



Comunidad
Jurídica
del conocimiento

***Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional
Relativa a las Características del Acto Administrativo
de Retiro de los Miembros de la Fuerza Pública
en Casos de Desvinculación por Llamamiento
a Calificar Servicios o Retiro Discrecional***



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN



© www.flickr.com/policiacolombia

I. Introducción

El artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 *“por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*¹, regula el retiro de los miembros de la fuerza pública pertenecientes a la Policía Nacional. A su turno, el artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000 *“por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*², regula lo concerniente al retiro de los miembros de las

Fuerzas Militares. De causales de retiro legales que enuncian las disposiciones señaladas, el presente documento se centrará en analizar dos de ellas: el retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro discrecional.

Al respecto, los artículos 57 del Decreto Ley 1791 de 2000 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 disponen que el *llamamiento a calificar servicios* procede cuando el miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares ha cumplido

¹ Artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000: *“(…) el retiro se produce por las siguientes causales: 1. Por solicitud propia. 2. Por llamamiento a calificar servicios. 3 Por disminución de la capacidad sicofísica. 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez. 5. Por destitución. 6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo y los agentes. 7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial. 8. Por incapacidad académica. 9. Por desaparecimiento. 10. Por muerte.”* Esta disposición fue parcialmente modificada por la Ley 857 de 2003.

² Artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000: *“(…) el retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación: a) Retiro temporal con pase a la reserva: 1. Por solicitud propia. 2. Por cumplir cuatro (4) años en el Grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto. 3. Por llamamiento a calificar servicios. 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado. 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar. 6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. 7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto. 8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto. 9. Por no superar el período de prueba; b) Retiro absoluto:*

los requisitos para obtener la asignación de retiro, sin que esto signifique que el miembro retirado es sancionado, despedido, excluido o pierde su rango en la institución, y en todo caso *“no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.”*³ En cuanto al *retiro discrecional o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional*, los artículos 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 señalan que el retiro: (i) se efectúa por voluntad del Gobierno Nacional o de la autoridad de policía o militar delegada para tal fin, (ii) debe estar soportado en razones del servicio (causal objetiva),⁴ y (iii) estar mediado por el concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Nacional o del Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares cuando se trate de miembros suboficiales, o de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, en caso de tratarse del retiro de miembros oficiales.

Así, mientras que el *llamamiento a calificar servicios* implica el retiro de la institución de un miembro que tiene derecho a una asignación de retiro y que tiene la posibilidad de ser reincorporado por llamamiento especial al servicio⁵, el *retiro discrecional o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional* puede

ser ejercido en cualquier tiempo y el miembro pierde todo vínculo con la entidad.

Sin embargo, pese a que las causales de retiro enunciadas están instituidas legalmente, son múltiples las demandas contra del Estado por parte de los miembros desvinculados, sobre la base de presumir que la facultad discrecional inmersa en la competencia de la entidad para efectuar el retiro, fue ejercida de forma irregular.

En el escenario descrito, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado considera pertinente reseñar el precedente construido por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, para atender la demandas o peticiones de amparo de miembros retirados de la Fuerza Pública que consideran que su desvinculación se efectuó por razones ajenas a las dispuestas legalmente, a través de un acto administrativo que adolecen de vicios, y el marco de un proceso administrativo en el que no se garantizó la protección de sus derechos fundamentales, especialmente, al debido proceso.

Concretamente, en el presente documento se analiza la jurisprudencia proferida por las Corporaciones señaladas en torno a: (i) la necesidad de motivación del acto de retiro,

1. Por invalidez. 2. Por conducta deficiente. 3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley. 4. Por muerte. 5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto. 6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.” Esta norma fue modificada parcialmente, entre otras, por la Ley 1104 de 2006.

³ Ver sobre este respecto la sentencia de la Corte Constitucional, T-265 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) que explica en detalle la regulación de ambas causales y los presupuestos para invocarlas en el caso de retiro de los miembros de la Policía Nacional.

⁴ En la sentencia T-265 de 2013 antes citada, la Corte Constitucional sostuvo sobre este requisito: “(...) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado.”

⁵ El llamamiento especial de servicio está regulado por el artículo 2° de la Ley 752 de 2002 “por la cual se establecen criterios para los gastos de personal de la Fuerza Pública y del Departamento Administrativo de Seguridad” y el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, antes citado.

cuando éste se origina en las causales por llamamiento a calificar servicios o voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional. En el contexto de esta discusión se reseñan las formas de motivación y el sustento probatorio con el cual ha de contar el acto administrativo para presumir su legalidad, y (ii) la desviación de poder y la falsa motivación como consecuencias del uso irregular de la facultad discrecional para retirar a miembros de la fuerza pública. Además, se señalarán (iii) las características principales del acceso a la administración de justicia por parte de miembros de la fuerza pública en caso de presentarse una desvinculación del servicio irregular, y el tipo de órdenes que imparten los jueces para restablecer los derechos afectados.

II. Idoneidad del acto administrativo de desvinculación de los miembros activos de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional

En este apartado se tratarán tres temas, todos relativos a la idoneidad del acto de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y a la luz de la jurisprudencia expedida por la jurisdicción contencioso administrativa (vía idónea para la resolución de conflictos en esta materia) y por la jurisdicción constitucional (vía excepcional a través de la acción de tutela, en caso de afectación de derechos fundamentales): (1) la necesidad de motivación del acto administrativo de retiro, (2) la motivación del acto administrativo de desvinculación tratándose de la causal de retiro discrecional, y (3) el sustento probatorio de la decisión de desvinculación.

1. Necesidad de motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional sostienen que no se requiere motivación del acto administrativo a través del cual es retirado un miembro de la Fuerza Pública por *llamamiento a calificar servicios*, toda vez que en tal caso la entidad actúa en cumplimiento de un mandato legal que dispone el derecho a acceder a la asignación de retiro por cumplimiento del tiempo de servicio. Sin embargo, hay discrepancia en relación con la

necesidad de motivar el acto administrativo de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, cuando aquél se fundamenta en la causal de desvinculación *retiro discrecional o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional*.

La discusión antes planteada se presenta al resolver, en ambas jurisdicciones, el problema jurídico: *¿vulnera una autoridad del sector defensa el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, cuando lo retira del servicio por aplicación de las causales legales llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional, sin motivar el acto administrativo que sustenta su decisión?*

La respuesta al interrogante planteado es:

las autoridades del sector defensa vulneran el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, al desvincularlos por aplicación de la causal de retiro discrecional, sin motivar el acto administrativo que contiene la decisión. En caso de retiro por llamamiento a calificar servicios, la motivación del acto administrativo no es requisito necesario para presumir la legalidad de la desvinculación.

Para iniciar, es preciso señalar que el Consejo de Estado defiende la postura de que las autoridades de policía y militares tienen competencia para retirar a miembros activos por cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro (llamamiento a calificar servicios) o por razones del servicio (retiro discrecional), y que dado que efectuar el retiro es una facultad normativa que obedece al fin legítimo de garantizar el adecuado funcionamiento de la Fuerza Pública, la autoridad no tiene que exponer las razones de la desvinculación y, por el contrario, es “libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.”⁶

Ahora bien, tras la expedición de la sentencia SU-091 de 2016⁷, la Corte Constitución adoptó una postura similar a la sostenida por el Consejo de Estado en lo tocante a la motivación del acto de retiro cuando se llama a calificar servicios a un miembro activo de la Fuerza Pública. Es decir, la Sala Plena de esa Corporación considera que no es necesaria la motivación del acto administrativo en ese evento, y ha dicho que la autoridad de policía o militar solo debe verificar que el miembro a ser retirado: (i) cumple el tiempo de servicio y (ii) es acreedor a la asignación de retiro, por cumplimiento del tiempo mínimo de labores en la institución. Sin embargo, la misma Corporación estima que en casos de desvinculación discrecional o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional, la decisión debe contar con la motivación suficiente que logre despejar toda duda sobre si el retiro se efectuó por razones ajenas a las permitidas legalmente.

