

El retiro del servicio por llamamiento a calificar. Una excepción al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, avalada por la Corte Constitucional.

Juan Sebastián Camacho Delgado¹

Resumen

El presente artículo es el resultado del análisis dinámico y estático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional proferida desde 1993 hasta 2016, relacionada con la necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales, mediante los cuales la Fuerza Pública retira del servicio a sus efectivos por las causales de llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Palabras clave. Discrecionalidad administrativa, retiro del servicio, Fuerza Pública, Corte Constitucional.

Abstract

This article is the result of the dynamic and static analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court issued from 1993 to 2016, related to the need to motivate the discretionary administrative acts, by which the Public Force withdraws from the service its personnel by the grounds of “llamamiento a calificar servicios” and by the will of the Government or of the General Direction.

Keywords. Administrative Discretion, Retirement Service, Public Force, Constitutional Court.

Sumario. I. Metodología aplicada (análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional); II. Análisis de resultados; III. Conclusiones.

¹ Abogado de la Universidad la Gran Colombia; especialista en instituciones jurídico procesales y derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en derecho constitucional de la Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá; master en derecho constitucional de la Universitat de Valencia, España.

Introducción.

El régimen de carrera de la Fuerza Pública, por la naturaleza especial que la propia Constitución le otorgó en sus artículos 216 y 217, posee unas causales de retiro propias, diferentes a las generales establecidas en el artículo 125 de la Constitución y la Ley 909 de 2004. Dentro de esas causales, existen dos de tipo discrecional denominadas “llamamiento a calificar servicios” y “voluntad del Gobierno o la Dirección General”.

Tanto el llamamiento a calificar servicio como el retiro por voluntad del Gobierno, se caracterizan por separar del servicio activo a los uniformados, sin embargo, cada uno tiene sus matices. Por una parte, el llamamiento es una forma normal de terminar la carrera en las instituciones castrenses y solo puede ejercerse una vez el uniformado cumpla con determinado tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro. Por otra, el retiro por voluntad del Gobierno se presenta por la pérdida de confianza de la institución en el uniformado, derivada de acciones que contrarían su objeto constitucional y legal, y el mismo se puede realizar en cualquier tiempo.

Pese a que algunos autores consideran que es un contrasentido que en la Fuerza Pública existan facultades discrecionales², y que el retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios es reglado, por cuanto el mismo se supedita a la existencia de los presupuestos para acceder a la asignación de retiro, y debe estar sustentado en la recomendación de la Junta Asesora³, lo cierto el mismo corresponde al ejercicio de una típica facultad discrecional. Esto porque (i) existe una norma que la autoriza⁴; (ii) de esta se deriva un acto que contiene la voluntad de la administración; (iii) el cual debe estar precedido de unos antecedentes de hecho⁵ que deben ser calificados⁶; (iv) y la entidad decide si actúa⁷ o no⁸.

En relación a los actos administrativos que se expiden en ejercicio de dichas causales, ha surgido una disparidad de criterios interpretativos entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Según el

² GUERRERO, Mhimy del Pilar. La facultad discrecional aplicada a la fuerza pública desde la jurisprudencia constitucional. En: Revista LOGOS, ciencia y tecnología. Julio-Diciembre, 2010, vol. 2, N° 1. P. 74-78.

³ GUERRERO, Mhimy del Pilar. Alcance de la causal de retiro por “Llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública”. En: Verba Iuris. Julio-Diciembre, 2011, vol. 26. P. 111-122.

⁴ Para los miembros de las Fuerzas Militares se encuentra en la Ley 1792 de 2016; mientras que para la Policía Nacional se halla en el Decreto 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003.

⁵ Que el uniformado tenga los requisitos para acceder a la asignación de retiro

⁶ Esta labor la realiza la Junta Asesora.

⁷ Las normas que contemplan el ejercicio de esta facultad consagran que los uniformados “solo **podrán** ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”.

⁸ PENAGOS, Gustavo. Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley, 1998. P. 92.

criterio reiterado del Consejo de Estado⁹, los actos de retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública expedidos en uso de facultades discrecionales no requerían motivación, por estar inspirado en “razones del servicio”. *Contrario sensu*, la Corte, en un primer momento, estimaba que ese tipo de actos discrecionales, cualquiera que fuera su denominación, debían estar motivados, como garantía a los derechos al debido proceso y tutela judicial efectiva de los afectados¹⁰.

No obstante, en sentencia de unificación del 25 de febrero 2016¹¹, reiterada el 28 de abril siguiente¹², la Corte Constitucional efectuó una “precisión” de su precedente respecto a este tema, identificando, en primer lugar, las figuras del retiro por voluntad del Gobierno, del que se produce por llamamiento a calificar servicios. Luego, consideró que los actos administrativos que se expedían en ejercicio de la primera causal debían ser expresamente motivados, mientras que los derivados de la segunda no, pues su motivación se encontraba expresamente establecida en la ley y se limitaba al cumplir el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro.

Este cambio del precedente es el que da origen a la siguiente pregunta: ¿al no exigir una motivación de los actos administrativos de retiro del servicio por la causal de llamamiento a calificar, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de quienes son objetos de esta medida?

Esta pregunta es importante por dos razones: (i) la Corte indica que este tipo de actos administrativos no deben tener motivación adicional al cumplimiento del requisito contenido en la ley, que en síntesis, es el cumplimiento de la edad para acceder a la asignación de retiro; sin embargo, no todos los uniformados que cumplen la edad para pensionarse son retirados por esa causal, sino que la Fuerza¹³ cuenta con la discrecionalidad de determinar a quién retira y a quién no. (ii) Al ser una facultad discrecional, su ejercicio debe estar guiado por la proporcionalidad y razonabilidad, empero, como tales actos no cuentan con una motivación expresa, no es posible analizar esos aspectos.

Por lo tanto, *prima facie*, se podría estimar que al eximir a la administración de motivar expresamente los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios, se estarían vulnerando los

⁹ BENITEZ ROJAS, Vicente F. La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: El Consejo de Estado y en el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. En: DIKAION. Junio 2010, vol. 19, N° 1. P. 99-120.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. M.P: Jorge Iván Palacios Palacios.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Sea Policía o Fuerzas Armadas.

derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los uniformados. Lo primero por cuanto no es posible conocer cuáles fueron las razones por las que fueron objeto de esa medida, respecto a los demás uniformados que, contando con el requisito de tiempo de servicio, continuaron en el servicio. Lo segundo en razón a que se les limita el enjuiciamiento de dichas decisiones, pues los motivos que las originaron son desconocidos.

Lo que se persigue con la presente investigación es demostrar que la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la referida sentencia, afecta los derechos de los uniformados, y por ende, debe ser variada, o por lo menos morigerada, imponiendo la carga de motivar la decisión de retiro del servicio por la causal de llamamiento a calificar.

La metodología que se aplicará en la presente investigación será el análisis dinámico y estático del precedente de la Corte Constitucional¹⁴ respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de las Fuerza Pública; en especial los expedidos por la causal de llamamiento a calificar servicio.

El presente trabajo se compondrá de dos partes. Una primera en la que se llevará a cabo el reseñado análisis dinámico y se consignarán los resultados que de él se obtuvieron. En la segunda se expondrán las conclusiones respecto a las subreglas jurisprudenciales vigentes respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos expedidos por la causal de llamamiento a calificar servicios.

I. Metodología aplicada (análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional)

Como ya se había anticipado, la metodología que aquí se aplicará será el análisis dinámico del precedente de la Corte Constitucional relacionado con la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de las Fuerza Pública, principalmente los que se originan por la causal de llamamiento a calificar servicio.

Para este fin, se tomó como punto arquimédico la sentencia SU-217 de 2016, de la cual se llevó a cabo el proceso de ingeniería reversa hasta el segundo nivel, identificando su correspondiente nicho citacional. De este proceso se obtuvieron unos puntos nodales compuestos por las sentencias C-175/93, C-525/95, C-072/96, C-179/06, T-569/08, T-1168/08, T-297/09, T-824/09, T-265/13, SU-053/15, SU-172/15 y SU-091/16¹⁵, las cuales, para efectos de este escrito, constituyen las sentencias hito, y serán analizadas a continuación.

¹⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Capítulos V y VI. Bogotá. Segunda Edición. 2006.

¹⁵ Este proceso se puede evidenciar en el documento anexo al presente trabajo.

En la sentencia **C-175 de 1993**¹⁶, se estudió la constitucionalidad del Decreto legislativo 2010 del 14 de diciembre de 1992, el cual establecía unas medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional, en desarrollo del estado de conmoción interior declarado por el Decreto 1793 del 8 de noviembre de 2012. El artículo 4º del decreto estudiado, establecía la posibilidad de retirar de la Policía a los Agentes con cualquier tiempo de servicio, por razones del servicio determinadas por la Institución, previo concepto del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos.

La Corte consideró que dicho artículo no resultaba inconstitucional, entre otras razones, porque la facultad que allí se otorgaba, pese a que tenían cierto grado de discrecionalidad, no resultaba omnímoda, pues requería de un ejercicio proporcionado y racional que se ajustara a los fines que perseguía, esto es, la eficacia de la Policía. Por eso, las razones no podían “(...) *ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular (...)*”.¹⁷

Posteriormente, en la sentencia **C-525 de 1995**¹⁸ la Corte Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad impetrada contra el artículo 12 del Decreto-Ley 573 de 1995 y el artículo 11 del Decreto-Ley 574 de 1995, los cuales establecían, en su orden, el retiro de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de esa institución, previa recomendación del Comité de Evaluación.

Estas disposiciones fueron declaradas exequibles, en razón a que un fin especial como el que persigue la Policía Nacional, requiere también un medio especial para su consecución, el cual se traduce en la atribución de facultades discrecionales para efectuar retiros del servicio, sin que esta pueda equipararse con una sanción. Empero, el ejercicio de esas facultades, como todo acto discrecional, debía ejercerse racional y razonablemente, con “*un mínimo de motivación justificante*”¹⁹. Tal motivación debía estar reflejada en las actas que levantan los Comités de Evaluación, en las cuales se deja constancia de la evaluación de la hoja de vida del uniformado y de los informes de inteligencia y contrainteligencia.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 del 6 de mayo de 1993. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ *Ibíd.* Considerando 2.2.

Todo esto por cuanto la discrecionalidad debe tener dos elementos necesarios, a saber: (i) la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de tal facultad, y, (ii) la proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa.

Luego, en la sentencia **C-072 de 1996**²⁰, se estudió una demanda contra los artículos 56 (parcial)²¹, 58 y 67 del Decreto-Ley 132 de 1995, los artículos 8 y 12 del Decreto-Ley 573 de 1995, y los artículos 6, 7 y 11 del Decreto-Ley 574 de 1995. Todas estas normas consagraban el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional por las causales de llamamiento a calificar servicio y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Respecto a los artículos 12 del Decreto 573 y 11 del Decreto 574, que trataban el retiro por voluntad del Gobierno, la Corte declaró la existencia de cosa juzgada constitucional, contenida en la sentencia C-525 de 1995. Asimismo, declaró exequible el artículo 67 del Decreto 132 de 1995, que consagraba dicha causal de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, argumentando que los considerandos plasmados en la mencionada sentencia la resultaban plenamente aplicables.

En lo que respecta a las normas que consagraban el retiro por llamamiento a calificar servicios, la Corte aclaró que pese a que esta potestad discrecional conllevaba al retiro, ello no implicaba una sanción, despido, ni exclusión deshonrosa de la Policía, sino un instrumento de renovación de personal y una manera corriente de terminar la carrera del uniformado, máxime cuando al policial se le respetaba un tiempo mínimo de permanencia en la institución para acceder a la asignación de retiro. Si bien en esta sentencia la Corte no dijo expresamente nada respecto a la necesidad de motivar el retiro de los uniformados en ejercicio del llamamiento a calificar servicio, lo cierto es que sí dejó claro que el retiro del personal debe hacerse *“con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio”*²².

En la sentencia **C-179 de 2006**²³, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 4º (parcial) de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto-Ley 1790 de 2000, los cuales establecían el retiro del servicio discrecional de los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, respectivamente, previo concepto de la respectiva Junta o Comité de Evaluación, según el caso.

Para declarar la constitucionalidad de tales artículos, la Corte replicó, en síntesis la *ratio decidendi* contenida en las sentencias C-525 de 1995 y C-72 de 1996, haciendo énfasis en que el retiro del

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-072 del 22 de febrero de 1996. M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

²¹ En su numeral 1º, literal b, que contemplaba la figura del retiro por llamamiento a calificar servicios.

²² *Ibíd.*

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006. M.P: Alfredo Beltrán Sierra.

servicio de los uniformados por esta facultad discrecional no puede equipararse a un retiro arbitrario, pues este debe ser proporcionado y racional, siendo obligación de las Juntas o Comités de Evaluación, analizar “*todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario*”²⁴. Además, recalcó que los motivos del servicio a los que hacían referencia dichas normas, no podían ser distintos a los consagrados en los artículos 217 y 218 de la Constitución.

En 2008 la Corte expidió la sentencia **T-569**²⁵, en la que tuteló el debido proceso de un soldado profesional que fue retirado del servicio por decisión del Comandante de la Fuerza, basadas en razones del servicio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000. El uniformado fue retirado luego de más de 9 años de servicio, a través de un acto administrativo inmotivado, del cual, además, no se le había entregado copia, bajo el argumento que se trataba de un acto de trámite.

Pese a que en esa decisión la Corte reiteró, en síntesis, su jurisprudencia sobre el tema, cimentada en las sentencias C-525 de 1995 y C-179 de 1996, llama la atención una consideración adicional que se plasmó en relación con el retiro de los soldados profesionales.

En esta providencia la Corte manifestó que la tendencia de su jurisprudencia a reconocer la necesidad de motivar actos administrativos dictados en uso de facultades discrecionales, era expansiva y no restrictiva. Por ende, si bien el artículo 13 del mencionado decreto no establecía para el retiro de los soldados profesionales la reunión de un comité o junta de evaluación, ello no eximía a la administración de motivar la decisión de retiro, máxime cuando el aludido artículo preveía la necesidad de que el retiro estuviere precedido de la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenecía el uniformado.

En ese mismo año, mediante la sentencia **T-1168 de 2008**²⁶, la Corte estudió varias acciones de tutela impetradas por miembros de la Fuerza Pública, que fueron retirados por “razones del servicio”, en ejercicio de la facultad discrecional. Aquí la Corte reiteró su jurisprudencia contenida en las sentencias C-525/95, C-179/09 y T-569/08, haciendo énfasis en dos puntos:

(i) Que dentro del Estado Social de Derecho no pueden existir facultades omnímodas, por lo que cualquier decisión que adopte la administración, así sea discrecional, debe estar fundada en razones objetivas, proporcionales y razonables, respecto a los fines que se persiguen con la medida adoptada.

²⁴ *Ibíd.* Considerando 3.5.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-569 del 29 de mayo de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1168 del 16 de noviembre de 2008. M.P: Jaime Araujo Rentería.

(ii) Que la motivación de los actos expedidos en ejercicio de una potestad discrecional, además de ser necesaria para garantizar el debido proceso del afectado, es indispensable para un adecuado acceso a la administración de justicia, pues de lo contrario no podría contradecirse dicho acto, tornándose *“difícil, por no decir imposible, entrar a atacar una decisión cuyo soporte se desconoce”*²⁷.

La resolución de dichos casos, por ser una reiteración jurisprudencial, debería ser la misma, y en efecto lo es en la mayoría, pues al no existir motivación de ese tipo de actos de retiro, se tuteló el derecho al debido proceso de los afectados, salvo en dos casos. En el primero, porque el afectado dejó caducar la acción que debía ejercer ante el juez contencioso administrativo, lo que no altera en nada el criterio jurisprudencial sentado. En el segundo, por el contrario, se abre una ventana de fuga en la subregla existente en este tipo de casos. Allí, pese a que en el acto administrativo ni en la recomendación de la Junta de Calificación se indicaron las razones que dieron lugar al retiro del servicio del uniformado, se negó el amparo por cuanto aquel conocía la realización de una investigación en su contra, relacionada con su comportamiento y lealtad policial.

En el año 2009 la Corte profirió la sentencia **T-297**²⁸, a través de la cual tuteló el derecho fundamental al debido proceso de un Teniente de la Policía Nacional, que fue retirado del servicio por la causal de llamamiento a calificar servicios, sin que existiera motivación alguna, por lo que se ordenó a dicha entidad proceder a motivar dicho acto.

Para analizar la naturaleza del llamamiento a calificar servicio, la Corte replicó lo expuesto en la sentencia C-072 de 1996, la cual estableció que no puede ser entendida como una sanción sino como una forma normal de relevo en la Fuerza Pública. Asimismo, hizo extensivas a los actos expedidos en ejercicio del llamamiento a calificar servicios, las subreglas consignadas en las sentencias C-525 de 1995 y C-179 de 2006 respecto a la necesidad de motivación de los actos de retiro discrecionales, las cuales sintetizó en tres aspectos: (i) el acto de retiro debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) la motivación se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las Juntas Asesoras o Comités de Evaluación; (iii) debe existir correspondencia entre la motivación y los fines constitucionales de la respectiva Fuerza.

Igualmente, hizo hincapié en la importancia de la motivación de este tipo de decisiones, respecto a los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los afectados, pues sin la

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-297 del 23 de abril de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

misma “*el accionante carecería de elementos de defensa suficientes para atacar su legalidad y, por tanto, solicitar el amparo de sus pretensiones ante la justicia contenciosa*”²⁹.

Esta sentencia posee una particularidad, pues de la sala compuesta por tres magistrados, uno se encontraba ausente, el otro fue el sustanciador y el tercero aclaró su voto respecto a la decisión adoptada. En la aclaración se argumenta que el llamamiento a calificar es una modalidad válida de culminar la carrera del uniformado, y por ende, el margen de apreciación de la autoridad es más amplio que en otras circunstancias. Por ello, la transcendencia de motivación en estos casos no es idéntica a la que se presenta en los retiros por voluntad del Gobierno, siendo necesario en el llamamiento la existencia de una prueba que demuestre que tras esa figura se encubren situaciones diferentes a las que la norma prevé, lo que, en estos casos, impone ordenar su motivación a través de la acción de tutela.

A los pocos meses, la Corte profirió la sentencia **T-824 de 2009**³⁰, que posee analogía fáctica con el caso estudiado por la Corte Constitucional en el fallo T-297/09³¹, y fue expedida por la misma sala de revisión. Aquí, esta Corporación se limita a reiterar la subregla allí contenida, haciendo extensivo, nuevamente, el contenido de las sentencias C-595/95 y C-179/06, respecto a la motivación de los actos administrativos de retiro del servicio, expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, la cual es necesaria para verificar el cumplimiento de la norma que autoriza tal facultad, y para su posterior control ante el juez natural de la administración.

Al igual que sucedió en el precitado fallo T-297/09, el mismo magistrado aclara su voto respecto a la decisión mayoritaria, en el sentido de reiterar la “*necesidad de probar suficientemente que el llamamiento a calificar servicios encubre la imposición de una sanción*”, y disintiendo del reintegro subsidiario, ordenado en el evento en que la accionada no cumpliera con la orden de motivar el acto de retiro de la accionante. Aclara que esa manifestación corresponde a una aclaración, por cuanto el reintegro tiene fundamento en la jurisprudencia citada en la sentencia.

En la sentencia **T-265 de 2013**³² la Corte estudió una acción de tutela impetrada por la Policía Nacional contra un fallo de segunda instancia proferido por la jurisdicción contencioso administrativa, en el cual se declaró la nulidad de un acto administrativo que retiró del servicio a un uniformado, en virtud de la causal de llamamiento a calificar servicios, al considerar que tal acto se

²⁹ *Ibíd.* Considerando 6.3.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-824 del 19 de noviembre de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

³¹ Es decir, se analizó un retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-265. Op. Cit.

encontraba viciado de desviación de poder. Los argumentos esgrimidos por la entidad accionante eran que se habían transgredido sus derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, al confundir el retiro por llamamiento a calificar servicios con el que se produce por voluntad del Gobierno, desconociendo, igualmente, el precedente fijado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Aquí la Corte, utilizando los argumentos plasmados en la sentencia C-072 de 1996, estableció las diferencias existentes entre el retiro por voluntad del Gobierno y el que se da por llamamiento a calificar servicios. Respecto al primero, estableció que (i) corresponde a una potestad legislativa otorgada al Ejecutivo, que permite desvincular de manera discrecional y por razones del servicio, a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) esa potestad puede ser ejercida en cualquier tiempo, y solo necesita el concepto de la Junta Asesora o de Evaluación, según el caso; (iii) para su materialización se debe estudiar el caso de cada uniformado de manera separada, apreciando las circunstancias particulares para determinar la necesidad de retirar o no a la persona; (iv) su justificación es la *“dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público”*³³; (v) el uniformado que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la Institución.

Por su parte, el llamamiento a calificar servicios se caracteriza por: (i) ser una atribución legal que implica el cese de actividades, pero no una sanción; (ii) solo puede ejercitarse cuando el uniformado ha laborado el tiempo mínimo necesario para acceder a la asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora, (iii) es una forma normal de terminar la carrera en la milicia, sin que se pierda su rango; (iv) el retiro implica un pase a la reserva, es decir, puede volver a ser llamado al servicio; (v) permite la renovación del personal de la Fuerza Pública.

La Corte advierte la presencia de dos interpretaciones disímiles respecto a la necesidad de motivar los actos discrecionales para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Por una parte la jurisprudencia del Consejo de Estado sostenía que no era obligatorio motivar dichos actos, por cuanto se encontraban fundados en una habilitación legal, sin perjuicio de su posible anulación por desviación de poder. Por otra parte, la Corte Constitucional estimaba que era necesario que esos retiros obedecieran a razones objetivas y precisas, que solo podían verificarse a través de la respectiva motivación.

Con el fin de resolver esa dicotomía interpretativa, la Corte Constitucional reconstruyó su criterio jurisprudencia contenido en las sentencias C-175/93, C-525/95, C-193/96, C-176/96, T-569/08, T-

³³ Ibíd. Considerando 5.

1168/08 y T-824/09, para concluir que la tesis prohijada por el Consejo de Estado vulneraba los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso real y efectivo a la justicia de los afectados por ese tipo de decisiones, por ende, las mismas debían motivarse, en aras de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad. De no exigirse la motivación de dichos actos, dice la Corte, se estaría eliminando su justiciabilidad y se acabarían con la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

En esta sentencia se presentó un salvamento de voto, que consistió en que allí confundía las causales de retiro por llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o la Dirección General, pues la motivación de la primera, *“es decir sus requisitos”*³⁴, se encuentran determinados por la ley, y consisten *“tener un tiempo mínimo de servicios y ser acreedor a una asignación de retiro”*³⁵. En tal virtud, no puede exigirse una motivación adicional cuando el retiro se produzca por esa causal, máxime cuando, por una parte, éste le garantiza al uniformado un tiempo de permanencia mínimo y el derecho a percibir una asignación de retiro, con los componentes de seguridad social que esta tiene implícitos, y por otra, porque constituye una limitante al nominador, que no puede retirar del servicio al uniformado sino hasta transcurrido cierto lapso de tiempo.

Adicionalmente, manifiesta que al ser el llamamiento a calificar servicios un mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional y una herramienta de relevo natural del esquema piramidal de mando, el retiro se debe realizar *“atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario”*³⁶. De no poderse llevar a cabo el retiro por llamamiento a calificar servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública hasta sus máximas posiciones, lo que atentaría con su estructura jerarquizada.

En 2015 la Corte profirió la sentencia **SU-053**³⁷, en la cual estudió varias tutelas acumuladas, que por sus situaciones fácticas, se agruparon en dos grupos. En el primero de ellos se encontraban varios empleados públicos vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, quienes, a su vez, fueron declarados insubsistentes por actos administrativos inmotivados. En el segundo grupo se hallaban dos miembros de la Policía Nacional que fueron separados del servicio por voluntad del Gobierno, mediante actos administrativos sin motivación. Los accionantes pertenecientes a los dos

³⁴ Ibíd. Salvamento de voto magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁵ Ibíd. Salvamento de voto magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ Ibíd. Salvamento de voto magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

grupos habían acudido a la jurisdicción contencioso administrativa para lograr la anulación de los actos por medio de los cuales habían sido retirados, pero sus pretensiones habían sido negadas.

En lo que atañe al segundo grupo previamente mencionado, la Corte, nuevamente, luego de efectuar una recapitulación de su jurisprudencia sobre los retiros discrecionales de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad del Gobierno, contenida en las sentencias C-175/93, C-525/95, C-179/06, T-1010/00, T-995/07, T-432/08, T-1168/08 y T-111/09, cotejándola con el criterio unánime que al respecto había trazado el Consejo de Estado, efectuó la unificación jurisprudencial al respecto. Así, fijó como estándar mínimo de motivación de ese tipo de actos, los siguientes tópicos:

1. El acto no necesariamente debe ser motivado, *“en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal”*³⁸, pero sí deben estar fundados en razones objetivas y hechos ciertos.
2. Esa motivación se encuentra contenida en el concepto previo que emiten las Juntas Asesoras o Comités de Evaluación, según el caso, y debe ser suficiente y razonada. Este concepto no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, pues se desnaturalizaría la facultad discrecional, pero sí debe basarse en diligencias previas que deben ponerse en conocimiento del afectado una vez se concrete el retiro. En estas diligencias se deben analizar *“las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales”*³⁹, entre otros aspectos.
3. Pese a que las actas que expiden dichas Juntas y Comités no son pasibles de control jurisdiccional por ser actos de trámite, deben ser valoradas en conjunto con el acto de retiro por parte del juez contencioso administrativo, para determinar la legalidad de aquel.
4. Debe cumplir con los presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad, que demuestren coherencia y concordancia entre el acto y la finalidad perseguida (mejoramiento del servicio).
5. La eventual reserva de los documentos en los que se basó la recomendación de retiro, no será oponible al afectado, quien tiene derecho a conocerlos.

La Corte concluyó que las providencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa respecto a la necesidad de motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad del Gobierno, habían desconocido el precedente sentado sobre el particular por ella, por lo que tuteló los derechos de los accionantes.

³⁸ Ibíd. Considerando 65.

³⁹ Ibíd. Considerando 65.

Al poco tiempo se profirió la sentencia **SU-172 de 2015**⁴⁰, en la cual la Corte tuteló los derechos a la igualdad, debido proceso y defensa de un miembro de la Policía Nacional, que había sido retirado del servicio de esa entidad por la causal de voluntad del Gobierno, a través de un acto administrativo inmotivado, y las pretensiones de nulidad incoadas frente a este último, habían sido negadas por la jurisdicción contencioso administrativa. El sustento de la decisión fue el desconocimiento de las subreglas allí mismo fijadas, que constituían el estándar de motivación de dicho acto, las cuales son exactamente iguales a las establecidas en la sentencia SU-053 de ese mismo año.

Pese a que dicha sentencia es de unificación, sus argumentos y la subregla allí “establecida” replican literalmente el contenido de la sentencia SU-053 de 2015, por lo que no es necesario reiterarlos. No obstante, sí resulta relevante hacer referencia al salvamento de voto que se presentó. Allí, el magistrado disidente⁴¹ considera que las decisiones atacadas en sede de tutela no desconocieron el precedente existente sobre ese tema, el cual se encontraba contenido únicamente en la sentencia C-525 de 1995, que declaró exequible sin condicionamiento alguno la facultad discrecional de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, con la única exigencia de la recomendación previa por parte del Comité de Evaluación. Por ello, estima que establecer motivaciones adicionales a este tipo de actos administrativos, es desnaturalizar la *ratio decidendi* contenida en la mencionada sentencia de constitucionalidad.

Ya en el año 2016, la Corte profirió la sentencia **SU-091**⁴², con ponencia del magistrado disidente de la sentencia T-265/13, en donde estudió varias sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativo, en las cuales se accedieron y negaron las pretensiones de miembros de la Fuerza Pública, quienes demandaban su reintegro a las instituciones castrenses por haber sido retirados del servicio por medio de actos administrativos inmotivados, en ejercicio de las causal de llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Para resolver el problema jurídico que aquí se planteó, la Corte nuevamente realizó una distinción entre las causales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, denominadas “llamamiento a calificar servicios” y por “voluntad Gobierno o de la Dirección General”. Respecto a la primera, recordó que es una herramienta para renovar el esquema piramidal de las Instituciones, que implica la separación no absoluta del cargo, respetando los derechos de los uniformados (pues solo opera

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-172 del 16 de abril de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ El salvamento de voto correspondió al magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2016. Op. Cit.

cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro) y dentro de la dignidad humana de la milicia (pues se mantiene el rango y los honores), “*sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda*”⁴³. Por su parte, la segunda causal se caracteriza por buscar el mejoramiento del servicio, para garantizar el cumplimiento de la misión constitucional y legal encargada a la Fuerza Pública, retirando de manera definitiva al uniformado; la cual puede ser ejercida en cualquier tiempo, previo concepto de la respectiva Junta o Comité de evaluación.

La Corte consideró que era necesario realizar una “*precisión jurisprudencial*”⁴⁴ respecto al llamamiento a calificar servicios, porque a su juicio, no existía claridad entre las dos mencionadas causales de retiro en la jurisprudencia, y suelen confundirse o igualarse, aun cuando sus efectos diferían. Por ello, indicó que la motivación del acto administrativo por llamamiento a calificar se encuentra de “*forma extra textual*”⁴⁵, es decir que sus requisitos se encuentran determinados por la ley (contar con el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro y con el concepto previo de la Junta Asesora), y no es posible exigir una motivación adicional, pues esto “*desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros*”⁴⁶. Adicionalmente, el retiro por esa causal atiende a razones de “*conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario*”⁴⁷, y de no poderse realizar, implicaría el ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública.

En conclusión, la Corte considera que el llamamiento a calificar servicios no requiere más motivación que la establecida en la norma, mientras que el acto administrativo que retire a un uniformado por voluntad del Gobierno, debe contar con los estándares de motivación establecidos en la sentencia SU-217/16. En todo caso, los actos de retiro proferidos por la primera causal podrán ser sujetos de control judicial, en el que se verificará no solamente los requisitos de tiempo de servicio y recomendación de la Junta respecto al retirado, sino que dicha figura no se utilice de forma contraria a los preceptos constitucionales y fundamentales de los uniformados, es decir, con desviación de poder; sin que le

⁴³ Ibíd. Considerando 3.7.1.7.

⁴⁴ Ibíd. Considerando 3.9.

⁴⁵ Ibíd. Considerando 3.9.4

⁴⁶ Ibíd. Considerandos 3.9.4 y 5.2.

⁴⁷ Ibíd. Considerando 3.9.9.

corresponda a la Fuerza Pública “la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios”⁴⁸.

En esta sentencia se presentaron cuatro salvamentos parciales de voto⁴⁹. Los magistrados Jorge Iván Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, sustentaron su disenso en los siguientes puntos:

(i) Se debía mantener la tesis jurisprudencial que establecía la necesidad de motivar, así fuera de manera mínima, los actos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública por la causal de llamamiento a calificar servicios, pues con ello se evita la arbitrariedad; (ii) que los requisitos establecidos en la ley para llamar a calificar servicios a un uniformado no corresponden a su motivación, sino que son los presupuestos para su ejercicio, lo cual no puede ser equiparable; (iii) dejar de motivar este tipo de actos sin evaluar así fuera la hoja de vida del uniformado, implicaría que no siempre los mejores ascenderían al grado siguiente; (iv) que la sentencia representó un verdadero cambio jurisprudencial, y no una precisión, como se indicó, en la que además se ignoró la existencia de un precedente sobre el tema que se encontraba en las sentencias T-569 de 2008, T-655 de 2009, T-638 de 2012, T-719 de 2013 y SU-053 de 2015, y pese a que se citaron las sentencias T-723 de 2010 y T-265 de 2013, no se hace alusión a la *ratio decidendi* allí consignada, incurriendo, por ende, en una indisciplina del precedente; (v) deja exclusivamente en manos del afectado la carga de la prueba para demostrar la desviación del acto que lo retiró del servicio, lo que resulta excesivo y desproporcionado; (vi) se avaló el ejercicio arbitrario de una facultad discrecional, y un poder omnímodo, en detrimento de los derechos fundamentales de los uniformados.

A su turno, el salvamento de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo fue opuesto a los anteriores, y replicó, en síntesis, los argumentos manifestados en el disenso de la sentencia SU-172/15, respecto a la no necesidad de motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin importar cual fuera la causal invocada.

⁴⁸ *Ibíd.* Considerando 3.10.2.

⁴⁹ Fueron parciales por cuanto los primeros tres salvamentos estuvieron de acuerdo con la decisión de reiterar el estándar de motivación respecto a los actos de retiro por voluntad del Gobierno, y desacuerdo en la no necesidad de motivar los expedidos por llamamiento a calificar servicio. Por su parte el último magistrado disidente se mostró conforme con lo decidido respecto al llamamiento a calificar, pero inconforme en relación con la motivación del retiro por voluntad de Gobierno.

Finalmente, en la sentencia **SU-217/16**⁵⁰, la Corte confirmó las sentencias de tutela de segunda instancia proferidas por el Consejo de Estado que habían tutelado los derechos fundamentales del Ministerio de Defensa, por considerar que las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, mediante las cuales se había ordenado el reintegro de unos uniformados retirados por llamamiento a calificar servicios, desconocían el precedente. Aquí lo único que hizo la Corte fue replicar los argumentos expuestos en la sentencia SU-091/16. Por esta razón, los magistrados Jorge Iván Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva volvieron a salvar sus votos, reiterando los motivos de desacuerdo que se habían expresado en la referida sentencia.

II. Análisis de resultados

De acuerdo con el análisis jurisprudencial previamente realizado, se evidencia que el escenario constitucional planteado de manera inicial se bifurcó en dos sub-escenarios que en principio, compartían una subregla establecida por la Corte (necesidad de motivar así fuera de manera mínima los actos administrativos), pero luego de la “reconceptualización jurisprudencial”, la resolución de cada uno es diametralmente opuesta. Por una parte, se encuentran los actos de retiro expedidos por la causal denominada voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Por otra, están los actos que retiran del servicio a uniformados por llamamiento a calificar servicios. Los balances constitucionales de cada uno de estos sub-escenarios son los siguientes:

	¿Se deben motivar los actos administrativos de retiro de miembros de la Fuerza Pública, expedidos por la causal de voluntad del Gobierno o de la Dirección General?	
--	---	--

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-217 de 2016. Op. Cit.

Los actos de retiro expedidos en ejercicio de la causal de voluntad del Gobierno o de la Dirección General no deben ser motivados	C-175/93 (M.P. C. Gaviria) C-525/95⁵¹ (M.P. V. Naranjo) C-072/96 (M.P. J. Hernández) C-179/06⁵² (M.P. A. Beltrán) T-569/08⁵³ (M.P. R. Escobar) T-1168/08 (M.P. J. Araujo) SU-053/15 (M.P. G. Ortiz) S.V. G. Mendoza ← SU-172/15 (M.P. G. Ortiz) S.V. G. Mendoza ← SU-091/16⁵⁴ (M.P. J. Pretelt)	Los actos de retiro expedidos en ejercicio de la causal de voluntad del Gobierno o de la Dirección General deben tener un mínimo de motivación
--	---	---

	¿Se deben motivar los actos administrativos de retiro de miembros de la Fuerza Pública, expedidos por la causal de llamamiento a calificar servicios?	
--	--	--

⁵¹ Reiterada en las sentencias C-170/96, C-193/96, C-564/98, T-1010/00, T-995/07, T/432/08, T-871/08, T-1173/08 y T-111/09

⁵² Reiterada en las sentencias T-995/07, T-432/08, T-871/08, T-1173/08 y T-111/09

⁵³ Reiterada en las sentencias T-1173/08, T-111/09 y T-456/09

⁵⁴ En lo que se refiere al retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Los actos de retiro expedidos en ejercicio de la causal de llamamiento a calificar servicios no deben ser motivados	C-072/96 A.V. G. Mendoza T-297/09⁵⁵ (M.P. L. Vargas) A.V. G. Mendoza T-824/09⁵⁶ (M.P. L. Vargas) S.V. J. Pretelt T-265/13 (M.P. J. Palacio) SU-091/16⁵⁷ S.V. J. Palacio; A. Rojas; L. Vargas (M.P. J. Pretelt) SU-217/16 S.V. J. Palacio; A. Rojas; L. Vargas (M.P. G. Ortiz)	Los actos de retiro expedidos en ejercicio de la causal de llamamiento a calificar servicios deben tener un mínimo de motivación
--	--	---

En el primer sub-escenario constitucional, esto es, el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, se puede evidenciar una sólida línea jurisprudencial, la cual fue fundada por la sentencia C-175/93, consolidada por las sentencias C-525/95 y C-179/06, reiterada en las sentencias T-569/08 y T-1168/08⁵⁸, y reconceptualizada en las sentencias SU-053/15 y SU/172/15⁵⁹. Estas últimas corresponden a las sentencias dominantes, y establecen que los actos administrativos discrecionales, que retiren del servicio a los miembros de la Fuerza Pública por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, deben tener un estándar mínimo de motivación, pues de lo contrario tal atribución puede tornarse arbitraria y vulnerar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los afectados.

La subregla vigente para el segundo sub-escenario, correspondiente al retiro por llamamiento a calificar servicios, difiera completamente de la anterior. En este caso, la primera sentencia que tocó

⁵⁵ Reiterada en la sentencia T-723/10

⁵⁶ Reiterada en la sentencia T-723/10

⁵⁷ En lo que se refiere al retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios.

⁵⁸ Si bien en esta sentencia se abrió una ventana de fuga respecto al precedente existente en ese momento, lo cierto es que la decisión allí adoptada se mantuvo dentro de la sombra decisional del mismo.

⁵⁹ Como se advirtió al analizar esta sentencia, allí se replica literalmente el contenido de la sentencia de unificación N° 53 de 2015, sin embargo, no se hace referencia a la misma, pese a que había sido proferida poco más de dos meses antes (12 de febrero de 2015).

el tema fue la C-072/96, en la cual no se estableció de manera expresa la necesidad de motivar los actos expedidos en ejercicio de esta facultad discrecional; sin embargo, se indicó que las razones para su ejercicio estaban relacionadas con el deficiente desempeño del uniformado. Luego, la sentencia T-297/09 trató, por primera vez, el retiro del servicio de miembro de la Policía Nacional retirado por llamamiento a calificar servicio; allí la Corte hizo extensiva a este caso la subregla contenida en las sentencias C-525/95 y C-179/06, relacionada con la necesidad de motivar, así fuera de manera mínima, los actos administrativos expedidos en ejercicio de esta facultad discrecional.

Este precedente fue reiterado por las sentencias T-824/09 y T-723/10, y posteriormente consolidado por la sentencia T-265/13, en donde, luego de diferenciar las causales de retiro por llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, se estableció que así el retiro obedeciese al llamamiento, el mismo debía contener un mínimo de motivación, para garantizar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los afectados. Por último, a través de las sentencias SU-091 y 217 de 2016⁶⁰, la Corte modificó la línea jurisprudencial respecto a este tema, argumentando que la motivación de dichos actos era “extra textual”, es decir, que se encontraba en la norma; por ende, para su ejercicio solo se requería que el uniformado cumpliera con un tiempo para acceder a la asignación de retiro y existiera concepto previo de la Junta Asesora. Esa es la subregla actual para este escenario constitucional.

III. Conclusiones.

Como se pudo observar del análisis estático de las sentencias que conformaron el nicho citacional de la presente investigación, la tendencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional fue ampliar progresivamente la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública que eran retirados del servicio en ejercicio de facultades discrecionales, cualquiera que fuera su denominación. Así, desde sus primeras sentencias, se estableció que el ejercicio de tales facultades debía ser proporcional, racional y razonable con los hechos que daban pie a su materialización, y los fines que se perseguía con ese retiro, pues de lo contrario tales atribuciones se tornarían arbitrarias.

Luego, en un ejercicio de extensión de *ratio decidendi*, la Corte cubrió escenarios en los que ni siquiera la norma preveía un concepto previo al retiro de los uniformados, estableciendo de manera unívoca que los actos que se derivaban de esas facultades debían contener así fuera un mínimo de

⁶⁰ Estas corresponden a las sentencias dominantes en este escenario constitucional.

motivación, el cual se encontraba por lo general en las recomendaciones de las Juntas Asesoras y Comités de Evaluación, independientemente de la causal de retiro. Pese al criterio aparentemente uniforme sobre el tema, en el año 2013, con el salvamento de voto del magistrado Pretelt a la sentencia T-265, se empezó a avizorar una postura distinta al interior de esa Corporación, que consideraba que los actos por llamamiento a calificar servicios no debían ser motivados, pues su motivación se encontraba en la ley. Esa postura disidente se transformó en mayoritaria en la sentencia SU-091 de 2016, la cual fue reiterada por la Corte en la sentencia SU-217 de ese mismo año.

Esta última tesis regresiva vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de quienes son retirados en ejercicio del llamamiento a calificar servicios, por las siguientes razones:

En primer lugar, transgrede el derecho al debido proceso por cuanto a través de estas providencias se liberó a la administración de motivar los actos que se expiden en ejercicio de esa causal, lo que impide al afectado conocer los motivos que dieron lugar a su desvinculación, sometiéndolo a la carga desproporcionada de demostrar una desviación de poder sin siquiera tener idea de cuáles fueron los criterios que la institución castrense evaluó para retirarlo del servicio.

Esto, además, desconoce que al ser el retiro por llamamiento a calificar servicios el resultado de una facultad discrecional, su ejercicio debe ser adecuado a la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, de conformidad con lo establecido por el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. Por lo tanto, ante la inexistencia de los motivos que dieron origen al retiro por llamamiento a calificar servicios, resulta imposible establecer la proporcionalidad de la medida adoptada y los hechos que la sustentaron.

En segundo lugar, se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia por cuanto elimina la justiciabilidad del acto administrativo por la causal objetiva de falsa motivación, circunscribiéndola únicamente a la causal subjetiva de desviación de poder, que ante la inexistencia de fundamentos fácticos para confrontar la decisión adoptada con el fin de dicho retiro, se torna inocua. Esta determinación de la Corte desconoce que “toda discrecionalidad surge del derecho y es controlada por el derecho”⁶¹, y le otorga una patente de corso a la institución castrense para efectuar retiros arbitrarios.

⁶¹ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid, 1995. PP 47

Ahora, se podría llegar a pensar que la deficiencia argumentativa de las sentencias SU-091 y 217 de 2016 le resta su valor precedencial⁶², sobre todo si se tiene en cuenta los siguientes aspectos:

1. En dichas sentencias la Corte estimó conveniente realizar una “precisión jurisprudencial” respecto al retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios. En virtud de ello estableció que el acto que se expide en ejercicio de esa causal no debe contener motivación adicional a la establecida en la ley, y “reiteró” su jurisprudencia respecto al control del mismo ante el juez contencioso administrativo, por desviación de poder.

Lo que la Corte realizó en esas providencias, lejos de ser una precisión o reconceptualización jurisprudencial, fue un cambio en la línea ya establecida, pues la subregla que otrora existía sobre ese tema disponía que dichos actos debían ser motivados, así fuera de manera sumaria. Ese cambio jurisprudencial no cumplió con los estándares mínimos que deben tener ese tipo de decisiones⁶³, porque si bien mencionó la existencia de las sentencias C-072/96, T-297/09 y T-265/13, en el “ejercicio de sinceridad” no aceptó que allí se contenía una subregla aplicable al caso del retiro por llamamiento a calificar servicios, sino que simplemente se limitó a indicar que en varios casos se confundió dicha causal con el retiro por voluntad del Gobierno. Además, tampoco cumplió con la carga argumentativa necesaria para el cambio de jurisprudencia, pues en la sentencia T-265 de 2013 la Corte ya había efectuado la distinción entre las dos mencionadas causales de retiro, y aun así, había estimado que era necesario que los actos que de ellas se produjesen, sin importar su denominación, debían cumplir con un presupuesto mínimo de motivación.

2. Al momento de diferenciar las causales de retiro denominadas “llamamiento a calificar servicios” y por “voluntad del Gobierno o de la Dirección General”, la Corte indica que la primera no implica una separación definitiva del servicio, mientras que la segunda sí. Ese, entre otros, fue uno de los fundamentos para establecer que a dichas causales se les debía otorgar un trato diferenciado.

Pese a lo anterior, en la norma que establece el retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares⁶⁴ se consagran dos clases de retiro. Por una parte el “retiro temporal con pase a la reserva”, que comprende tanto el que se produce llamamiento a calificar servicios como el que se origina por

⁶² LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Op. Cit. Capítulo V, subtítulo 5°. P.166 - 167.

⁶³ LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Op. Cit. Capítulo VI, subtítulo 7°. P.261 a 264.

⁶⁴ Artículo 5° de la Ley 1792 de 2016.

voluntad del Gobierno, entre otros. Por otra parte, se halla el “retiro absoluto”, el cual establece causales como la invalidez y la conducta deficiente.

Entonces, la distinción que efectúa la Corte respecto a las dos mencionadas causales de retiro es artificiosa, ya que las dos conllevan a un retiro temporal con pase a la reserva. Esto implica que, contrario a lo argumentado en las sentencias SU-091 y 217 de 2016, los uniformados retirados en ejercicio de cualquiera de esas causales, puede ser reincorporados mediante la figura del “llamamiento especial al servicio”⁶⁵.

3. Existe una contradicción respecto a la naturaleza de la figura del “llamamiento a calificar servicios”, pues aunque la misma corresponde a una facultad discrecional, y la Corte así lo acepta, se consideró que la única “motivación” que deben tener los actos que se expidan en virtud de ella debe ser el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (tiempo para acceder a la asignación de retiro y concepto de la Junta Asesora). Es decir, pese a que se acepta que la facultad es discrecional, se le da el tratamiento de una facultad reglada, en el sentido de establecer que su materialización se limita a un único ejercicio de subsunción (se cumplen los requisitos, ergo, se retira del servicio).

Esa afirmación no es cierta, pues la discrecionalidad de la medida se encuentra en que el retiro se **puede** materializar en caso que el uniformado cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, más no es un imperativo para la administración, que en ejercicio de esa facultad establece si el retiro se materializa o no⁶⁶. Por lo tanto, lo que la Corte denomina “motivación extratextual”, no es más que lo que la habilita para ejercer esa facultad, y no puede confundirse con la motivación, que corresponde a los hechos que sirvieron de causa para la adopción de esa decisión.

4. La Corte aduce que de no poderse ejercer el retiro por llamamiento a calificar servicios, se produciría el ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública hasta la cúspide de la escala piramidal. Este argumento no es más que un sofisma, pues el hecho de imponer un estándar motivación a los actos que se producen por esa causal de retiro no implica que se trunque su ejercicio, al contrario, se contribuyen a una mejor administración del personal uniformado⁶⁷. De hecho, la motivación puede encontrarse en el concepto de la Junta Asesora, como ocurre con los actos de retiro por voluntad del Gobierno, a la cual le corresponde analizar la situación de los uniformados y de allí, establecer si es viable o no recomendarlos para que sean llamados a calificar servicios. Como se

⁶⁵ Artículo 117 del Decreto-Ley 1790 de 2000.

⁶⁶ Tal como la Corte lo indicó en la sentencia C-072 de 1996

⁶⁷ RINCÓN SALCEDO, Javier. “Facultad discrecional”, planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar. En: Revista Prolegómenos. Julio-diciembre, 2009, vol. XII, N° 24. P. 11-22)

aprecia, esta exigencia no resulta desproporcionada, y mucho menos, impide la utilización de la figura en mención.

5. En esas sentencias la Corte estableció que el acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios no debe contener motivación adicional a la establecida en la ley; sin embargo, salvó la posibilidad de que pudiese ser controlado ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando ese retiro se utilizara de forma contraria para la que fue concebido.

De acuerdo a lo establecido por la Corte en toda su línea jurisprudencial sobre este tema, el llamamiento a calificar servicios es una forma normal de terminar la vida castrense, que permite la renovación de la escala piramidal con el ascenso y permanencia de los mejores uniformados; es decir, uno de sus fundamentos teleológicos es el mejoramiento del servicio. Esta afirmación encuentra refuerzo en el hecho que las Juntas Asesoras deben tener en cuenta las clasificaciones establecidas en el Decreto 1799 de 2000, para recomendar los ascensos y retiros al interior de la Fuerza Pública, en las cuales se evalúa el desempeño profesional de los uniformados.

No obstante lo anterior, la Corte en la sentencia SU-091/16 indicó que la “conveniencia institucional” y las “razones del servicio”, no siempre están sujetas a las condiciones personales o profesionales del funcionario. Entonces, si el retiro por esta causal se puede materializar por razones indeterminadas diferentes al mejoramiento del servicio, ¿cuál es el parámetro para poder alegar una desviación de poder?

Esto da pie para que este tipo de retiros se basen en criterios subjetivos, y a veces discriminatorios, como el origen social, político o familiar de un uniformado, los cuales se encuentran proscritos constitucionalmente⁶⁸.

Pese a todo lo anterior, y aun cuando los jueces de instancia podrían apartarse de la subregla sentada por la Corte sobre este particular, en ejercicio del “*cambio anticipatorio de jurisprudencia*”⁶⁹, lo cierto es que esto es muy difícil que suceda, pues esta subregla se encuentra contenida en dos sentencias de unificación, y además, es uniforme con el criterio que sobre el tema ha expuesto el

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1173 del 17 de noviembre de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Op. Cit. Capítulo VI, subtítulo 6.2.2. P. 257.

Consejo de Estado⁷⁰. Adicionalmente, de llegar a apartarse de ese precedente, los riesgos para los jueces de instancia de cometer prevaricato están a la orden del día⁷¹.

Por eso, deberá ser la misma Corte la que rectifique su precedente respecto al retiro del servicio de los uniformados por llamamiento a calificar servicios, estableciendo que el mismo debe contener un estándar de motivación que respete, por lo menos, los tres tópicos fijados por esa misma Corporación en las sentencias C-525 de 1995 y C-179 de 2006, esto es, que (i) el acto de retiro debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) la motivación se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las Juntas Asesoras o Comités de Evaluación; (iii) debe existir correspondencia entre es motivación y los fines constitucionales de la respetiva Fuerza.

De lo contrario, se avalará no solo una violación de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los uniformados que sean retirados por la causal de llamamiento a calificar servicios, sino una facultad omnímoda a favor de las Instituciones castrenses, que riñe con el Estado Social de Derecho.

Lista de referencias

Beltrán De Felipe, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid, 1995.

Benítez Rojas, Vicente F. La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: El Consejo de Estado y en el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. En: DIKAION. Junio 2010, vol. 19, N° 1. P. 99-120.

Colombia. Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Sentencia del 4 de mayo de 2017. Radicación N° 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14). C.P: Carmelo Perdomo Cueter.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-072 del 22 de febrero de 1996. M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1173 del 17 de noviembre de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 6 de mayo de 1993. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Sentencia del 4 de mayo de 2017. Radicación N° 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14). C.P: Carmelo Perdomo Cueter.

⁷¹ LÓPEZ MEDINA, Diego. Eslabones del Derecho. Capítulo II, Subtítulo 3. Bogotá. Primera Edición. 2016. P. 83 – 92.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006. M.P: Alfredo Beltrán Sierra
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-172 del 16 de abril de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1168 del 16 de noviembre de 2008. M.P: Jaime Araujo Rentería.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. M.P: Jorge Iván Palacios Palacios.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-297 del 23 de abril de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-569 del 29 de mayo de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-824 del 19 de noviembre de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Guerrero, Mhimy del Pilar. Alcance de la causal de retiro por “Llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública”. En: Verba Iuris. Julio-Diciembre, 2011, vol. 26. P. 111-122.
- Guerrero, Mhimy del Pilar. La facultad discrecional aplicada a la fuerza pública desde la jurisprudencia constitucional. En: Revista LOGOS, ciencia y tecnología. Julio-Diciembre, 2010, vol. 2, N° 1. P. 74-78.
- López Medina, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá. Legis. Segunda Edición. 2006.
- López Medina, Diego. Eslabones del Derecho. Bogotá. Legis. Primera Edición. 2016.
- Penagos, Gustavo. Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley, 1998.

Rincón Salcedo, Javier. “Facultad discrecional”, planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar. En: Revista Prolegómenos. Julio-diciembre, 2009, vol. XII, N° 24. P. 11-22.