obligación expresa de motivar el acto por medio del cual se decide la remoción, ya que esa determinación se presume inspirada en la búsqueda del buen servicio, debiendo el afectado demostrar lo contrario.

Finalmente, expuso que:

*“(...) no es que la Sala se haya apartado del precedente del Consejo de Estado en cuanto a la inmotivación de los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios y que el buen desempeño genera estabilidad, sino que en este caso en particular y como se resaltó en la providencia atacada, el excepcional desempeño del demandante, reconocido por la administración en las diferentes evaluaciones, hacían ver que no se cumplió con el fin estatuido por la norma de buscar el mejoramiento del servicio, pues no es lógico ni razonable que se prescindiera de alguien calificado con la nota más alta.*

*(...)*

*Se insiste, no es cierto que se haya establecido un requisito adicional a los ya señalados por la norma que regula la causal de retiro aplicada al señor Silva Calderón, pues de no aceptarse, que los organismos encargados de recomendar la desvinculación del personal de la Institución, para ese efecto, deben partir de un análisis juicioso de la hoja de vida y demás documentos que den cuenta de la prestación del servicio, sería admitir, que tan solo bastaría cumplir el tiempo mínimo para adquirir la asignación de retiro y así poder disponer su remoción, lo cual desnaturaliza la causal, al adquirir así, un carácter meramente objetivo.*

*Tampoco se desconoció precedente judicial alguno, ya que ha sido esta misma H. Corporación, la que ha insistido en la importancia que cobra*

*la hoja de vida como documento válido para desentrañar los “aspectos subjetivos”, que dieron lugar a la recomendación que debe emitir la respectiva Junta, los cuales deben estar a (sic) ligados solo a razones de buen servicio (...).”*

**Alfonso Hernán Silva Calderón.**

Con de memorial obrante de folios 93 a 109, el señor Alfonso Hernán Silva Calderón presentó informe dentro de la presente acción de tutela y pidió desestimar las pretensiones, con los siguientes argumentos:

Adujo que dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se logró acreditar la desviación de poder en que incurrió la Policía Nacional al proferir el acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicio, pues a pesar de que el acto administrativo, aparentemente, se emitió atendiendo a los fines de la norma, con las pruebas que se allegaron al proceso se probó que todo obedeció a una retaliación tomada por el Director General de la Policía Nacional “(...) *cuando supo del debate penal que venía en futuro (sic) por la ponencia del sujeto QUILOMBO, quien días antes había sido reclutado por el Coronel Silva, como informante de esa institución (...).*”

Por otra parte, adujo que en el presente caso no se cumplían los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, toda vez que la parte accionada no había agotada el recurso extraordinario de revisión y/o el recurso extraordinario de Unificación de Jurisprudencia que sería procedente para revisar las decisiones objeto de censura.

**CONSIDERACIONES**

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito de tutela y a las pruebas que obran en el expediente se decidirá el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: la competencia para decidir el recurso de amparo; determinación del problema jurídico; procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; y, resolución de los cargos propuestos.

**Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000<sup>5</sup>, en cuanto estipuló que: *“Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado (...)”* esta Sala es competente para conocer de la presente acción constitucional contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión, por ser el Superior Jerárquico de todos los Tribunales Administrativos, de conformidad con los artículos 237<sup>6</sup> de la Constitución Política y 34<sup>7</sup> de la Ley 270 de 1996.

### **Cuestión previa.**

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, la Sala procederá a analizar si en el presente caso se configuró el fenómeno de la cosa juzgada o temeridad, respecto de la sentencia de 25 de febrero de 2016 proferida por el Consejo de Estado – Sección Quinta, radicado N° 11001-03-15-000-2016-00048-00.

Al respecto, se debe advertir que la acción de tutela [al constituirse en un mecanismo efectivo de defensa judicial de los derechos constitucionales] cuenta con un procedimiento -que si bien es sumario- garantiza el desarrollo de una actividad dotada de todas las posibilidades de defensa para los involucrados, llegando –en todos los casos- al conocimiento de la Corte Constitucional, a quien se le confió la guarda y supremacía de la Carta Magna y ante quien opera un proceso de selección cuya decisión, en todo caso, le imprime a las providencias de las *instancias* fuerza de cosa juzgada constitucional.

En este sentido, entonces, el uso de la acción de tutela debe ser racionalizado y atender al hecho de que una vez resuelto el caso por un Juez constitucional, éste no puede ser puesto en conocimiento -bajo los mismos supuestos y con idénticas

---

<sup>5</sup> Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

<sup>6</sup> Constitución Política: ARTICULO 237. *“Son atribuciones del Consejo de Estado:*

*1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley (...).”*

<sup>7</sup> Ley 270 de 1996: ARTICULO 34. INTEGRACION Y COMPOSICION. (Modificado por el art. 9, Ley 1285 de 2009). **“El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y estará integrado por treinta y un (31) magistrados, elegidos por la misma Corporación para los períodos individuales que determina la Constitución Política, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...).”**

pretensiones y partes- ante otra autoridad, pues ello implicaría un quebrantamiento del principio de la cosa juzgada constitucional<sup>8</sup>.

En ese orden, se observa que en el caso concreto el señor Alfonso Hernán Silva Calderón interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección E en Descongestión por proferir la sentencia de 30 de noviembre de 2015, que confirmó parcialmente el fallo del 20 de marzo de 2015, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

Las pretensiones de la acción de tutela referida, eran las siguientes:

*“1. Se conceda el amparo constitucional del derecho al debido proceso y efectivo acceso a la administración de justicia del señor Alfonso Hernán Silva Calderón.*

*2. En consecuencia, se dicte sentencia sustitutiva por parte de esta Corporación o se ordene al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión – Subsección “E” dictar nueva sentencia dentro del expediente No. 2011-00388 en el sentido de ordenar a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICIA NACIONAL, reconocer y pagar las sumas retroactivas como consecuencia de su reintegro pero **SIN DESCONTAR SUMA ALGUNA QUE POR CONCEPTO DE ASIGNACIÓN DE RETIRO HAYA RECIBIDO EL TC. SILVA CALDERON ALFONSO HERNAN DURANTE SU TIEMPO DE DESVINCULACIÓN**”<sup>9</sup>. (Mayúsculas incluidas en el texto)*

De lo anterior, se puede colegir que si bien las decisiones que se acusan son las mismas, las partes que reclaman son diferentes, teniendo en cuenta que en esa oportunidad fungió como tutelante el señor Alfonso Hernán Silva Calderón y ahora lo hace la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con cargos diferentes frente a las sentencias objeto de reproche, en tanto el primero mostraba

---

<sup>8</sup> Bajo esta óptica, entonces, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1992 establece:

*“(…) Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.*

*El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar (...).”* (Subrayas fuera del texto).

<sup>9</sup> Folio 2.

su inconformidad en la forma como se ordenó su restablecimiento del derecho, consistente en las condiciones del reintegro a la Institución y ahora lo que alega la entidad es que no debió declararse la nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio.

Así las cosas, se desestima la existencia de cosa juzgada o temeridad del presente caso, y procede la Sala a hacer el estudio pertinente respecto del fondo del asunto.

### **Problema Jurídico.**

Consiste en determinar si la acción de tutela es procedente para cuestionar las Sentencias de 20 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de la misma anualidad proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión, respectivamente.

Superado el anterior derrotero, se entrará a determinar si en el presente caso las autoridades judiciales accionadas, transgredieron los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso de la parte actora ordenar el reintegro a la Institución Militar y pago de salarios y prestaciones sociales del señor Alfonso Hernán Silva Calderón, incurriendo, presuntamente, en vías de hecho por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, respecto de la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios.

### **Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.-**

Sobre el particular, tanto la Corte Constitucional<sup>10</sup> como esta Corporación<sup>11</sup>, inicialmente consideraron que la acción de tutela no procedía contra providencias

---

<sup>10</sup> En sentencia C-543 de 1992, proferida con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Corte sostuvo, que atendiendo al querer del Constituyente, a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a la preservación de valores supremos como la seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, la tutela no era procedente cuando tuviera por objeto cuestionar providencias judiciales.

<sup>11</sup> La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión de 29 de enero de 1992 (AC-009) con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, consideró que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, inaplicando para el efecto lo establecido en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta tesis fue reiterada por la misma Sala Plena mediante sentencias de 3 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía (AC-015), 14 de

judiciales. Posición que fue variada por la Corte al aceptar la procedencia excepcional y restringida del referido mecanismo constitucional de comprobarse la existencia de una vía de hecho y de un perjuicio irremediable<sup>12</sup>, y por parte de algunas Secciones del Consejo de Estado, cuando se evidenciara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia<sup>13</sup>. Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005<sup>14</sup> la Corte Constitucional<sup>15</sup> reiteró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pero supeditada ya no a la existencia de una vía de hecho, sino a la verificación de unos **requisitos de forma**<sup>16</sup> y de **procedencia material**<sup>17</sup> fijados<sup>18</sup> por la misma Corte<sup>19</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González<sup>20</sup>, finalmente aceptó que la acción de tutela es procedente contra una providencia judicial, “cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales”.

### ***Requisitos de procedencia general.***

En el presente asunto, concretamente de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que: a) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, b) Se agotaron los medios ordinarios de defensa judicial existentes, c) La tutela se

---

octubre de 1993 con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez (AC-1247) y 29 de junio de 2004 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda (AC-10203).

<sup>12</sup> Ver sobre el particular las sentencias T-483 de 1997, T-204 de 1998, T-766 de 1998 y SU-563 de 1999.

<sup>13</sup> Al respecto ver, entre otras, las siguientes Sentencias: Sección Primera, de 9 de julio de 2004, Exp. No. 2004-00308; y, Sección Segunda – Subsección A, de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2010-00559.

<sup>14</sup> Sentencia en la que se analizó la legalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

<sup>15</sup> Al respecto ver, entre otras, las Sentencias T-1009 de 1999, SU-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004.

<sup>16</sup> También denominados requisitos generales de procedencia, y que son: i. Que el asunto tenga relevancia constitucional; ii. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; iii. Que se cumpla con el requisito de inmediatez; iv. Que si se trata de una irregularidad procesal tenga efecto decisivo o determinante en la sentencia y afecte los derechos fundamentales; v. Que el interesado exponga los hechos que generan la vulneración o amenaza de sus derechos y que, además y de haber sido posible, hubiera alegado esta situación en el proceso; y, vi. Que no se trate de sentencias de tutela.

<sup>17</sup> También llamados requisitos generales de procedibilidad y que hacen referencia a la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: i. Sustantivo o material; ii. Fáctico; iii. Orgánico; iv. Procedimental; v. Desconocimiento del precedente; vii. Error inducido; viii. Ausencia de motivación; o, ix. Violación directa de la Constitución.

<sup>18</sup> Sobre la descripción de requisitos de forma y materiales ver la Sentencia T-007 de 2013.

<sup>19</sup> Al respecto ver lo sostenido en las Sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-377 de 2009 y T-178 de 2012. También es importante resaltar que ya en la Sentencia SU-014 de 2001 la Corte consideró la necesidad de superar dicho concepto y dar paso a lo que, posteriormente, se denominó *error inducido* [Sentencia T-462 de 2003].

<sup>20</sup> Emitida en el expediente 110010315000200901328 01.

interpuso dentro de un término razonable, y d) Dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que llevan a la Entidad actora a atacar por esta vía la Providencia judicial, proferida dentro de una acción de cumplimiento.

Por lo anterior, la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

### ***Vicios de fondo.***

Adicionalmente si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, éste, para poder revocarla, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes **defectos o vicios de fondo:**

**a) Defecto orgánico:** Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. **b) Defecto procedimental absoluto:** Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. **c) Defecto fáctico:** Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. **d) Defecto material o sustantivo:** Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. **e) Error inducido:** Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. **f) Decisión sin motivación:** Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. **g) Desconocimiento del precedente:** Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. **h) Violación directa de la Constitución:** Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

## **Recuento normativo y jurisprudencial, respecto a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicio de los miembros de la Policía Nacional.**

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”*, dispuso lo siguiente:

**“ARTÍCULO 1o. RETIRO.** *El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.*

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

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

**“ARTÍCULO 3o. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.** *El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.”*

Al respecto, se debe indicar que el Consejo de Estado ha adoptado una posición pacífica, en cuanto ha considerado que el llamamiento a calificar servicios, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por ello, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad, al respecto ha precisado que:

*“El “llamamiento a calificar servicios” es una situación que, de acuerdo con el marco normativo expuesto, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad.*

*Consecuente con lo anterior, se aparta la Sala de los argumentos que expone el recurrente en cuanto no se advierte que con la expedición del*



*acto impugnado se encuentren vulnerados derechos de rango constitucional, pues la decisión obedece, como ya se dijo, al ejercicio de una facultad permitida por el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública.*

*(...)*

*Cabe advertir de una parte, que la idoneidad y buen desempeño en el servicio, no le otorgan per se, inamovilidad al servidor en el cargo público...”<sup>21</sup>.*

Con posterioridad la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció nuevamente, y señaló:

*“(...) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurren razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre (...)”<sup>22</sup>.*

Luego, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aclaró que a la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios debe tener unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su aplicación, así:

*“(...)Tratándose del 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 llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, once (11) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación No. 250002325000200101287 01.Expediente: No. 2368-2008. Actor: Antonio José Navarro Arango. Autoridades Nacionales.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, Bogotá D.C., abril ocho (8) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06200-01(0505-04). Actor: Guillermo Alberto Díaz Díaz. Demandado: Gobierno Nacional.

*una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. 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.*

(...)

*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”<sup>23</sup>.*

Así mismo, la Corporación expuso que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar los actos administrativos de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios, en la medida en que se presumen que se expedieron con la finalidad de modificar la planta de personal de la Policía Nacional para así efectivizar sus funciones, indicando sobre este punto, lo siguiente:

*“...El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.*

(...)

*Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”<sup>24</sup>.*

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-053 de 2015 unificó jurisprudencia, en la que expuso que si bien, los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública no necesariamente deben relatar las razones de la baja, deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, es decir, que “el estándar de motivación justificante es plenamente

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda -Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011). Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: Mario Alberto Cañas Ortega. Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

<sup>24</sup> Sección segunda, subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez.

exigible”, posición que se reiteró en las sentencias SU-172<sup>25</sup> y 288 de la misma anualidad<sup>26</sup>, en los siguientes términos:

*“8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados 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.*

**8.2. 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.**

*8.3. 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.*

*8.4. 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 legamente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. 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.*

*8.5. 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.*

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

*8.7. 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, so pena de incurrir en la causal*

---

<sup>25</sup> M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>26</sup> M. P. Mauricio González Cuervo.

*específica (sic) de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.*

***A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional. (...).***

Así mismo, se debe indicar que, de manera aislada, la Sección Segunda de ésta Corporación<sup>27</sup>, adoptó la posición de la Corte Constitucional, en el entendido de señalar que aunque no es necesario expresar dentro del acto administrativo de retiro las razones por las cuales se llamó a calificar servicios a un miembro de la Fuerza Pública, si debía atender a razones objetivas y hechos ciertos que lo justificara.

La Corte Constitucional, volvió a fijar su posición frente al tema, y mediante sentencia SU-091 de 2016<sup>28</sup>, en la cual hizo la diferenciación entre la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, que procede cuando se acredita que se ha cumplido el tiempo para ser acreedor de la asignación de retiro con las denominadas retiro discrecional y el retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, la última en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55, numeral 6 del decreto ley 1791 de 2000, disposiciones conforme a las cuales el retiro requiere la expedición de un acto administrativo, previa recomendación realizada mediante Acta de la Junta de Evaluación correspondiente, al respecto precisó:

*“(...) El llamamiento a calificar servicios es una manera normal de retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de la Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro. Esta modalidad especial de retiro del servicio obedece a la estructura piramidal de dichas carreras que no admite el ascenso al grado superior de todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior y la misma permite la renovación del personal uniformado, atendiendo a razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. La Corte precisó que esta figura debe distinguirse del retiro discrecional (en las Fuerzas Militares) y del retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General (en la Policía Nacional), esta última en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los*

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B”, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 10 de septiembre de 2015, expediente: 050012331000199800554 01 (0917-2012), Actor: Wilmer Uriel García Mendoza.

<sup>28</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55, numeral 6 del decreto ley 1791 de 2000, disposiciones conforme a las cuales el retiro requiere la expedición de un acto administrativo, previa recomendación realizada mediante Acta de la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas establecidas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. En este contexto, la Corte precisó que la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en la Ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto. Expresó que, sin embargo, ello no puede conducir a que esa figura se utilice como una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo de retiro el cual sería, entonces, susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)<sup>29</sup>

### **Las decisiones acusadas.**

- *Sentencia de primera instancia*

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá, mediante sentencia de 20 de marzo de 2015 declaró la nulidad del Decreto N° 1002 de 1º de abril de 2011, que retiro del servicio por llamamiento a calificar servicio al señor Alfonso Hernán Silva Calderón y, como consecuencia de ello resolvió:

*“(...) SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho, se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL. A lo siguiente:*

*a. REINTEGRAR al señor ALFONSO HERNÁN SILVA CALDERON en el grado de Teniente Coronel y a pagar a su favor los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el retiro y hasta que se haga efectivo su reintegro, sin solución de continuidad.*

*b. Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor de acuerdo con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.*

*c. DECLARAR, que desaparece la causa que sirvió de fundamento para otorgar la asignación de retiro al actor, por lo tanto, se deberá suspender su pago una vez sea incluido en nómina por efecto del reintegro ordenado en la presente sentencia.*

---

<sup>29</sup> Comunicado N° 8 de 25 de febrero de 2016, suscrito por el Vicepresidente de la Corte Constitucional, Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*d. DECLARAR, que No hay lugar a realizar descuento de suma alguna por concepto de lo que hubiere recibido el actor con ocasión a otra vinculación laboral o de asignación de retiro, provenientes del tesoro público, durante el tiempo en que estuvo retirado del servicio y hasta que sea incluido en nómina por efecto de reintegro por virtud del acto cuya nulidad aquí se declara.*

*(...)*”.

La decisión se sustentó en lo siguiente:

*“(...) Ahora bien, la ausencia d motivación del acto mediante el cual se retira del servicio al Policial, no significa la ausencia de motivos del acto, ya que se verifica en los antecedentes administrativos allegados, la existencia de una actuación administrativa, reunión de la junta asesora que se basan en las circunstancias objetivas, como lo es el análisis de antecedentes y hoja de vida del policial, circunstancias que pueden ser observadas en sede judicial para examinar la Legalidad y Constitucionalidad de la decisión de retiro, de conformidad con el objeto de los retiros discrecionales, que no es otro que el mejoramiento del servicio.*

*(...)*

*Las testigos como oficiales superiores del aquí actor, informa que la “Calificación Excepcional y Superior sale de sus parámetros por ser muy positiva y que debe sustentarse con el desempeño del calificado explicando las razones por las cuales el señor ALFONSO HERNÁN SILVA CALDERÓN, se hizo merecedor a las mismas, declaración que guarda coherencia con los soportes allegados junto con las calificaciones (fl. 83-108), de tal manera que determina el Despacho la exactitud los resultados de las evaluaciones allegadas al plenario, donde se establece que la obtención de calificación, fue por su valiosa contribución en el desarrollo de investigaciones, que llevaron a desmantelar organizaciones criminales, lo que ciertamente se puede catalogar como de especial trascendencia para la institución.*

*(...)*

*Dada la exigencia probatoria que se exige al evaluador para otorgar la calificación excepcional, y para el Juez, determinar la verosimilitud de las afirmaciones realizadas por las partes, al revisar las piezas procesales, se establecen que fueron las actividades o hechos del policial evaluado, que suponen trascendencia Institucional, lo que lo hizo merecedor de la dignidad de alcanzar la calificación excepcional, y por ello, no cabe duda para este Despacho, que con el llamamiento a calificar servicio, no se produce un mejoramiento del servicio, sino*

*todo lo contrario, al prescindir de una persona capaz de lograr logros (sic) de primordial importancia para la Policía Nacional.*

*(...)*

*Así, en el sub lite, no resulta justificado prescindir de un policial que en sus calificaciones obtiene resultados satisfactorios y que en la hoja de vida con proximidad dispuso el H. Consejo de estado (2010), en la jurisprudencia citada supra, quien al referirse al considerar el antecedente de calificación dispuso: “Estas probanzas llevan a cuestionarse si en atención a un fin constitucionalmente relevante, como lo es la buena prestación del servicio público, con dichos antecedentes era razonable desvincular a un servidor que demostró durante el tiempo en que estuvo vinculado, virtudes policiales adecuadas al mejoramiento del servicio.”, así, como se explicó en el numeral 7.1 de esta sentencia, según la Honorable Corte Constitucional, la facultad de dar por terminada la carrera policial, implica una discrecionalidad razonada, no ajustándose a las reglas de la experiencia, prescindir de los servicios de un oficial que obtiene resultados significativos, demostrables y de notable incidencia para la Institución.*

*Analizada la naturaleza de la calificación excepcional, no puede argumentarse válidamente, que llamado a calificar servicios de un oficial superior, que realiza actividades o hechos que tienen trascendencia institucional, se produzca un “mejoramiento del servicio”, pues el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo determinó en su jurisprudencia, la obligación del Juez, de analizar que la decisión de la Institución corresponda a un fin constitucionalmente relevante, que es la buena prestación del servicio público, lo que no se produce en el sub lite, con la decisión asumida en el acto acusado, por las razones anteriormente señaladas.*

*En consecuencia, la presunción de legalidad que amparaba el acto acusado “Decreto N° 1002 del 01 de abril del año 2011” (fl. 26 – 29), por la cual el Gobierno Nacional, retira del servicio activo al señor Teniente Coronel (r) ALFONSO HERNÁN SILVA CALDERÓN, por llamamiento a calificar servicios, ha sido desvirtuada en consecuencia el Despacho declarará su nulidad (...)*

- *Sentencia de segunda instancia*

Mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E, confirmó parcialmente la decisión del A quo, con los siguientes argumentos:

Hecho un recuento normativo y jurisprudencial respecto de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicio, la autoridad judicial indicó que en efecto por tratarse de un acto discrecional, el Decreto a través del cual se retiraba del servicio activo a un policía se presumía legal, por lo tanto debía ser la parte interesada quien entrara a acreditar que tal decisión no obedeció a los fines de la norma.

Así, señaló que los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios, es una facultad discrecional, por lo tanto el acto de retiro se presume legal, pues acorde con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 857 de 2003, debe entenderse que la decisión de retiro estuvo inspirada en la búsqueda del mejoramiento del servicio. No obstante, adujo que en el caso concreto el señor Alfonso Hernán Silva Calderón allegó suficientes elementos de juicio, de cuales se infirió que el Decreto 1002 de 1° de abril de 2011, a través del cual el Presidente de la República lo retiró del servicio activo por la causal de llamamiento a calificar servicio, se profirió con desviación de poder.

Lo anterior, en la medida en que el señor Silva Calderón allegó calificaciones de desempeño de superior y excepcionales, acreditó que durante el tiempo que permaneció en la institución fue exaltado con 15 condecoraciones, 5 menciones honoríficas, 3 distintivos, 2 medallas y 215 felicitaciones. Aclaró, que en el último año de servicio, fue condecorado con la “*Cruz al Mérito Policial*” por solicitud del Ministro de Defensa del Momento ante el Director General de la Policía Nacional; igualmente, indicó que el 1° de diciembre de 2010, el Presidente de la República dispuso su ascenso al grado de Teniente Coronel y el 27 de diciembre de 2010, por quinta vez le fue reconocida “*mención honorífica*” distinción que se entrega al personal que durante los 3 últimos años no cometió falta acreedora de correctivo.

Aunado lo anterior, expuso:

*“(...) Claramente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y el nominador, no estuvieron motivados en la búsqueda del mejoramiento del servicio, pues bajo el hecho que se había acreditado por el demandante más de 18 años de servicio, determinaron que era procedente su retiro, hecho que pone de presente, que en realidad no se consideró si quiera a partir de la valoración de su desempeño, que tal decisión si obedecía a un motivo fundado.*”



*En efecto, los argumentos expuestos por el Director General actual de la Policía Nacional en la declaración jurada que rindió ante esta causa, sobre el retiro del demandante, dejan en evidencia una contradicción, en tanto que a pesar de considerar con base en varios pronunciamientos jurisprudenciales, que la causal aludida de retiro "... cumple con renovar la institución y permitir que los funcionarios con mayores capacidades personales, de liderazgo, laborales e intelectuales entre otros aspectos, logren asumir nuevos cargos ...", como es que a la vez sostenga, que para la aplicación de la causal en estudio, "... solamente se exige ... que el uniformado haya cumplido 18 o más de servicio, y disfrute de asignación de retiro ... sin importar que el oficial retirado posea la idoneidad y que sean altas sus cualidades y calidades para el desempeño de las funciones a su cargo ..."*

*Ahora, si bien es cierta la primera de las apreciaciones relatadas, frente a la segunda se considera que de aceptarse, se desdibujaría la naturaleza del retiro por la causal aludida, en tanto que su aplicación dejaría de ser discrecional, para pasar a ser meramente objetiva, pues solo bastaría comprobar que el Policial tiene el derecho a la asignación de retiro, para hacerla efectiva; adicionalmente, bajo tal creencia, se dejaría de lado que la principal razón en que se cimenta para estos casos el ejercicio de la facultad discrecional, es en últimas que la remoción del uniformado contribuya al mejoramiento del servicio.*

*Por consiguiente, lo que se evidencia es que la autoridad nominadora incurrió en desviación de poder y en falsa motivación, por ende el acto administrativo acusado resulta inválido, debido a que la facultad discrecional utilizada para retirar del servicio al demandante por llamamiento a calificar servicios, no estuvo orientada a la efectiva búsqueda de la mejora del servicio, a fin de que redundara en beneficio del interés general.  
(...)"*

### **Solución al problema jurídico planteado.**

Acorde con el escrito de tutela y las pruebas allegadas al proceso se tiene que la parte actora acudió al presente recurso de amparo, con el fin de que se deje de sin efectos las sentencias de 20 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de la misma anualidad, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda – Subsección E en Descongestión, a través de las cuales se dejó sin efectos el Decreto 1002 de 1° de abril de 2015, proferido por el Presidente de la República y

en consecuencia, se ordenó el reintegró a la Policía Nacional del señor Alfonso Hernán Silva Calderón y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Previo a abordar el fondo del asunto planteado por la parte actora, pese a que en el escrito inicial cuestiona la legalidad de las decisiones judiciales proferidas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B en Descongestión, se observa que los argumentos que sustentan sus pretensiones son los mismos frente a las mencionadas sentencias.

Por lo anterior y en atención a que la providencia de 20 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá fue apelada y, en consecuencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B en Descongestión conoció del asunto en segunda instancia para expedir el Fallo que puso fin al proceso, el reclamo constitucional formulado será estudiado solo frente a esta última, en tanto, una probable decisión de amparo respecto a la misma garantizaría el *ius fundamental* invocado.

La parte actora acusa a las autoridades judiciales accionadas, de incurrir en vías de hecho por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente al presuntamente, desconocer las disposiciones de la Ley 857 de 2003, en la cual se previó que el acto administrativo de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicio no requiere motivación, y de la jurisprudencia que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre el asunto.

Hecho un comparativo entre la decisión acusada y el marco comparativo referido, se tiene que en efecto las autoridades judiciales accionadas incurrieron en las vías de hecho que se deprecian, por las razones que se pasan a exponer:

Al señalar que el acto administrativo de retiro del señor Alfonso Hernán Silva Calderón debía expresar las razones que dieron lugar a su retiro, se impuso un requisito adicional que no se encuentra previsto en la norma que regula el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esto es la Ley 857 de 2003, y el precedente jurisprudencial desarrollado frente al caso, en donde se ha previsto que basta con demostrar que tenga el tiempo de servicio para ser acreedor de la asignación de

retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

De las pruebas allegadas al proceso, se advierte que las condiciones previstas por el legislador se habían satisfecho, pues el señor Silva Calderón contaba con más de quince (15) años en la Institución y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, recomendó su retiro.

De conformidad con lo previamente expuesto, entonces, se amparará el derecho fundamental al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; y como consecuencia de ello se dejará sin efecto la sentencia de 30 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección E en Descongestión; en su lugar se ordenará, que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, se profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Aunado a ello, se debe señalar que para dar cumplimiento a la orden anterior, por Secretaría General de la Corporación, se remitirá el expediente que se allegó en calidad de préstamo a esta acción de tutela, a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - reparto, teniendo en cuenta que mediante PSAA15-10402 de octubre 29 de 2015 se suprimieron los Despachos en Descongestión, y además esta es la sección especializada para resolver el asunto.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**PRIMERO. TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 30 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera –

Subsección E en Descongestión, acorde con lo expuesto en la parte considerativa de esta Providencia. En su lugar,

**TERCERO. ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - reparto, que dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, profiera un nuevo fallo teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO.** Para dar cumplimiento al numeral anterior, por Secretaría General de Corporación **REMITIR** el expediente del proceso ordinario que fue allegado en calidad de préstamo a éste proceso, a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - reparto, de conformidad con el expuesto en la parte considerativa de la providencia.

**QUINTO. LIBRAR** las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

**SEXTO.** En acatamiento de las disposiciones del artículo 31 *ibídem*, **DE NO SER IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, por Secretaría General de la Corporación, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**