Para elaborar el documento se tomaron los elementos comunes contenidos en los fallos de ambos órganos de cierre, Pero dado que la discusión que aquí se plantea involucra dos causales de retiro distintas, es pertinente diferenciar el tratamiento que se ha dado a cada una de ellas.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2006, expediente No. 4013-05 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado). No obstante, cabe advertir que esa Corporación también ha advertido que lo anterior no implica la existencia de una facultad absoluta o ilimitada a través de la cual la administración retire a sus miembros arbitrariamente, pues al tenor del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, una decisión de naturaleza discrecional “(...) debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Sobre este respecto también se puede consultar la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, en la sentencia T-265 de 2013, la Corte afirmó que la discrecionalidad inmersa en la facultad de las entidades del sector defensa para desvincular a sus miembros por razones del servicio es relativa, esto quiere decir que es ajena a la noción de capricho del funcionario, y más bien, le permite a aquél apreciar los hechos concretos para llegar a una decisión razonable sobre cómo ha de actuar en cada caso, así como para construir los fundamentos de su determinación. Y en contraposición a la discrecionalidad relativa agregó, en consonancia con la postura del Consejo de Estado, que la limitación a la discrecionalidad absoluta: “(...) quedó expresamente consagrada en el artículo 36 del CCA, contenido que fue reproducido íntegramente en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, al establecer que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretet Chaljub).

1.1. Motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios

1.1.1. El Consejo de Estado ha señalado que el llamamiento a calificar servicios es una figura cuyo requisito de procedencia es el cumplimiento de un tiempo determinado de servicio fijado por ley, el cual varía de acuerdo con la entidad de la Fuerza Pública a la que está adscrito el miembro llamado a retirarse y el rango que aquél ostente⁸. En ese sentido se pronunció, a propósito de un caso en el que estudió la legalidad de un acto administrativo de retiro de un suboficial de la Policía Nacional llamado a calificar servicios. Después de examinar los argumentos de las partes y las pruebas obrantes en el proceso, la Sección Segunda, Subsección A, afirmó: “[r]egistra el plenario a folio 103 de la hoja de vida del actor que para la fecha de retiro de la institución, contaba con más de 15 años, pues su ingreso a la

entidad se produjo el 15 de abril de 1980, por lo que el llamamiento a calificar servicios respetó la limitación de tiempo de servicio exigida por la ley. Ahora bien, la determinación contenida en el acto impugnado se llevó a cabo en uso de la facultad discrecional, sin que fuera necesario que se exprese o se deje constancia de los motivos que tuvo el Gobierno para ordenar el retiro del servicio.”⁹

Agregó que la interpretación señalada también es aplicable al acta por medio de la cual la junta o comité de evaluación y clasificación, por razones del servicio, recomienda la desvinculación de un miembro activo. Al respecto, manifestó textualmente: “(...) el demandante se queja de que en el concepto del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos no se consignaron los motivos de su retiro y por ello no pudo ejercer su derecho de defensa, razonamiento que no es acertado, pues, como ya se dijo el único requisito para retirar a los Agentes por llamamiento a calificar servicios es el tiempo de servicio superior a 15 años.”¹⁰

⁸ La materia se encuentra regulada en el título II del Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”. De otro lado, se puede ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2010, expediente No. 0516-09 (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 0605-01 (C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda).

¹⁰ En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, el 25 de enero de 2001, expediente No. 3122 (C.P. Alberto Arango Mantilla): “[n]o se establece en ninguno de los artículos del decreto citado invocados como transgredidos en la demanda, la obligación de expresar en el acto mediante el cual se dispone el retiro de tales oficiales, si el mismo se sometió a consideración de esa Junta, ni que en él se deban explicitar las razones por las cuales ese órgano administrativo avaló esa determinación. El legislador únicamente previó que la misma sea sometida a su concepto, y esto (SIC) fue lo que se hizo en el caso en estudio. En ausencia de un deber legal, no puede admitirse que por no haberse hecho alusión al concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa sobre el retiro del servicio del demandante, ni haberse indicado en él las causas que lo motivaron, el decreto acusado haya sido expedido en forma irregular”. Y en la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, el 25 de noviembre de 2010, expediente No. 0938-10 (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.), sostuvo que: “(...) de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el retiro del servicio por facultad discrecional no requiere ser expresamente motivado ni tampoco el acta que recomienda dicha decisión. Esta situación, empero, no implica que el retiro del servicio no esté fundado en razones, las cuales, en atención a la especial facultad que se ejerce, se presumen en aras del buen servicio”. Al igual que en el fallo dictado por la Sección Segunda, Subsección A, el 21 de noviembre de 2013, expediente No. 0254-12 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero), en el que manifestó: “(...) el Gobierno Nacional, previa recomendación referida, tiene la facultad de retirarlos del servicio sin explicar o motivar la decisión”.

Con posterioridad el Consejo de Estado, en un caso en el que se controvertía la decisión de desvinculación de un miembro del Ejército Nacional retirado por llamamiento a calificar servicios, manifestó: *“(...)el acto de retiro no requería ser motivado ni notificarse al afectado, pues como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, 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 y por ello, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos”*.¹¹

Y reiteró el precedente en el sentido de que para efectuar el retiro por llamamiento a calificar servicios no es necesario motivar el acto administrativo, pues es suficiente el cumplimiento del tiempo de servicio exigido por la normativa vigente y que la junta o comité correspondiente conceptué acerca del mejoramiento del servicio que se logrará con tal decisión.¹²

En conclusión, el Consejo de Estado considera que no se requiere motivar el acto por medio del cual un miembro de la Fuerza Pública es retirado por llamamiento a calificar servicios, ni la recomendación emitida por la Junta o Comité respectivo que sustenta la decisión, toda vez que basta el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la norma para que la desvinculación se presuma legal. No obstante, en sede de tutela ha considerado, por lo menos en una oportunidad, que existe la obligación por parte de la Fuerza Pública de motivar los actos administrativos de desvinculación por llamamiento a calificar servicios, o en su defecto, dar a conocer al interesado las causas por las cuales se tomó la decisión de retiro. Es decir, que no basta con la manifestación formal de que el retiro se produjo para mejorar el servicio, es necesario que lo motive o que el afectado pueda conocer en concreto cuáles fueron las razones de la decisión.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2006, expediente No. 4013-05 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado).

¹² Pese a que la postura del Consejo de Estado es reiterada, cabe resaltar que a través de una acción de tutela resuelta recientemente por la Sección Segunda, Subsección B,¹² la misma Corporación sostuvo que los actos de retiro de los miembros que son llamados a calificar servicios deben estar motivados, o en su defecto, la institución del sector defensa debe poner en conocimiento del oficial o suboficial retirado las causas por las cuales se tomó dicha decisión. En esa ocasión, la Sección concluyó que los jueces naturales de la causa se limitaron a analizar si el acto administrativo atacado cumplía con los requisitos formales señalados en la normativa, y omitieron estudiar los motivos que inspiraron la decisión, a fin de determinar si la autoridad había incurrido o no en desviación de poder. Así, el Consejo de Estado encontró que la resolución que contenía la decisión de retiro carecía de motivación toda vez que en ella: *“(...) se hizo referencia a las normas que le conferían al Ministerio de Defensa la facultad para retirar al personal y al hecho que el demandante tiene más de 18 años de servicio, sin que se le hubiese presentado al afectado las razones concretas o los fundamentos fácticos de la decisión”*. Y se pronunció en similar sentido sobre el concepto emitido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa al señalar: *“(...) tampoco contó con una motivación que dejara entrever las razones objetivas y/o los hechos que dieron lugar al retiro”*. Y finalmente advirtió que, al no indicarse en ninguno de los actos mencionados las razones por las cuales se produjo la desvinculación del miembro voluntario, al accionante no podía determinar si su retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad de la autoridad nominadora.

1.1.2. Por su parte, en relación a la causal de retiro desarrollada, la Corte Constitucional consideraba, con anterioridad a la sentencia SU-091 de 2016¹³, que el hecho de que un miembro activo cumpliera el tiempo de servicio exigido, no conllevaba a su retiro automático, y que en ese escenario, la facultad discrecional de la entidad nominadora radicaba en la posibilidad de examinar la necesidad y conveniencia de dicha medida. El alcance asignado por la jurisdicción Constitucional sugería que cumplido el tiempo

requerido por la ley para que un miembro voluntario de la Fuerza Pública fuera llamado a calificar servicios, lo que seguía era revisar si dado su desempeño y la relevancia de su labor para cumplir los fines de la entidad, procedía su retiro del servicio en virtud de la causal en estudio.¹⁴

En esa misma línea argumentativa, la Corte Constitucional sostenía que era garante del derecho al debido proceso, en su faceta de defensa, y del derecho de acceso a la

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretlet Chaljub, S.P.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁴ Así lo indicó la sentencia C-193 de 199614, al resolver la demanda de constitucionalidad presentada por un ciudadano contra los artículos 6°, 7° (parcial) y 12 del Decreto 573 y 5°, 6° (parcial) y 11 del Decreto 574 ambos de 1995, normas que antes de la entrada en vigencia del decreto Ley 1791 de 2000 regulaban la carrera de los miembros de la Policía Nacional. El demandante consideraba que las disposiciones desconocían el sistema de carrera administrativa (art. 125 de la Constitución), el principio de igualdad y el derecho al debido proceso, por permitir el retiro discrecional sin tener en cuenta las causas y procedimientos señalados en la ley, entre ellos, la calificación de desempeño. Al respecto la Sala Plena consideró que, al momento de llamar a calificar servicios a un miembro de la Policía Nacional, es necesario que la autoridad examine de qué forma se beneficia la institución con su salida, o, en otras palabras, si se satisfacen los fines propios de la institución, dado que la esencia de estas medidas es el cumplimiento del interés general. En ese sentido, la causal no opera el retiro por cumplimiento del tiempo legal de servicios, y la discrecionalidad para determinar cómo y cuándo se ha efectuar el retiro, hace parte de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la Fuerza Pública “cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio”. En vigencia del Decreto 1790 de 2000, la Corporación mantuvo su postura, de tal suerte que en la sentencia T-723 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), afirmó: “(...) del artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 no se deriva que una vez cumplidos los años para obtener la asignación de retiro se deba llamar al funcionario a calificar servicios. Lo que establece dicha norma es que cumplidos los años para adquirir la asignación de retiro, a las Fuerzas Militares se le habilita la potestad para que los funcionarios que cumplan dichas características sean llamados a calificar servicios”. En la misma sentencia, y en relación con el deber de motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, la Corte señaló que en un Estado Social y Democrático de derecho: “(...) el deber de motivar un acto administrativo, incluso cuando se sustenta en una facultad discrecional, es la forma de evitar el degeneramiento de dicha prerrogativa en arbitrariedad y es lo que permite contener los posibles abusos de autoridad”, y dijo que pese a que la norma que contiene las causales de retiro no exige expresamente motivar el acto, la autoridad no está exenta de hacerlo. Concretamente, sostuvo: “(...) para aplicar la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios no basta el aducir que el funcionario cumple los requisitos para adquirir la mencionada asignación, como quiera que dicho postulado, como quedó determinado, es el que permite a la autoridad competente hacer uso de la facultad discrecional. Dicha facultad discrecional, al igual que la de llamamiento a curso y cambio de fuerza, es constitucional cuando se motiva de acuerdo a los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad, para lo cual poseen diversos elementos de evaluación”.

administración de justicia, que el miembro retirado conociera los motivos que dieron lugar a su desvinculación. A su juicio, la autoridad de policía o militar desconocía ese derecho fundamental, cuando usaba expresiones abstractas como “*por razones del servicio*” o “*por necesidades de la fuerza*” para justificar el retiro, pues de esa manera el afectado no podía saber si la decisión de retirarlo se ajustaba a los fines de la norma que permite el uso de dicha facultad, y si la decisión resultaba proporcional a los hechos que le servían de causa. Además, estimaba que la falta de motivación desconocía los principios constitucionales de legalidad y publicidad que rigen el ejercicio de la función pública. Finalmente, para la Corte, el acto de retiro motivado permitía al ciudadano censurar la actuación ante la respectiva jurisdicción, y al juez de la causa realizar el control judicial correspondiente en aras de determinar si la decisión se ajustaba lo preceptuado en el ordenamiento jurídico o no.¹⁵

Pero como se advirtió, con la expedición del fallo de unificación, la Sala Plena determinó que por aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios no es exigible la motivación del acto, toda vez que aquella: “*(...) está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro*”. Y que se trata de una causal que permite la terminación

normal de la carrera de policía o militar, con el fin de “*proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional*”, sin que por ello se pierda el derecho a efectuar un control judicial posterior “*para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder*”. Igualmente, la Corporación afirmó que exigir la motivación del acto administrativo de retiro desnaturalizaría la figura, con la consecuencia de que daría lugar al ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública hasta sus máximas posiciones, lo cual traería serios inconvenientes desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal.

Se encuentra entonces que, a partir del reciente fallo de unificación, la Corte adoptó la postura según la cual al aplicarse la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, no es necesario que la autoridad motive el acto administrativo, ni tampoco que motive el acta en la cual recomienda la desvinculación, pues basta que el miembro que va a ser retirado tenga el tiempo mínimo de servicio, de acuerdo a lo que determine la ley y según su rango, y que dicho lapso lo haga acreedor de una asignación de retiro.

¹⁵ Ver por ejemplo las sentencias T-1168 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1173 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-625 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-719 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), en la cual la Sala Tercera de revisión afirmó que si el afectado directo no conoce las razones que dieron lugar a su retiro “*(...) no podrá expresar ni refutar los motivos por los cuales no comparte lo dispuesto en ella*”.

1.2. Motivación del acto administrativo por aplicación de la causal de retiro discrecional

1.2.1. El Consejo de Estado ha analizado los alegatos de los demandantes en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, quienes sostuvieron que las autoridades de policía o militares se limitan indicar el fundamento legal que las autoriza a efectuar el retiro, sin aducir fundamentos adicionales, lo cual, a juicio de los afectados, se puede convertir en un arbitrario de sus facultades. Concretamente, el principal reproche en este evento está relacionado con el hecho de que en los actos administrativos y en las actas de recomendación de la junta o comité, no se señalan las razones que sustentan la decisión de desvinculación y que la entidad acude a expresiones como *“mejoramiento del servicio”* o *“por razones del servicio”*, para indicar el motivo del retiro.

Frente a esta situación, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado estima que la facultad asignada a la Policía Nacional y a las Fuerzas Militares es discrecional, lo que les permite valorar la oportunidad y conveniencia del retiro, en un plano de mayor libertad en relación con otras autoridades del Estado. Así, al revisar el contenido del acto de desvinculación en el marco de una controversia puesta a su consideración, la Corporación se limita verificar el cumplimiento de los requisitos formales dispuestos en los textos legales.

Tal conclusión se puede inferir de lo consignado en la sentencia del 31 de julio de 1997, a través de la cual sostuvo: *“(...) el Presidente del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos procede a dar cumplimiento al artículo 11 del Decreto 574 el 4 de abril de 1995, en el sentido de recomendar, por razones del servicio, el retiro absoluto del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, del personal de Agentes que allí se relacionan, entre los que figura el demandante. De conformidad con lo anterior, no se tipifica en este caso la indebida motivación que se alega en la demanda, porque el acto administrativo fue expedido dando cumplimiento al artículo 11 del Decreto 574 de 1995 (...).”*¹⁶ Esta postura la comparte la Sección Segunda, Subsección A de la misma Corporación.

Por ejemplo, al resolver el caso de un miembro de la Policía Nacional retirado por el Director General por razones del servicio, previa recomendación oficial, la Corporación manifestó que el acto por medio del cual el demandante fue desvinculado: *“no requería ser motivado ni notificarse al afectado, pues como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, 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”*¹⁷. Además, sostuvo que los motivos que orientaron a la administración a efectuar el retiro debían entenderse intrínsecos en la decisión, por lo que le correspondía al accionante demostrar que con su retiro no se

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de julio de 1997, expediente No. 14608 (C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora). El artículo 11 del Decreto 574 de 1995 fue derogado por el artículo 95 del Decreto Ley 1791 del 2000. Estas dos normas contienen los mismos requisitos para hacer uso de la facultad de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección general. Ver en el mismo sentido la sentencia proferida por la misma sección y subsección, del 16 de febrero de 2006, expediente No. 4515-04 (C.P. Jesús María Lemos Bustamante), en la cual el Consejo de Estado resolvió desfavorablemente las pretensiones de un Mayor del Ejército Nacional retirado por voluntad del Gobierno, quien consideró que su desvinculación fue irregular, al señalar que el Presidente de la República puede retirar a miembros del Ejército Nacional, solo con el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa, sin que sea necesario explicar los móviles que dieron lugar a la decisión, debido a que el acto administrativo se presume proferido por razones del servicio.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, expediente No. 2264-08 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero).

cumple la finalidad de mejora del servicio. Así, el Consejo de Estado, aparte de reiterar que las entidades del sector defensa no están llamadas a motivar el acto de retiro porque es suficiente afirmar que aquél obedece a “razones del servicio”, le impone al demandante la carga de demostrar el yerro en que incurrió la autoridad que hace irregular su desvinculación.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia contenciosa, el ejercicio de la facultad discrecional permite a la autoridad administrativa adoptar autónomamente la decisión en relación con la permanencia o retiro del servicio de uno de sus miembros cuando las necesidades del servicio lo exijan, conforme las finalidades constitucionales que cumplen tanto la Policía Nacional como las Fuerzas Militares,¹⁸ lo que no obsta para que las decisiones carezcan de razonabilidad y sean adoptadas dentro de límites justos y ponderados.

En tal sentido, es válido afirmar que el Consejo de Estado estima que es errado hablar de expedición irregular del acto administrativo de retiro discrecional, puesto que para que ello suceda la autoridad debe omitir, parcial o totalmente, dar cumplimiento a los requisitos o procedimientos señalados en la ley, lo cual en el caso particular de los miembros de la Fuerza Pública no es factible, debido a que en ninguno de los artículos que autorizan el ejercicio de esa facultad se observa el cumplimiento de una carga de motivación en el acto propio de desvinculación o en el que contiene la recomendación que emite la junta o el comité de evaluación.

Así, en el contexto descrito se concluye que es legal la desvinculación de un miembro activo de

la Fuerza Pública cuando: (i) en el acto de retiro se indica que el servicio será mejorado y (ii) existe una recomendación previa de la junta o comité correspondiente. Además, cabe reiterar que si el interesado decide controvertir la legalidad de la decisión en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, debe demostrar que con su retiro no se cumple finalidad de mejorar el servicio que presta la Fuerza Pública.

1.2.2. Finalmente, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha señalado que dada la función que cumple la Fuerza Pública dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, es ajustado a la norma superior que ésta cuente con la facultad discrecional de retirar a algunos de sus miembros en virtud de la causal enunciada, a fin de lograr el cumplimiento de los fines constitucionales y legales asignados a ella.

No obstante, a su juicio, la discrecionalidad de la administración para desvincular a los miembros de la Fuerza Pública debe ser analizada desde una óptica diferente a la tradicional, en el contexto de la norma superior vigente, en el que las autoridades están llamadas a respetar y garantizar los derechos fundamentales de todos los asociados, especialmente la garantía al debido proceso a propósito de las decisiones que los afecten. En ese sentido, advierte que después de promulgada la Constitución de 1991, no es admisible la interpretación del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el sentido de que los actos de retiro de la Fuerza Pública, por tener origen en una atribución legal, no deben ser motivados.¹⁹

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 28 de junio de 2012, expediente No. 1692-10 (C.P. Gustavo Gómez Aranguren).

¹⁹ Desde sus primeros pronunciamientos la Corte viene refiriéndose a la necesidad de que la decisión de retiro por voluntad de la entidad esté fundamentada. Así lo sostuvo en la sentencia C-525 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), reiterada posteriormente, entre otras, en la sentencia C-193 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara). En tal sentido ha indicado que

En consecuencia, la Corte Constitucional ha establecido que la carga mínima que deben asumir las autoridades del sector defensa para actuar en consonancia con la Norma Superior es expresar en el actos administrativo, como mínimo, los hechos y causas que la llevan a tomar una decisión, absteniéndose de usar expresiones como “*por razones del servicio*” o “*por necesidades de la fuerza*”, pues: “[e]ste tipo de afirmaciones genéricas no le permiten al administrado conocer si la medida se ajusta a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, ni establecer si aquella es proporcional a los hechos que le sirven de causa”.²⁰

Este asunto fue objeto de unificación en la sentencia SU-053 de 2015²¹, en la cual la Sala Plena de la Corporación sostuvo: “[s]e 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”. En igual sentido reiteró que toda faculta discrecional en relación con la competencia para retirar a los miembros activos de la fuerza pública:

(i) debe estar contenida en la Constitución o en la ley; (ii) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, lo cual supone la correspondencia entre el motivo que llevó a la entidad a tomar la decisión y el fin obtenido, y (iii) es necesario que sea proporcional, esto es, que la determinación que se adopte se fundamente en razones que objetivamente se compadezcan con los supuestos fácticos que la originan.

Finalmente, afirmó que la expedición de un concepto previo a cargo de las juntas o comités de evaluación y clasificación 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”.

En suma, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, las autoridades de policía o militares deben motivar el acto de retiro de un miembro activo, cuando la causal invocada para la desvinculación es el retiro discrecional o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional, de manera que el afectado pueda conocer las razones que lo apartan de su cargo y ejercer las acciones administrativa o judiciales pertinentes, a fin de controvertir la decisión que lo afecta.

el acto expedido sobre la base de razones del servicio debe tener un mínimo de motivación, para asegurar que no se trata de una determinación arbitraria, sino de una decisión “fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto, y motivada en las razones del servicio.”

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esa providencia, la Corporación también sostuvo: “[p]ara la Corte es claro que la calidad del servicio es el fin que justifica la existencia de toda función de la administración. Sin embargo, cuando las autoridades adopten una decisión que fundamentan en el “mejoramiento del servicio”, el requisito de exponer los motivos que sustentan la medida no se agota con la simple enunciación formal. Si bien la atenuación del deber de motivación permite una mayor flexibilidad en la actuación, en caso de afirmarse que con la decisión se está favoreciendo el servicio, deberá al menos justificarse en qué están dadas tales razones. En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez competente evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así comprobar si se presentó una afectación de los derechos fundamentales.”

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU-053 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Varga Silva).

2. Forma de motivación del acto administrativo a través del cual se retira a un miembro de la Fuerza Pública a discreción

Una vez establecida la regla en torno a la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros activos de la Fuerza Pública, la Agencia procedió a identificar la forma cómo ha de efectuarse esa motivación por aplicación de las causales previstas.

Sin embargo, cabe recordar que en la parte inicial de este acápite se concluyó que: (i) la jurisprudencia administrativa estima que la decisión por medio de la cual se retira a un miembro de la Fuerza Pública por aplicación de la causal retiro discrecional, debe estar inspirada en razones del servicio, lo cual se traduce en que, de forma previa a la desvinculación la autoridad administrativa está obligada a revisar la conveniencia y necesidad de la medida a adoptar, y si opta por la desvinculación se entenderá que la permanencia del miembro resultaba inadecuada para el adecuado funcionamiento de la institución²², sin que ello signifique que existe un deber de motivar; (ii) esta postura no solo es aplicable para el caso del retiro discrecional, sino también es usada en tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, y en ese evento la entidad solo debe verificar que el miembro a retirar haya cumplido el tiempo de servicio y tenga derecho a la asignación de retiro; y, (iii) recientemente la Corte Constitucional adoptó la misma tesis del Consejo de Estado en lo relativo al retiro por llamamiento a calificar servicios.

De manera que como el deber de motivación solo es predicable del acto administrativo por la causal de retiro discrecional y a la luz de la jurisprudencia constitucional, la Agencia solo se referirá a la forma de motivación en dicho

evento. Así, este análisis se efectuó con la intención de responder el problema jurídico: *¿vulnera una autoridad del sector defensa el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, cuando lo retira del servicio activo por aplicación de la causal legal retiro discrecional, sin exponer en el acto administrativo todas las razones que sustentan su decisión?*

La Agencia considera que la respuesta a esta cuestión, derivada de la jurisprudencia que se retoma enseguida, es: *una autoridad del sector defensa vulnera el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, al efectuar su retiro por aplicación de la causal de retiro discrecional, sin exponer en el acto administrativo todas las razones que sustentan su decisión.*

Desde la sentencia C-525 de 1995²³, la Corte sostuvo que antes de proceder a la desvinculación de un miembro activo por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional, resulta forzoso analizar si con la medida que se pretende adoptar se satisface el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución. Igualmente, consideró que los llamados a valorar tales razones son los entes encargados de realizar la correspondiente recomendación a la autoridad nominadora. Dijo sobre este respecto: “(...) el Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, expediente No. 2264-08 (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

²³ Corte Constitucional, sentencia C-525 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando”.

Con base en lo anterior, la Corporación ha sostenido que es necesario que las razones del retiro se encuentren explícitas en el acto administrativo o en la recomendación emitida por la junta o comité respectivo, con la finalidad de que el afectado las conozca, y pueda ejercer los mecanismos de contradicción en caso de no estar satisfecho con la decisión adoptada. Además, porque en caso de iniciarse un proceso judicial, los fundamentos son indispensables para que el juez de la causa pueda valorar la legalidad del acto administrativo de retiro o la presunta afectación de un derecho fundamental, a la luz de las razones objetivas que encontró la entidad como suficientes para efectuar la desvinculación.

Esta conclusión es sostenida igualmente en sede de tutela. Por ejemplo, en la sentencia T-638 de 2012²⁴, la Sala Novena de Revisión estudio dos casos en los que reiteró el precedente fijado. El primero, relacionado con un Suboficial del Ejército Nacional retirado por un Comandante de dicha institución, previa recomendación del Comité de Evaluación para el Ejército Nacional, y el segundo, el del retiro de un miembro de la Policía por decisión de un Comandante, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía de Risaralda. En esa ocasión la Corporación sostuvo que las razones que llevan a la autoridad nominadora a tomar la decisión de retiro debían plasmarse siquiera de forma sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o en el acta del comité o la junta de calificación que recomienda el retiro. En relación con lo anterior, al referirse a la motivación, la Corte sostuvo: *“la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento*

del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo”.

Es así como, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, se concluye que las autoridades del sector defensa deben motivar el acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública retirados a discreción en la decisión misma o en el acta de recomendación que la fundamenta, exponiendo todas las razones que justifican apartar al miembro de su cargo.

3. Sustento probatorio del acto administrativo que retira a un miembro de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios o a discreción de la entidad

Pese a que, como se estableció en los puntos anteriores de este mismo apartado, el Consejo de Estado ha señalado que por ninguna de las causales analizadas en este documento las autoridades de policía o militares deben exponer las razones de la desvinculación de un miembro activo retirado a discreción o por llamamiento a calificar servicios, y que la Corte Constitucional comparte la misma postura en relación con la causal llamamiento a calificar servicios, ambas Corporaciones consideran que llegar a una decisión definitiva sobre efectuar el retiro o no, supone que la entidad valoró todos los elementos de juicio a su disposición, así como los fundamentos fácticos y encontró un motivo objetivo para apartar al miembro del servicio activo. Además, consideran ambas cortes que el sustento, no del acto administrativo como tal sino de la decisión de efectuar el retiro, debe estar contenido por escrito.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-638 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Conforme a lo anterior es necesario determinar si:

¿vulnera una autoridad del sector defensa el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, cuando lo retira del servicio activo por aplicación de las causales legales llamamiento a calificar servicios y retiro discrecional, sin efectuar previamente el análisis de diversos elementos fácticos y probatorio que les permita inferir si la decisión cumple el objetivo de mejorar el servicio?

Y la respuesta a este interrogante es: una autoridad del sector defensa vulnera el derecho fundamental al debido proceso de un miembro activo de la Fuerza Pública, al efectuar su retiro por aplicación de las causales legales llamamiento a calificar servicios y retiro discrecional, sin efectuar previamente el análisis de diversos elementos fácticos y probatorio que les permita inferir si la decisión cumple el objetivo de mejorar el servicio.

3.1. El Consejo de Estado ha considerado que, si bien se presume inspirado en razones del servicio el acto administrativo en virtud del cual es retirado un miembro voluntario de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios o por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional, tal presunción no cobija los motivos que finalmente dieron lugar a la desvinculación. Puntualmente ha expresado: “(...) en síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos.”²⁵

A partir de lo señalado, la Corporación ha indicado que la decisión debe tener sustento

fáctico y probatorio, y en la mayoría de los casos ha determinado que es la hoja de vida la que contiene tales elementos, a través de los cuales se puede acreditar la eficiencia o ineficiencia en la prestación del servicio por parte de los miembros activos. Asimismo, ha sostenido que se trata de un sustento que no permite decisiones secretas u ocultas resguardadas en la presunción del buen servicio, que ello puede convertirse en “un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.”²⁶ Aunado a lo anterior, indicó que para efectos de la revisión de la hoja de vida de los miembros a ser retirados, cobran gran importancia los antecedentes señalados en ella, pero no todos, sino aquellos mediatos a la decisión, es decir, las anotaciones recientes, toda vez que a partir de ello se puede inferir la moralidad, disciplina y eficiencia que constituyen parámetros que actúan como justificantes de la remoción del personal.

Así, en el caso de un Suboficial de la Policía Nacional retirado por el Director General previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores de la Policía, por razones del servicio, la Corporación manifestó que: “(...) la hoja de vida cumple un papel de importancia especial en la valoración que corresponde efectuar al juez de lo contencioso administrativo en materia del ejercicio de las facultades discrecionales por la Administración. Dado que resulta difícil desentrañar los aspectos subjetivos de una determinación gobernada por tales facultades, por tratarse de elementos que se encuentran en la mente del funcionario que toma la determinación de que se trate, los móviles que conducen a ella deben poder ser apreciados a través de elementos objetivos como los que se consignan en la hoja de vida.”²⁷

²⁵ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, expediente No. 3274-02 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado).

²⁶ Ibídem.

²⁷ Al efecto puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente No. 2366-02 (C.P. Jesús María Lemos Bustamante). Ver también Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección

Con base en lo anterior, determinó que no era adecuado a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, retirar a una persona que días antes era exaltada por sus virtudes policiales, y en consecuencia, declaró la nulidad del acto de retiro.

Lo expuesto hasta el momento no solo es aplicable al retiro por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional, pues también lo es en los eventos de llamamiento a calificar servicios, así lo consideró esa alta Corte al señalar: “(...) la decisión de retirar del servicio al señor (...) no sólo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional (...).”²⁸

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado considera que a pesar de que en el acto administrativo de retiro no se deban indicar las razones que motivaron la decisión, sí es necesario que esté respaldado en razones objetivas y hechos ciertos, lo cual se puede confrontar con la hoja de vida del miembro retirado, y por ello la hoja de vida se convierte en un elemento indispensable para acreditar la motivación de la institución para adoptar la decisión, en el evento en que se presente una controversia.

3.2. Por su parte, la Corte Constitucional sostiene que el concepto que recomienda la desvinculación del servicio debe estar fundamentado en los elementos fácticos y probatorios conducentes a adoptar una decisión de desvinculación objetiva. Así lo indicó en la sentencia C-525 de 1995 antes citada, en la cual señaló que “(...) estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia (...); hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto, y motivada en las razones del servicio.”

Con posterioridad, en la sentencia T-111 de 2014²⁹, la Sala Octava de Revisión señaló que las recomendaciones de las juntas o comités no pueden ser tomadas como un simple consejo de carácter subjetivo, ya que: “[e]n lo relacionado con la recomendación requerida, se ha expresado que ésta no puede ser entendida como un simple consejo o sugerencia de carácter subjetivo, sino que es menester que se encuentre basada en un examen exhaustivo de las circunstancias específicas que se estima, afectaron la prestación del servicio e hicieron necesaria la recomendación

B, sentencia del 12 de agosto de 2010, expediente No. 1596-09 (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez), en la cual la Corporación manifestó la necesidad de que al momento de valorar la hoja de vida se tenga en cuenta más que el devenir rutinario de la labor, los eventos excepcionales y de reconocido mérito llevados a cabo durante la prestación del servicio. Similares argumentos y decisión fueron expuestos en Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, expediente No. 2264-08 (C.P. Alfonso Vargas Rincón. Consejo de Estado), Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de marzo de 2013.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de noviembre de 2011, expediente No. 0779- 11, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-111 de 2014, (M.P. Alberto Rojas Ríos).

de desvinculación”, y consideró como de gran valor las anotaciones contenidas en la hoja de vida inmediatas al momento de la desvinculación.

Así las cosas, la Corte considera que, en caso de retiro discrecional, parte fundamental de la motivación de la decisión de retiro la integra el concepto o recomendación emitido por la junta o comité de evaluación, que, a su vez, se efectuó sobre la base de un análisis a fondo de los elementos fácticos y probatorios que rodean el caso, así como de la trayectoria del miembro activo susceptible de retiro. En relación con este último aspecto cobran importancia significativa las anotaciones contenidas en la hoja de vida, que sean recientes a la desvinculación, así como eventos excepcionales y de reconocido mérito.

III. La desviación de poder y la falsa motivación como irregularidades de los actos administrativos de retiro de los miembros de la fuerza pública, en aplicación de las causales llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional

Por regla general, los miembros de la Fuerza Pública desvinculados por aplicación de las causales *llamamiento a calificar servicios* o *retiro discrecional*, que cuestionan la legalidad de los actos de retiro, invocan como causales de nulidad la *falsa motivación* o la *desviación de poder*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 del Decreto 1° de 1984, que regía la materia antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y en esta última norma, en los artículos 137 y 138.

Por tratarse de figuras presentes a propósito del estudio de legalidad de actos de retiro en las Fuerzas Militares, la jurisprudencia en la materia está construida sobre la base de los pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado.

En relación con la falsa motivación, la Corporación ha entendido que aquellas es una causal de nulidad que: “*implica que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter*

jurídico que el autor les ha dado (...); es decir, que los hechos y consideraciones del acto, desde el punto de vista material o jurídico no existan, o que no tengan correspondencia con la materia reglada”.³⁰ Igualmente, ha estimado que para

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente No. 3617-13 (C.P. Gustavo Gómez Aranguren). Se precisa que los hechos objeto de dicha decisión no se originaron en el ejercicio de alguna de las causales estudiadas (retiro por voluntad del Gobierno o de la entidad o retiro por llamamiento a calificar servicios) sin embargo, se precisó el concepto y contenido. En tal ocasión, la demandante solicitó la nulidad del Decreto 0087 del 21 de diciembre de 2001, expedido por el alcalde municipal de Piedecuesta-Santander, a través del cual se estableció la nueva planta de personal del municipio la cual suprimió el cargo que aquél desempeñaba.

que se configure la falsa motivación es necesario que concurren los siguientes elementos: *“(a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos ante una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la clasificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentre falsamente motivado”*.³¹

Por otra parte, en relación con la desviación de poder, ha sostenido que se configura cuando: *“el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público”*.³²

Para claridad del documento, es necesario indicar que solo se halló un fallo proferido por el Consejo de Estado en el año 2000, en el que declaró probada la nulidad del acto administrativo de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, por

la causal de falsa motivación. En esa ocasión se resolvió el caso de un oficial de la Policía Nacional quien fue retirado de la institución por decisión del Presidente de la República, sobre la base de razones del servicio y previo concepto de la Junta Asesora. No obstante, el demandante alegó que su retiro tuvo origen en la investigación disciplinaria que simultáneamente se adelantaba, la cual fue terminada debido a que se consideró que la conducta desplegada por el accionante no era constitutiva de falta disciplinaria. Al estudiar los hechos constitutivos de la acción, la Corporación afirmó: *“existió una relación de causalidad entre la fecha de desvinculación (18 de febrero de 1998) y el inicio del proceso de carácter disciplinario (enero 2 de 1998); es evidente que ésta fue la razón que tuvo la entidad demandada para proceder a retirarlo del servicio, a pesar de que se adujo la voluntad del Gobierno Nacional. Y concluyó: “como el pretexto para la separación del servicio fue el retiro por voluntad del Gobierno Nacional, cuando la causa fue por el inicio del proceso disciplinario de que fue objeto el actor, dirá la Sala que en el sub-lite se dio una falsa motivación”*.^{33, 34}

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, expediente No. 1218-12 (C.P. Gabriel Valbuena Hernández). En esa oportunidad se trató del caso de un miembro de la Policía Nacional que fue sancionado con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por espacio de diez (10) años. Si bien, no corresponden a las causales analizadas, su inclusión obedece exclusivamente a que en ella se exponen de manera clara y concreta los requisitos que se deben tener en cuenta para que exista desviación de poder.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2000, expediente No. 689-00 (C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora).

³⁴ Como se advirtió, en las restantes providencias analizadas, el Consejo de Estado negó las peticiones de declaratoria de nulidad del acto de retiro por existir falsa motivación, sobre la base de alguno de los siguientes argumentos³⁴: (i) no es válido declarar falsa motivación respecto de actos administrativos de retiro discrecional, porque al ser aquellos el resultado del ejercicio de una facultad propia de la institución, no deben motivarse. Concretamente ha sostenido: *“no puede alegarse desvío de poder ni falsa motivación de un acto que no se motivó; y que por ser discrecional no la requería”*.³⁴; y (ii) las demandas en las que se pide declarar la nulidad de un acto administrativo de retiro por falsa motivación, no son acompañadas de elementos probatorios que acreditan la existencia de dicha irregularidad. Sobre este respecto, la Corporación ha indicado: *“el retiro en estas circunstancias se ajustó a la normatividad al no haberse demostrado en juicio conforme al inciso 2° del artículo 83 del C.C.A. que se infringieron las normas en que debió fundamentarse o que fue expedido irregularmente, con falsa motivación, desviación de las atribuciones o desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, pues le correspondía a la afectada demostrar las violaciones normativas causadas”*.

Sin embargo, la postura adoptada en ese fallo es similar a la que fundamenta la declaratoria de desviación de poder por parte de la misma Corporación, como se verá a continuación:

Para el Consejo de Estado, tanto el retiro discrecional como el retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentran viciados por desviación de poder cuando se demuestra que la desvinculación no tuvo como fin el mejoramiento del servicio. Para determinar si efectivamente la autoridad incurrió en esa irregularidad, cobran importancia las anotaciones contenidas en la hoja de vida efectuadas con proximidad a la decisión del retiro, las cuales permiten advertir la idoneidad y capacidad personal y profesional del miembro de la Fuerza Pública.

Por ejemplo, al resolver el caso de una subteniente de la Policía Nacional retirada del servicio por voluntad del Gobierno Nacional, sobre la base de razones del servicio³⁵, el Consejo de Estado concluyó que, a partir de las pruebas aportadas al proceso, se podía establecer que el retiro no había tenido lugar para mejorar el servicio. Concretamente, expuso: *“las pruebas aludidas con anterioridad permiten concluir que no es coherente la decisión de la administración, pues a pesar de recomendarla para ascenso desde el 3 de julio de 2002, el 9 del mismo mes y año la Junta Asesora recomendó su retiro de la Institución por voluntad del gobierno, a pesar de tener una clasificación superior en el servicio público. Lo anterior, aunado a las pruebas testimoniales que dan cuenta de una persecución en contra la demandante por la relación afectiva sostenida con un miembro de la Institución de rango inferior, permiten inferir que la decisión de disponer el retiro*

*del servicio de la demandante fue ajena a razones del buen servicio que son las que, en últimas, deben motivar una medida discrecional como la que se ejerció.”*³⁶

Si bien en el caso señalado no se indicó expresamente que se trataba de desviación de poder, a partir de la explicación dada por el Consejo de Estado en casos anteriores, como los que citarán a continuación, se podría inferir que al no mejorarse el servicio con el retiro de la demandante, la causal que da lugar a la anulación del acto es la de desviación de poder.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado de manera expresa venía considerando que una entidad del sector defensa incurre en desviación de poder, al retirar a uno de sus miembros a discreción, previa recomendación de la junta o comité, cuando existen otras investigaciones en curso en contra del interesado, y se logra constatar en el proceso que es la investigación penal o disciplinaria, la razón para efectuar la desvinculación.

Tal fue el caso de un miembro retirado por voluntad del Director General de la Policía Nacional, quien expuso en su demanda que la verdadera razón de su desvinculación obedeció a una investigación penal que se adelantaba en su contra por la presunta retención ilegal de un ciudadano y la sustracción de una suma de dinero. En la contestación de la demanda, la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional sostuvo, entre otros argumentos, que al ordenar el retiro no sólo se tuvo en cuenta la facultad conferida en el Decreto 1791 de 2000, sino que también se analizó su hoja de vida. Para el Consejo de Estado: *“(…) resulta evidente que*

³⁵ No obstante, afirma la demandante que su retiro más que buscar la mejora del servicio, se debe a la materialización de las amenazas por parte de algunos de sus superiores, que consideraban inmoral la relación que ella sostenía con un integrante de la Policía de inferior rango.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente No. 0254- 12 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero).

la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que la indagación de carácter penal que se venían adelantando en su contra, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la decisión del Comandante de la Estación de Policía Candelaria de Medellín, de poner a disposición de la Justicia Penal Militar al demandante y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto que una y otra decisión fueran adoptadas con una diferencia de 23 días. En otras palabras, dicha medida en el caso concreto constituyó una especie de sanción frente a la supuesta responsabilidad penal que se le atribuía al actor, lo cual contradice la razonabilidad, proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración al expedir el acto administrativo acusado.”³⁷

Y con fundamento en lo anterior concluyó que:“(…) en la decisión de retiro del servicio del señor (...), se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y mucho menos el respeto por los principios que gobiernan la función pública, artículo 209 de la Constitución Política ya que como quedó visto con anterioridad, en el período próximo a la expedición del acto acusado, la hoja de vida del demandante permitía advertir con lujo de detalles sus idoneidad y capacidad personal y profesional para desempeñar el grado de Agente de la Policía Nacional.”

Posteriormente, al resolver el caso de un suboficial de la Policía Nacional retirado por razones del servicio por el Director General, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del

Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, el Consejo de Estado le dio la razón al actor en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, al sostener que la verdadera razón que hubo detrás del retiro es una investigación disciplinaria que se adelantaba en su contra por parte de la institución policial, puesto que las calificaciones de servicio, próximas a su retiro demostraban su excelente desempeño y capacidad profesional. Afirmó la Corporación en relación con el asunto: “(…) resulta evidente que la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que la indagación de carácter disciplinario que se venían adelantando en su contra, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la apertura de la investigación disciplinaria y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto que una y otra decisión, como quedó visto, fueron adoptadas con una diferencia de quince días. En otras palabras, dicha medida en el caso concreto constituyó una especie de sanción frente a la supuesta responsabilidad disciplinaria que se le atribuía al actor, lo cual contradice la razonabilidad, proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración al expedir el acto administrativo acusado (...) concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del señor (...) se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y mucho menos el respeto por los principios que gobiernan la función pública (...)”

Con base en las consideraciones efectuadas, la Corporación desestimó los argumentos de la parte demandada, de acuerdo con los cuales no es suficiente la antigüedad, la excelencia y la

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 1613-09 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

superación de las evaluaciones, puesto que al tratarse de integrantes de la Policía Nacional, se requiere que su comportamiento sea excepcional, mejor que el de cualquier otro servidor público.³⁸

Del mismo modo, es preciso señalar que la postura planteada previamente no solo es aplicable a los casos en que el retiro del miembro de la Fuerza Pública haya tenido lugar por voluntad del Gobierno o de la entidad, también es aplicable respecto del retiro por llamamiento a calificar servicios.

Así quedó consignado al resolver la demanda presentada por un Mayor de Infantería de Marina del Ejército Nacional llamado a calificar servicios por decisión del Ministro de Defensa. Para el actor la verdadera razón de su retiro obedeció a las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaban en su contra por hechos propios del servicio. En dicha ocasión la Corporación consideró: *“Bajo este supuesto, considera la Sala que la decisión de retirar del servicio al señor (...) no sólo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional. Y*

continuó: “así mismo, debe decirse que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un oficial del Ejército Nacional, cuyas calidades personales y profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no sólo afecta los derechos particulares del señor Mario Alberto Cañas Ortega sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares del país””³⁹

Similar decisión se adoptó al resolver el caso de un Contralmirante de la Armada Nacional retirado por llamamiento a calificar servicios, en la cual Consejo el Estado afirmó: *“el mismo razonamiento hasta aquí expuesto, lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que la causa determinante para la expedición del acto de retiro aquí atacado, no fue el interés de mantener o mejorar el servicio público a cargo de la entidad demandada, todo lo contrario, ello refleja más bien una actitud a todas luces contraria al mismo, es decir, se configura la desviación de poder que hace nulo el acto impugnado.”*⁴⁰

Con los hasta aquí dicho se puede concluir que el Consejo de Estado considera que se configura desviación de poder cuando en el acto de retiro

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente No. 1332-09 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de noviembre de 2011, expediente No. 0779-11 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 8 de abril de 2010, expediente No. 0505-04 (C.P. Alfonso Vargas Rincón). El Gobierno Nacional, a través del Decreto 284 del 17 de febrero de 1999, llamó a calificar servicios a un Contraalmirante de la Armada Nacional quien tenía más de quince (15) años al servicio de dicha institución. La anterior, decisión fue tomada a pesar de que el demandante de manera previa había solicitado su retiro debido a que el Comandante encargado de asignarle las funciones se había negado a ello.

de un miembro de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios o por voluntad de la entidad o del Gobierno, se fundamenta en razones distintas al deber de mejorar el servicio. Tal situación ocurre, como quedó visto, cuando la razón del retiro es que se surte un proceso penal o disciplinario contra el miembro de la Fuerza Pública, y para determinar si tal situación ocurre, la Corporación estima que de gran valor analizar las anotaciones contenidas en la hoja de vida del interesado, a partir de las cuales se pueden establecer ciertamente sus capacidades personales y desempeño profesional.

IV. Mecanismos judiciales de protección y órdenes concretas de amparo

De conformidad con el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está instituida por el ordenamiento como la vía idónea para solicitar la protección de derechos presuntamente desconocidos por la acción de una autoridad administrativa, en cuyo caso el juez de la causa está facultado para declarar la nulidad del acto y de forma subsecuente restablecer el derecho y reparar del daño, en caso de haber presentado tal.

De otro lado, la acción de tutela procede excepcionalmente y de forma subsidiaria para solicitar el restablecimiento de un derecho presuntamente desconocido o amenazado por una autoridad. En esa medida, la procedencia de la tutela contra actos administrativos no es automática, y está sujeta a la verificación de los requisitos de procedencia generales para toda acción constitucional, contenidos en la el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 (a saber subsidiariedad, inmediatez, que no se trata de una tutela contra tutela, legitimación por activa y por pasiva), y a dos requisitos específicos en el evento señalado: (i) que el acto administrativo presuntamente desconozca

una garantía fundamental y (ii) que dadas las circunstancias del caso concreto, no sea exigible a la persona acudir a la vía administrativa para solicitar la protección deprecada.

Sin embargo, en algunos pronunciamientos la Corte Constitucional ha considerado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser una vía insuficiente para proteger derechos, en casos en el que el acto administrativo de retiro de un miembro activo de la Fuerza pública no esté motivado. Esto por cuando si la persona no conoce las razones de su de vinculación, es poco probable que pueda construir los argumentos para debatir la legalidad del mismo.

En ese orden de ideas, el problema jurídico procedimental que se propone resolver en el presente apartado, es: *¿es la nulidad y restablecimiento del derecho el mecanismo judicial idóneo para cuestionar una decisión de retiro por llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional en el evento de que el acto administrativo carezca de motivación?*

La respuesta a este interrogante, construida sobre la base de las consideraciones que se expondrán enseguida, es: la nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial idóneo para cuestionar una decisión de retiro por llamamiento a calificar servicios o retiro discrecional, incluso en el evento de que el acto administrativo carezca de motivación, siempre y cuando no se trate de una persona a quien por sus condiciones personales, familiares o sociales y por requerir una medida urgente de amparo, debe ser protegida por la administración de justicia a través de la acción de tutela.

De un lado, el Consejo de Estado considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial idóneo para controvertir la legalidad de un acto administrativo de retiro expedido en virtud de las causales en comento, empero, para su ejercicio es indispensable que la parte afectada pruebe la desviación de poder o falsa motivación del acto⁴¹. En el caso de que efectivamente se trate un acto irregular por no conducir al mejoramiento del servicio y responder a otros fines no institucionales, el mismo es declarado nulo y se ordena el reintegro del miembro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad, y se condena al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta que el reintegro se haga efectivo. Además, se ajustan las sumas debidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA⁴².

A su turno, en sede de tutela, la Corte Constitucional considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo cuando el acto carece

de motivación, por cuanto en ese evento el accionante no puede debatir su legalidad. En tales casos, la Corporación ha sostenido que procede la acción de tutela. Por lo anterior, es que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que es necesario que los actos de retiro del personal de la Fuerza Pública sean motivados para que los destinatarios puedan así ejercer su derecho a la defensa y garantizar de este modo su derecho al trabajo y al debido proceso.⁴³

Cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de dos tipos de casos. Primero, aquellos en los que la acción de tutela se dirigió contra el acto de retiro, y segundo, cuando la acción está dirigida contra la sentencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el primer escenario, las acciones de tutela son falladas como *mecanismo definitivo*, sobre la base de que los miembros voluntarios de la fuerza pública han solicitado que se les informen las razones por las cuales la institución efectuó el retiro. En estos eventos, la Corte ha considerado que es un deber de las autoridades manifestar en el acto administrativo cuales fueron los motivos por los que la administración decidió retirarlos del servicio, por lo que ha aceptado la acción de tutela como mecanismo definitivo para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, y acceso a la administración de justicia. Así las cosas, ha ordenado a la entidad demandada que profiera un nuevo acto administrativo en donde se consignen las razones que la llevaron a ordenar el retiro de un miembro activo de la Fuerza Pública, y asimismo ha ordenado darle a conocer al

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, expediente 1760-10, C.P. (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

⁴² Sobre las consecuencias jurídicas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 22 de julio de 2015, Exp. 2000-00207-01(1615-03); sentencia de 4 de abril de 2012, Exp. 2002-04391-02(0075-08); sentencia de 11 de noviembre de 2011, Exp. 2004-00753-01(0779-11).

⁴³ Corte constitucional, sentencia T-424-14 (M.P. Andres Mutis Vanegas).

interesado el informe de las juntas de evaluación que recomiendan su retiro de la institución.

En otros, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede como un *mecanismo transitorio* ante la presencia de un perjuicio irremediable. En tales casos ha ordenado a la entidad accionada el reintegro del interesado al servicio activo a un cargo igual o superior al que venía desempeñando.

En el segundo escenario, la Corte ha evidenciado que los jueces contenciosos no exigen a las autoridades administrativas motivar los actos de retiro, situación que afecta el derecho constitucional al debido proceso. En esa medida, la Corte ha ordenado (i) dejar sin efectos las sentencias proferidas, y (ii) a la autoridad judicial que profiera un nuevo fallo en el que a su vez ordene a las autoridades del sector defensa motivar los actos de retiro de los miembros voluntarios de la Fuerza Pública.

Ahora bien, han suscitado discusión las consecuencias económicas de los fallos en el marco de la discusión expuesta, en relación con el hecho de que al declararse nulo un acto, la autoridad debe retrotraer sus efectos. Para el Consejo de Estado no es procedente ordenar el descuento de las sumas de dinero recibidas por el demandante por haber desempeñado otros cargos públicos, por cuanto en su consideración provienen de causas diferentes. Así, mientras que en el primer caso es una consecuencia de la efectiva prestación del servicio como empleado público, en el segundo caso se origina de la indemnización de los perjuicios causados por la expedición ilegal del acto administrativo.

En razón de lo anterior, el Consejo de Estado definió que el pago de la indemnización en supuestos donde el accionante estuvo desempeñando otro cargo público, no debe

considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Constitución Política, el cual señala que *“nadie puede desempeñar más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”*.

Así por ejemplo, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de un acto administrativo que había ordenado el retiro discrecional por *llamamiento a calificar servicios*, y ordenó a título de restablecimiento del derecho el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el retiro del accionante hasta que se hiciera efectivo el reintegro, y advirtió que no procede descuento por haber desempeñado otros cargos públicos o por haber percibido una asignación de retiro. En estos términos señaló: *“se declarará que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo público o por percibir asignación de retiro, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se dispuso lo siguiente: “no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada. El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal. La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como*

*se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió. Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejadas de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente. Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontarse porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público. Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración. Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.”(...)*⁴⁴

Conforme a lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha asumido la misma posición jurídica de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y con fundamento en ello ha determinado, respecto de las consecuencias

generadas por la nulidad del acto administrativo de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios que, de la indemnización generada por el restablecimiento del derecho no se debe descontar las sumas de dinero que reciba el interesado reciban por concepto de asignación de retiro.

Respecto de las consecuencias generadas por la nulidad del acto administrativo de retiro de los miembros activos de la Fuerza Pública desvinculados por *retiro discrecional o voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional*, el Consejo de Estado ha considerado que de la indemnización generada por el restablecimiento del derecho no se debe descontar las sumas de dinero recibidas por otras causas. Así, en sentencia del 19 de abril de 2012, el Consejo de Estado consideró que “no habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales durante el tiempo de retiro del servicio (...)”⁴⁵

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que, tratándose de las condenas generadas por la nulidad del acto administrativo de retiro de los miembros voluntarios de la fuerza pública desvinculados por *llamamiento a calificar servicios*, es posible descontar de la suma a pagar por el título de restablecimiento del derecho, las sumas de dinero recibidas a título de asignación de retiro. Lo anterior, por cuanto si el juez ordena el pago conjunto de estos valores, infringe de manera directa la Constitución, debido a que nadie puede recibir más de dos asignaciones provenientes del tesoro público (artículo 128 C.P.). Así lo dispuso en la sentencia T- 263 de 2015 al estudiar una acción de tutela contra una

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 1999-06200-01(0505-04), (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de abril de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2002-04391-02 (0075-08), (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

providencia judicial presentada por la Policía Nacional en contra del Tribunal Administrativo del Bolívar. En el proceso censurado, el Tribunal declaró la nulidad de un acto administrativo que ordenaba el retiro discrecional por llamamiento a calificar servicios y dispuso a título de restablecimiento del derecho reconocer el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta su reintegro.

En este caso la Corte consideró: *“(...) le asiste razón a la Policía Nacional al considerar que el Tribunal de Bolívar al ordenar que no se descontara suma alguna por concepto de lo percibido por el coronel a título de asignación de retiro, vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la administración de justicia de la Institución, al obligarla a pagar la totalidad de los salarios dejados de percibir por el oficial desvinculado del servicio activo, siendo que el mismo permaneció como miembro de la reserva, gozando de todas las prestaciones y asignaciones sociales reconocidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. En esa medida, se considera que, pese a que el salario y la asignación de retiro tienen una naturaleza diferente, ambas asignaciones provienen del tesoro público, bajo el entendido que todas las prestaciones que se le reconocen a la Policía Nacional provienen de la Nación, lo que está en abierta contraposición con*

lo estipulado en el artículo 128 superior. Siendo las cosas de esta manera, encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo de Bolívar, incurrió en este aspecto, en uno de los requisitos especiales que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cual es la violación directa de la Constitución”⁴⁶.

Así, para la Corte, reconocer a título de restablecimiento del derecho los salarios dejados de percibir sin descontar lo percibido por asignación de retiro en ese mismo tiempo, implica infringir de manera directa el artículo 128 de la Constitución Política.

En lo que concierne al retiro discrecional de los miembros voluntarios de la Fuerza Pública *por voluntad de la entidad o del Gobierno Nacional*, la Corporación, en sentencia SU-053 de 2015⁴⁷, estableció las medidas de protección que deben adoptarse para el restablecer adecuadamente los derechos afectados. Y dijo, en cuanto al pago de la indemnización, éste debe calcularse según las reglas fijadas para los casos relacionados con el retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad, contenidas en la sentencia SU-556 de 2014.⁴⁸

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2013.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-053 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva): En dicha sentencia la Corporación consideró que para reparar de manera integral y con equidad el daño causado por el retiro de las personas vinculadas en provisionalidad en cargos de carrera se debe: (i) establecer el tiempo que el demandante estuvo cesante; (ii) descontar lo que haya percibido durante el tiempo que estuvo cesante por haber realizado alguna actividad productiva, independientemente de que los recursos provengan de fuente pública, privada, etc.; (iii) en caso de que haya iniciado proceso judicial y por la demora judicial lleve varios años sin resolverle el asunto, se garantiza una indemnización mínima de seis (6) meses, periodo que corresponde al máximo de duración de los cargos de provisionalidad; en el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante; y, (iv) tener en cuenta el tope máximo de indemnización equivalente a 24 meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.



Comunidad
Jurídica
del conocimiento



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN