

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - No es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencias cuestionadas incurrieron en desconocimiento del precedente y en defecto sustantivo / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Autoridades no atendieron los pronunciamientos de esta Corporación en relación con el retiro por llamamiento a calificar servicios / DEFECTO SUSTANTIVO - Jueces interpretaron erróneamente la normatividad aplicable al caso pues no está previsto en la ley que los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios deban motivarse

Esta Corporación ha indicado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses. De igual manera, por regla general se ha sostenido que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones... De conformidad con lo hasta aquí expuesto, esta Corporación ha fijado el criterio según el cual no es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley. En atención a lo analizado sobre el precedente, se advierte que las autoridades por no atender los pronunciamientos de esta Corporación sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios al decidir el asunto materia de controversia, vulneraron el derecho fundamental a la igualdad del Ministerio de Defensa-Policía Nacional, pues ante situaciones fácticas y jurídicas similares, se deben resolver las controversias de la misma manera en aras de garantizar la seguridad jurídica. Por otra parte, se observa que las autoridades también incurrieron en defecto sustantivo al afirmar que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios deben motivarse, pues ello no está dispuesto en los artículos 1 y 3 de la Ley 857 de 2003 como una condición para desvincular bajo esa causal a los oficiales de la Policía Nacional, pues dichas normas solo exigen cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, supuestos que se satisfacen en el caso concreto, dado que el señor contaba con más de quince (15) años de servicios, ya que ingreso a la Institución el 24 de enero de 1991 y fue retirado el 4 de abril de 2011 (20 años, 1 mes y 10 días de servicio), y la mencionada junta recomendó su desvinculación a través de acta del 18 de febrero del mismo año. Con tal interpretación, el Tribunal y el Juzgado accionados desconocieron el debido proceso del Ministerio de Defensa Nacional, pues realizaron una interpretación poco plausible de las normas que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios, al disponer requisitos adicionales no previstos en la normativa aplicable al caso. Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que, con la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en descongestión, y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso del Ministerio de Defensa –Policía Nacional, debido a que no acataron el precedente del Consejo de Estado sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de la fuerza pública y aplicaron indebidamente las normas que disciplinan esa causal de desvinculación, incurriendo de esta forma en vía de hecho por defecto sustantivo.

FUENTE FORMAL: LEY 857 DE 2003 - ARTICULO 1 / LEY 857 DE 2003 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: sobre la evolución jurisprudencial de la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, ver las sentencias C-543 de 1992, T-231 de 1994, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002 y C-590 de 2005, todas de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), M.P. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sobre el estándar de motivación de los actos de retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública, ver las sentencias SU-053, SU-172 y SU-288 todas del año 2015, de la Corte Constitucional. En relación con el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, consultar la sentencia SU-091 de 2016 de la Corte Constitucional y las sentencias del Consejo de Estado de 18 de mayo de 2011, exp. 54001-23-31-000-2001-00054, M.P. Alfonso Vargas Rincón y de 20 de marzo de 2013, exp. 0357-12, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC)

Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL SECRETARIA GENERAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION PRIMERA, SUBSECCION C EN DESCONGESTION Y JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE BOGOTA

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional- Secretaría General, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera-Subsección C en Descongestión- y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional- Secretaría General, actuando a través de apoderado, en ejercicio de la acción de tutela, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera-Subsección C en Descongestión-, y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, al acceder a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Néstor Aurelio Romero Puentes contra la entidad hoy demandante.

Del amparo invocado solicita que se dejen sin efectos los fallos del 21 de octubre de 2013 y del 26 de noviembre de noviembre de 2015, proferidos por las autoridades judiciales accionadas.

2. Los hechos

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones la parte accionante expuso los siguientes:

Aseveró que Néstor Aurelio Romero Puentes mediante el Decreto 3862 del 18 de octubre de 2011 del Gobierno Nacional, fue retirado de la institución por llamamiento a calificar servicios, conforme lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003.

Señaló que con ocasión del retiro, el señor Romero Puentes presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional, solicitando la nulidad del Decreto en comento, y que el reparto del asunto correspondió al Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, autoridad judicial que mediante sentencia del 21 de octubre de 2013 accedió a las pretensiones de la demanda, aduciendo que a pesar de que el demandante cumplía con los requisitos para acceder a una asignación de retiro, no estaban acreditados motivos dirigidos al mejoramiento del servicio, por el contrario, del acervo probatorio se desprendía que el actor no debía salir de la institución.

Indicó que mediante providencia del 26 de noviembre de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección C en Descongestión-, confirmó la sentencia de primera instancia, al resolver el recurso de apelación interpuesto, bajo el argumento de que en el acto administrativo objeto de censura no se expresaron los motivos que se tuvieron en cuenta para retirarlo por llamamiento a calificar servicios.

A juicio de la parte accionante, en primera y segunda instancia se pasó por alto que la normativa que disciplina el llamamiento a calificar servicios, contenida en los artículos 2, numeral 4, y 3 de la Ley 857 de 2003, establece como único requisito de desvinculación bajo esa causal cumplir las exigencias previstas para acceder a la asignación de retiro.

Arguyó que las autoridades accionadas al afirmar que en el acto administrativo acusado se debían consignar los motivos de su expedición, desconocieron el precedente del Consejo de Estado¹, que es claro al señalar que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad del gobierno nacional encaminada a remover miembros de la fuerza pública, previo cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro y concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, con la finalidad de generar una evolución institucional que se adapte a los desafíos que involucra la seguridad ciudadana, por lo que no debe justificarse una desvinculación realizada bajo esa causal.

En criterio de la accionante las autoridades judiciales demandadas confundieron las causales de desvinculación por voluntad del gobierno nacional y llamamiento a calificar servicios, pues si bien para despedir a un miembro de la fuerza pública bajo la primera es necesario motivar el acto administrativo que así lo disponga y examinar su desempeño en el servicio, la segunda no establece ese requisito pues para que sea procedente basta cumplir las exigencias de la asignación de retiro y contar con concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

Por otro lado, para la demandante se desconoció el artículo 128 superior al ordenar a la Policía Nacional reconocer al actor los salarios, prestaciones y demás

¹ Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 21 de mayo de 2009, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 8380-05.

emolumentos dejados de percibir con ocasión del retiro hasta la fecha del reintegro, teniendo en cuenta que una vez cumplidos los requisitos que lo hicieron acreedor a la asignación de retiro, no puede entenderse que no hubo solución de continuidad y entenderse vinculado nuevamente, pues a partir del reconocimiento y efectividad de la asignación, su estatus sería el de pensionado, por lo que no podría ser sujeto de reintegro y en consecuencia el restablecimiento del derecho estaría limitado en el tiempo.

Por lo anterior, estimó que las autoridades omitieron aplicar la regla indemnizatoria prevista en la sentencia SU-556 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, adoptada para los miembros la fuerza pública a través del fallo SU-053 de 2015, en virtud de la cual cuando se ordene un reintegro es necesario descontar todo lo percibido, “...sin que la suma sea inferior a seis (6) meses ni [superior a] veinticuatro (24) meses”.

3. Intervenciones

Mediante providencia del 12 de febrero de 2016 se admitió la demanda de tutela de la referencia, se ordenó la notificación a la parte accionada y poner en conocimiento la admisión a los terceros interesados en las resultados del proceso (fl. 64 y 65).

Surtidas las comunicaciones de rigor, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera**, informó que los Despachos de la Subsección C de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se extinguieron por el fenecimiento de las medidas de descongestión, y que no le consta si el expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Néstor Aurelio Romero Puentes se encuentra en el Juzgado de origen.

El **Juzgado 58 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, que asumió los procesos del extinto Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, indicó que no ha recibido el expediente contentivo del proceso en el que se profirió el fallo censurado en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente solicitud de tutela ejercida contra el Tribunal Administrativo del Magdalena, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de esta acción constitucional.

2. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

3. La acción de tutela contra decisiones judiciales

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista

de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas², las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente³, se consideran

² Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

³ Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

pruebas inadmisibles⁴ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁵, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁶.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

⁴ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto: “Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras

jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (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: como son los casos en que 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: que se presenta cuando el juez o tribunal 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: procede 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.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C. P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁷, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012⁸, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, observando los parámetros fijados jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁹.

4. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en el caso bajo estudio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá vulneraron los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la igualdad, al desconocer el precedente judicial de esta Corporación, que no exige que se exterioricen los motivos en los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública.

Ahora bien, encuentra la Sala que en aras de resolver el caso planteado, es pertinente revisar el contenido de las providencias emitidas por el Tribunal

⁷ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004. e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁸ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁹ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse la siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **3)** , 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

Administrativo de Cundinamarca, y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá.

Fallo del 21 de octubre de 2013, proferido por el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá (fl. 52 a 59):

En primer lugar, el *a quo* precisó que el Acta No. 008 del 20 de septiembre de 2011 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, que contiene un concepto favorable para disponer el retiro del servicio del actor y constituye uno de los fundamentos del Decreto 3862 del 18 de octubre de 2011 del Gobierno Nacional, no es un acto administrativo enjuiciable, dada su naturaleza preparatoria y de trámite, sin embargo, ello no es óbice para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo examine con ocasión del estudio de legalidad del acto que puso fin a la actuación administrativa.

Posteriormente, procedió a exponer el régimen jurídico aplicable, contenido en los artículos 1, 2, numeral 4, y 3 del Decreto 1791 de 2000, y 55, 56, 57, 59 y 60 del Decreto 1512 de 2000.

Además, explicó que la facultad que ostenta la Policía Nacional para desvincular a alguno de sus miembros mediante la mencionada causal se encuentra justificada en razones del buen servicio, empero, dicha facultad no es absoluta, en la medida que el acto de retiro se encuentra precedido de un concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, así como del cumplimiento de los requisitos para hacerse acreedor de una asignación de retiro.

Resaltó que de conformidad con las sentencias T-297 de 2009 y C-179 de 2006, los conceptos de la Junta Asesora deben estar precedidos y sustentados en un examen de fondo, completo y preciso de las circunstancias que se invocan para justificar el retiro del personal.

Descendiendo al *sub judice*, encontró probado de la hoja de vida del actor, que éste obtuvo a lo largo de su carrera altas calificaciones, condecoraciones y felicitaciones por su buen desempeño policial, incluso fue considerado como personaje del mes el 7 de octubre de 2011, diez días antes de la expedición del Decreto acusado, además que la calificación obtenida durante el período 2009 a 2010 fue “*superior*”, por lo que se entiende que cumplió a cabalidad sus obligaciones.

Indicó que a pesar de que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta válida para la renovación de la línea jerárquica institucional, tendiente al mejoramiento y la excelencia del servicio, no existe prueba que acredite que la recomendación de la Junta de retirar al demandante estuvo basada en informes suficientes, que los mismos fueron puestos en conocimiento del interesado para garantizar su derecho al debido proceso ni que se realizó una valoración objetiva de su hoja de vida, sólo se señaló que se cumplían los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

Por otro lado, destacó que si bien el peticionario cumplía los requisitos para acceder a una asignación de retiro, en lo que respecta a la debida motivación del acto de retiro, no se exteriorizaron razones dirigidas a mejorar el servicio público, por el contrario, las pruebas obrantes apuntaban a que el policial debía permanecer en la institución.

Fallo del 26 de noviembre de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión (27 a 51):

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, luego de analizar la causal de retiro denominada llamamiento a calificar servicios, así como los requisitos para acceder a una asignación de retiro, según lo preceptuado en los artículos 3 de la Ley 857 de 2003, y 1° del Decreto 1157 de 2014, estimó que en el presente caso se cumplieron las condiciones formales para emplear dicha causal de retiro, en tanto el demandante cumple el tiempo para hacerse acreedor a una asignación de retiro.

Se indicó en la providencia en comento, luego de citar la sentencia T-372 de 2012, que la Corte Constitucional ha señalado que la facultad discrecional de la administración para declarar el retiro a través de a causal de llamamiento a calificar servicios no es absoluta e ilimitada, en tanto las decisiones deben tener motivos suficientes que permitan distinguir lo arbitrario de lo discrecional.

El Tribunal estudió la diferencia entre el retiro por voluntad del gobierno y por llamamiento a calificar servicios, para destacar que en el primer caso debe existir una justificación como incurrir en una falta disciplinaria o el incumplimiento del

deber, para disponer la desvinculación del policía, mientras que en el segundo escenario, la separación del cargo obedece a la necesidad de renovar generacionalmente la estructura de mando de la institución.

El *Ad quem* indicó que de conformidad con los artículos 6, 83, 121, 123 y 209 superiores, las autoridades públicas deben obrar con transparencia, buena fe, y sujetas a los principios de igualdad, publicidad, eficacia e imparcialidad, lo que implica que en el acto de retiro o el acta que lo fundamenta deben evidenciarse los motivos de la decisión. En ese orden de ideas, trajo a colación varias providencias de la Corte Constitucional en las que se estudiaron casos de desvinculación de personal que tenía una excelente hoja de vida, aduciendo únicamente el ejercicio de la facultad discrecional, en los que se concluyó que la recomendación de la Junta Asesora o de Evaluación debía estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables, además que los informes en los que se basa la Junta deben ser puestos en conocimiento del agente en garantía del derecho al debido proceso.

Como corolario de lo anterior, expuso que cuando se dispone por parte de las autoridades públicas el mejoramiento del servicio como justificación para la desvinculación del personal, el requisito de exponer los motivos que sustentan la medida no se agota con la simple enunciación del mejoramiento del servicio, los actos administrativos deben ser motivados, y que en el caso de no ofrecerse una mínima justificación, el juez debe evaluar y determinar las verdaderas razones del retiro.

Además, indicó que el hecho de que la normativa establezca unas especiales condiciones para el retiro por llamamiento a calificar servicios, no implica que no se tenga en cuenta el contexto constitucional y legal, que exige que la decisión de retiro esté respaldada en razones objetivas de conveniencia, las cuales también pueden estar presentes en la hoja de vida del servidor retirado, los archivos de la entidad o en el expediente judicial.

Finalmente, el *Ad quem* señaló que la motivación del acto acusado era insuficiente, en tanto las circunstancias que rodearon el retiro del servicio del demandante no constan en el contenido del acto, el acta que recomendó la decisión ahí adoptada, ni en el expediente.

5. Solución de problema jurídico

En primer lugar, la Sala considera necesario señalar que la Constitución y la Ley han establecido instancias específicas para resolver las controversias presentadas en cada caso concreto, lo que significa que no puede el examen que realiza el juez constitucional, constituir una instancia adicional para resolver la inconformidad de una de las partes con la decisión tomada, ello en atención a los principios de independencia, seguridad jurídica y autonomía judicial, a menos que se demuestre que la decisión adoptada por el juez natural es abierta y groseramente arbitraria.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, resulta determinante exponer el precedente sobre la materia, en específico del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Sobre el estándar de motivación de los actos de retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con la Corte Constitucional, es posible advertir en primer lugar la sentencia de unificación SU-053 de 2015¹⁰, reiterado en las sentencias SU-172¹¹ y 288 del mismo año¹².

Sostuvo la Corte en las sentencias SU- 053 y 172 de 2015, en las que se unificó inicialmente la jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Fuerza Pública en ejercicio de la facultad discrecional, identificando unas pautas mínimas de motivación 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

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹² M. P. Mauricio González Cuervo.

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 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. (...).”

En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refería la Corte Constitucional en las sentencias suponía, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.

Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de

los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo. Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.

Ahora bien, cabe precisar que frente al retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios difiere del retiro por facultad discrecional del Gobierno Nacional, lo que acaeció en el caso estudiado en las sentencias acusadas, la Corte Constitucional había señalado que el cumplimiento del tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro no es una razón suficiente para llamar a calificar servicios al personal, como quiera que las autoridades competentes dentro de las Fuerzas Armadas, tiene la facultad de ejercer o no la facultad de retiro¹³.

Finalmente, la Corte recogió su posición en la sentencia SU-091 de 2016¹⁴, en la que precisó que 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. 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 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.

En ese 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

¹³ Sentencia T-123 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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.

Por otro lado, el Consejo de Estado¹⁵ sobre el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios ha definido esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública, como un instrumento mediante el cual se remueve al personal de las instituciones militares y de policía, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro¹⁶, con la finalidad de adaptarlas a nuevas necesidades de la sociedad y facilitar el ascenso de sus miembros.

Esta Sección sobre el particular ha indicado lo siguiente:

“... 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, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución (...). 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...”¹⁷.

Además, esta Corporación ha indicado¹⁸ que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses.

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B”, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 20 de marzo de 2013, número interno: 0357-12, actor: Víctor Hugo Pinzón Rojas.

¹⁶ Artículo 3º de la Ley 857 de 2003: “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”.

¹⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B”, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11), actor: Mario Alberto Cañas Ortega.

¹⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección “A”, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edison Rojas Suarez.

De igual manera, por regla general se ha sostenido que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones. Sobre el particular afirmó:

“...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”¹⁹.

Cabe destacar que de manera aislada la Sección acogió la posición inicial establecida por la Corte Constitucional, esto es, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro²⁰, sin embargo, no se puede alegar que dicho planteamiento constituye precedente, en tanto no corresponde a una posición uniforme y reiterada de la Sección Segunda sobre la materia y, por ende, no puede ser considerado un precedente vertical aplicable al caso por los Tribunales y Juzgados Administrativos.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, esta Corporación ha fijado el criterio según el cual no es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

En atención a lo analizado sobre el precedente, se advierte que las autoridades por no atender los pronunciamientos de esta Corporación sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios al decidir el asunto materia de controversia, vulneraron el derecho fundamental a la igualdad del Ministerio de Defensa-Policía Nacional, pues ante situaciones fácticas y jurídicas similares, se deben resolver las controversias de la misma manera en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Por otra parte, se observa que las autoridades también incurrieron en defecto sustantivo al afirmar que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios deben motivarse, pues ello no está dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Ley 857 de 2003 como una condición para desvincular bajo esa causal a los oficiales de la Policía Nacional, pues dichas normas solo exigen cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, supuestos que se satisfacen en el caso concreto, dado que el señor contaba con más de quince (15) años de servicios, ya que ingreso a la Institución el 24 de enero de 1991 y fue retirado el 4 de abril de 2011 (20 años, 1 mes y 10 días de servicio), y la mencionada junta recomendó su desvinculación a través de acta del 18 de febrero del mismo año.

Con tal interpretación, el Tribunal y el Juzgado accionados desconocieron el debido proceso del Ministerio de Defensa Nacional, pues realizaron una interpretación poco plausible de las normas que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios, al disponer requisitos adicionales no previstos en la normativa aplicable al caso.

Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que, con la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en descongestión, y el Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso del Ministerio de Defensa –Policía Nacional, debido a que no acataron el precedente del Consejo de Estado sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de la fuerza pública y aplicaron indebidamente las normas que disciplinan esa causal de desvinculación, incurriendo de esta forma en vía de hecho por defecto sustantivo. Por tanto, se tutelarán tales derechos y, en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia del Tribunal para ordenar, en su lugar, proferir una nueva decisión que atienda la normativa que rige

la materia y los pronunciamientos de esta Corporación.²¹

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

1. SE TUTELAN los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional- Secretaría General, vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuesta en esta providencia.

2. En consecuencia, **SE DEJA SIN EFECTOS** la sentencia del 30 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”, expedida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Néstor Aurelio Romero Puentes contra la entidad hoy demandante y **SE LE ORDENA** a la Sección que haya asumido los proceso de la extinta Subsección, que en el término de treinta (30) días siguientes al recibo del expediente ordinario, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia, el precedente de esta Corporación y la normativa sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios en la Policía Nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Si no fuere recurrida, por Secretaría envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

²¹ En similar sentido, véase la sentencia del 26 de enero de dos mil dieciséis 2016, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, exp: 11001-03-15-000-2015-03422-00.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER