

## **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Finalidad / FACULTAD DISCRECIONAL / ASIGNACION DE RETIRO - Reconocimiento**

El llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.

**NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 17 de septiembre de 2011, MP. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 0779-11.

## **BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO - Efecto / ACTO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - No requiere motivación / DESVIACION DE PODER / Carga de La prueba**

La idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario. Se puede decir en el mismo sentido que por el hecho consistente en las buenas calificaciones y trayectoria en la entidad demandada del actor, él tiene un derecho de estabilidad. Cuestión diferente, es que el a quo, en la sentencia de primera instancia dio relevancia a la temática de la discrecionalidad de la administración para tomar la decisión de llamamiento a calificar servicios del actor, en aras del buen servicio, lo cual se constituye en una presunción que se predica de ese tipo de actos y que ha sido ampliamente abordada y reiterada por parte de esta Corporación. (...) Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles. (...) En ese orden, se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley. (...) Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha insistido que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba, cuestión que no se dio en este asunto. Tal como se dijo, lo manifestó tanto al a quo como la Agente del Ministerio Público. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 11 de noviembre de 2010, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. 0481-10.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION SEGUNDA**

### **SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14)**

**Actor: LUIS ALBERTO ORTIZ QUINTERO**

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

**Referencia: FALLO ORDINARIO. CCA - RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Luis Alberto Ortiz Quintero, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

### **ANTECEDENTES**

El señor Luis Alberto Ortiz Quintero por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Acta 009 de 14 de mayo de 2010, proferida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, donde se propuso el retiro del actor y el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, mediante el cual fue retirado del servicio de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrar al actor, conservando el mismo cargo que ocupaba al momento de su retiro del servicio activo, dentro del curso 056 de Oficiales; convocándolo si es necesario a los cursos que hayan adelantado sus compañeros

de promoción para obtener el mismo grado que le corresponda por antigüedad y tiempo de servicio.

Igualmente, a pagar al demandante la totalidad de los salarios, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro efectivo del servicio y las prestaciones legales y/o extralegales a que tenga derecho al momento de su reintegro. A la par, que se declare que no ha habido solución de continuidad entre los servicios prestados por el accionante entre la fecha de su retiro y aquella en que se produzca su reintegro efectivo.

También que se le cancelen los perjuicios causados sufridos mediante indemnización y que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

## **HECHOS**

La Sala los resume de la siguiente manera:

Señaló que el señor Luis Alberto Ortiz Quintero ingresó como alumno a la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander el 9 de enero de 1984, desarrollando todos los cargos y cursos que realizó dentro de la Policía Nacional y otras instituciones educativas.

Resaltó los servicios prestados dentro de la entidad demandada, en cada uno de los cargos asignados, labores encomendadas y reconocimientos otorgados por sus tareas desempeñadas.

Manifestó que por unos hechos ocurridos el 7 de octubre de 2009, relacionados con la fuga de un criminal de la Cárcel de Arauca, siendo el demandante el Comandante de Policía de Arauca, el Director de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, mediante Oficio 2460 DISEC DIREC 38.10 de 7 de octubre de 2009, ordenó al Inspector General de la Policía Nacional la apertura de investigación «...a fin de aclarar la responsabilidad de custodia...» en relación con la fuga de alias «Pablito».

Por lo anterior se buscó aclarar la responsabilidad de la custodia del señor Luis Alberto Ortiz Quintero en la fuga del interno Gustavo Aníbal Giraldo Quinchía perteneciente al ELN, realizándose una investigación disciplinaria en el proceso INSGE 2009-178, adelantado por la Inspección General de la Policía Nacional el cual no había concluido hasta la fecha de presentación de la demanda. Vulnerándose con ello, según el accionante, el inciso 6 del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, por cuanto se desbordó el ámbito de competencia del ente investigador, ya que realizó unas pesquisas, encuadrando la supuesta conducta irregular en omisión por la ausencia de la elaboración de una orden de servicios por parte del demandante.

Dijo que después de la fuga del aludido delincuente, en reiteradas ocasiones se le pidió al demandante que saliera de la institución por sus superiores, sin embargo, como él no presentó su retiro voluntario de la Policía Nacional, fue llamado a calificar servicios.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

**Invocó la parte demandante como normas violadas las siguientes disposiciones:**

La Constitución Política en sus artículos: 2, 6, 13, 29, 53, 83, 211, 216 y 218 (f. 540).

Las legales: Decreto 1791 de 2000 artículos 20, 21, 22, 28 y 29; Ley 857 de 26 de diciembre de 2003 artículos 1 y 2 numeral 4 y 3; Código Contencioso Administrativo artículo 36. (f. 540).

**CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:**

Dijo que el acto demandado incurrió en un desvío de poder y por lo tanto debe declararse su nulidad. Señaló que las declaraciones de voluntad de la administración deben cumplir con los fines del Estado y el interés público, y si están en contravía de los anteriores configuran el desvío del poder, que radica en la diferencia entre la conducta arbitraria del agente administrativo y aquella que debería realizar del ejercicio de discrecionalidad otorgado por la ley.

Indicó que el resultado final de los hechos de la demanda, es que la Dirección General de la Policía Nacional, solicitara a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional que recomendara el retiro del señor Luis Alberto Ortiz Quintero por llamamiento a calificar servicios. Sin embargo, cuando se le realizaron evaluaciones al actor este fue calificado como superior, la cual se dio por el esfuerzo, dedicación y profesionalismo del demandante.

Afirmó que la Corte Constitucional obliga que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, debe rendir un concepto previo cuando va a retirar a oficiales por el llamamiento a calificar servicios. Sin embargo, al leer el Acta 009 de 14 de mayo de 2014 mediante la cual la Junta Asesora estudió los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios no incluyó ningún concepto relacionado con los motivos para tomar esa decisión. Limitándose a decir que el actor cumple con los requisitos para hacerse acreedor a una asignación de retiro y es llamado a calificar servicios incumpliendo con ello la ley.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado de la Policía Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda (ff. 625 a 629), señaló que el acto demandado goza de presunción de legalidad por cuanto su expedición se hizo conforme al cumplimiento de las disposiciones legales.

Afirmó que no se le vulneró ningún derecho al accionante, por cuanto el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, proferido por el Presidente de la República mediante el cual se retiró del servicio al demandante dice que fue expedido con base en las

facultades discrecionales conferidas por los artículos 1, 2 numeral 4 y 3 de la Ley 857 de 26 de diciembre de 2003.

La precitada norma dice:

«ARTÍCULO 1º. Retiro. El retiro de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional hasta el Grado de Teniente Coronel.

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

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

Artículo 2º. Causales de retiro. Además de las causales contempladas en el Decreto Ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

...

4. Por llamamiento a calificar servicios.

Artículo 3º. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, solo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.» (f. 627).

También indicó que los artículos 55 numeral 2 y 57 del Decreto 1791 de 2000 dispusieron lo siguiente:

«ARTICULO (sic) 55 Causales de Retiro. El retiro se produce por las siguientes causales:

1.

2. Por llamamiento a calificar servicios.

ARTICULO 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio» (ff. 627 y 628).

De las normas expuestas concluyó que la disposición de llamar a calificar servicios por parte de la administración al demandante no fue de manera injustificada, por cuanto se cumplió con lo dispuesto legalmente para la expedición de ese tipo de acto administrativo.

Dijo que el llamamiento a calificar servicios a los oficiales y suboficiales no constituye una sanción disciplinaria, es una causal de retiro dispuesta en la ley, teniendo como fin la eficiencia en la labor encomendada a las personas que en una u otra calidad prestan sus servicios a la Policía Nacional.

Advirtió que el acto demandado no fue fundado en ninguna sanción al demandante, especificando que:

«En el presente asunto, si bien es cierto que el actor pretende desvirtuar el acto administrativo demandado con hechos ajenos a su retiro, lo cierto es que el Decreto 2219 del 21 de junio de 2010, mediante el cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al hoy actor, “por llamamiento a calificar servicios” fue proferido por el señor Presidente de la República con base en las facultades conferidas en los artículos 1º, 2º numeral 4 (sic) y 3º, de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, cumpliéndose a cabalidad con los requisitos exigidos por dichas disposiciones» (f. 629).

Por todo lo anterior pidió que no se declare la nulidad del acto demandado.

### **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, mediante providencia de 18 de octubre de 2012, negó las pretensiones de la demanda (ff. 1005 a 1018).

Expresó que los actos demandados corresponden al Acta 009 de 14 de mayo de 2010 proferido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, que recomendó el retiro del actor y el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010 mediante el cual se le retiró del servicio activo por llamamiento a calificar servicios. Preciso que el acta de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional es de trámite y que es un acto que integra un procedimiento administrativo, y por lo tanto como regla general no puede ser atacado de manera directa, por cuanto este está dirigido a producir un acto definitivo el cual sí es susceptible de control judicial.

Describió la normatividad aplicable que regula el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios. Diciendo que «En este sentido tenemos, que la Ley 857 de 2003 “por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”. introduce (sic) una novedad al regular lo relacionado con el llamamiento a calificar servicios, pues antes de su expedición, los estatutos que establecían el régimen de carrera para la Policía Nacional (D. 262/94, D. 41/94, D. 573/95, D. 574/95, D. 132/95 y D. 1790/00) señalaban que podrían ser llamados a calificar servicios quienes hubieran cumplido más de 15 o 20 años de servicios, según se tratara de oficiales, suboficiales o personal del nivel ejecutivo, mientras que la Ley 857 de 2003, dispone que sólo podrán ser retirados de esta manera, quienes tengan derecho a la asignación de retiro» (f. 1012).

Explicó que en vigencia de las citadas normas los integrantes de la Policía Nacional retirados por llamamiento a calificar servicios tenían derecho a la asignación de retiro, que debía ser tramitada dentro de los 3 meses siguientes a la desvinculación, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1212 de 1990, artículos 144 y 145.

Mencionó que la Corte Constitucional declaró exequible el llamamiento a calificar servicios, como mecanismo necesario de relevo de los miembros de la Policía Nacional para el mejoramiento del servicio. Que lo anterior es un presupuesto de los actos administrativos que dispongan esa figura, estando probado en todos los eventos en que se aplique, siempre y cuando se configure el requisito de tiempo de servicios que le dé derecho a recibir la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Por lo tanto, consideró que no se presentó la desviación de poder alegada por el demandante, toda vez que manifestó en su escrito de demanda, que se le llamó a calificar servicios, no por el mejoramiento del servicio, sino que el móvil verdadero se debe a la fuga presentada el 7 de septiembre de 2009 de la cárcel de Arauca, del criminal «Pablito», cuando el accionante se desempeñaba como Comandante del Departamento de Policía de Arauca, así como las presiones de sus superiores para que renunciara de forma voluntaria.

Dijo que según la Corte Constitucional el retiro por llamamiento a calificar servicios no implica un desconocimiento constitucional de la estabilidad laboral ni del derecho al mínimo vital, pues lejos de ser arbitrario o deshonroso, el retiro en estas condiciones además de garantizar el normal funcionamiento de la entidad no implica que los uniformados así desvinculados queden desamparados, pues tienen derecho a la correspondiente asignación de retiro.

Afirmó, que de conformidad con los artículos 1 y 3 de la Ley 857 de 2003, el retiro de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios sólo requiere el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y que el uniformado a retirar tenga derecho a la asignación de retiro, por lo que a juicio del tribunal no había impedimento alguno para que la mencionada junta recomendara el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, por el simple hecho de que estuviera siendo investigado disciplinariamente.

Narró que el demandante aseguró que la decisión de retirarlo desconoció su hoja de vida, ya que trabajó durante varios años como comandante del Departamento de Policía de Arauca, además que a lo largo de su carrera recibió innumerables reconocimientos por la labor desempeñada por parte de la alcaldía de los municipios propios a su jurisdicción, desvirtuando que el acto se haya expedido por razones del servicio.

Esbozó que el llamamiento a calificar servicios no debe ser confundido con el retiro discrecional por cuanto «... esta última modalidad de desvinculación permite separar a los uniformados con la simple recomendación de la Junta Asesora o el Comité de Evaluación, según se trate de Oficiales, Suboficiales o personal del Nivel Ejecutivo, sin tener en cuenta el tiempo de servicio del policía a retirar, el llamamiento a calificar servicios, sólo procede cuando el uniformado haya consolidado su derecho a la asignación de retiro.» (f. 1016).

Se debe tener en cuenta, que mientras con el retiro discrecional lo que se busca es separar de una manera ágil y expedita, más no arbitraria, aquellos funcionarios que con su conducta enloden la imagen de la institución o que su permanencia se juzgue inconveniente para el adecuado cumplimiento de las tareas de la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios es una forma de finalizar la carrera militar o policial, mediante la cual se persigue garantizar el relevo dentro de la

línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de la facultad inherente a la renovación de los cuerpos armados. Por lo tanto, así el demandante tenga una excelente hoja de vida, el Gobierno Nacional puede llamar a los miembros de las Fuerzas Militares a calificar servicios.

Para finalizar enfatizó que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado con las pruebas obrantes en el expediente y por lo tanto no accedió a las súplicas de la demanda.

### **APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de alzada (ff. 1020 a 1044), contra la sentencia de 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esbozó que el *a quo* solo se refiere en unos cuantos renglones a la contestación que realizó en solitario el apoderado de la Policía Nacional, más nunca la hizo el Ministerio de Defensa, a pesar de que el ministro de despacho participó activamente en este proceso.

Señaló que la única sentencia en la que se soporta la decisión es la C-072 de 1996, no obstante, dice que en la demanda como en los alegatos de conclusión se expusieron diversas providencias que no fueron tomadas en cuenta.

Concretamente manifiesta que el debate en el asunto es la presunción de legalidad de la decisión del presidente de la República por las causales de anulación de desviación de poder y falsa motivación. Aduciendo de manera principal la ausencia de concepto previo de la Junta Asesora, «en cuanto ésta no se debe limitar a efectuar la recomendación de retiro por llamamiento a calificar servicios con la sola verificación del cumplimiento de los requisitos para causar la asignación de retiro, sino que debe especificar los motivos o razones de la decisión, falsa motivación, en el sentido de que las “razones del servicio” por las que opera la facultad discrecional aducida por la entidad, no guardan relación con los motivos que originaron el acto acusado, por lo que en la práctica no hubo motivación del mismo.» (f. 1021).

Procedió a transcribir la sentencia recurrida afirmando de lo que se puede entender de su escrito, que en la misma se debe abordar el tema de la motivación del acto administrativo para el llamamiento a calificar servicio.

Narró que el retiro de oficiales siembre debe estar precedido de concepto previo, aprobado por los servidores públicos que integran la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional. El cual se encuentra establecido en el artículo 57 del Decreto 1512 de 2000. Norma que tiene sus excepciones por cuanto para los oficiales generales lo decide en solitario el Gobierno Nacional, ya que estos grados de jerarquía policial se encuentran bajo una facultad gubernativa o política del Gobierno Nacional.

Señaló, que para que se produzca el llamamiento a calificar servicios de conformidad con el artículo 3 de la Ley 857 de 2003 es indispensable que cumpla con dos condiciones: i). La existencia de concepto previo por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional y ii). Contar con el tiempo necesario para hacerse acreedor a una asignación de retiro.

Ahora bien, que en el presente caso todos los generales que hicieron parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional informaron al despacho del tribunal que la razón de recomendación para el retiro del demandante era el haber cumplido con los 18 años de servicio en la institución. Razón que no es suficiente para el actor, por cuanto no existió motivación por parte del ente correspondiente.

Reiteró que la Policía Nacional debió explicar los motivos que tuvo para recomendar al Gobierno Nacional a través de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el retiro del servicio.

Aseveró, que aceptar como válida la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado, sin estudiar las pruebas aportadas al proceso por el demandante, que dan cuenta de la excelente hoja de vida del señor Luis Alberto Ortiz Quintero con calificación superior sería impropio.

Para finalizar adujo, «que la parte actora sí probó la verdad de su dicho y la Policía Nacional no lo hizo» (f. 1044), y que por lo tanto la demanda debe prosperar.

Por todo lo anterior solicita que se revoque la providencia apelada.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

**La entidad demandada, Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional** señaló en sus alegatos de conclusión (ff. 1128 a 1138), que los actos demandados se profirieron de conformidad con el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, cumpliendo con todo el despliegue normativo necesario para hacer uso de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios y que el actor de ninguna manera ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo enjuiciado.

Trajo a colación diversas providencias del Consejo de Estado sobre el llamamiento a calificar servicios, entre ellas la de 20 de agosto de 2014 Sección Cuarta. M.P. Teresa Ortiz de Rodríguez. Expediente: 110001031500020140045800 Acción de tutela; 3 de julio de 2014<sup>1</sup> Expediente: 1001031500020140044500 Acción de tutela; Sección Segunda M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 05001233100020010300401.

En las cuales se expresó que la figura del llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional para la adecuación a su misión, que es un valioso instrumento que permite el relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados facilitando el ascenso y promoción de su personal lo que corresponde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, y luego argumenta lo mismo que manifestó en la contestación de demanda.

Por lo anterior solicitó que sea confirmada la sentencia apelada.

Por su parte el apoderado de **la parte demandante** en su escrito de alegatos de conclusión (ff. 1139 a 1159) manifestó básicamente lo ya expuesto en la demanda

---

<sup>1</sup> Sección Cuarta. M.P. Teresa Ortiz de Rodríguez.

y el recurso de apelación, debatiendo nuevamente la presunción de legalidad del acto atacado por desviación de poder y la falsa motivación.

Pidió que la sentencia recurrida sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agente del Ministerio Público mediante concepto 160-2015 (ff. 1161 - 1167). Aseveró, que es deber de la parte interesada el probar que la decisión de la administración es contraria al ordenamiento con la ilegalidad alegada, por cuanto de esa manera desvirtúa la presunción de legalidad que ampara la decisión adoptada, y que en este caso la demandada era la llamada a controvertir las afirmaciones de la parte actora y no lo hizo, argumentando a favor de la presunción de legalidad y del ejercicio reglado de la facultad discrecional con el apoyo de las disposiciones correspondientes y fundamentos de los actos acusados, sin embargo «el asunto no queda en discutir unas afirmaciones, el demandante tiene que probar que estas tienen soporte en los hechos y por tanto debe probarlos, de lo contrario los argumentos quedan suspendidos en el aire, no pueden aterrizar a la realidad y por ende llevar convicción al juzgador, así que la parte actora no tuvo un comportamiento activo en materia probatoria, pues reservó sus esfuerzos para las alegaciones teóricas, muy ricas y extensas, pero que no aportaron convicción respecto a las causales de nulidad invocadas, esto es, falsa motivación y desviación de poder» (f. 1166).

Expuso que no es la justicia contenciosa administrativa la llamada a buscar las pruebas que beneficien a una de las partes, por cuanto ella debe ser imparcial y por ende se llame a la justicia especial «justicia rogada», por cuanto el esquema de normas violadas y el concepto de violación constituyen una proposición que están sujetas a verificación probatoria y especialmente, a la actividad e impulso por la parte a la cual interese establecer la certidumbre de ocurrencia de uno o varios hechos que lleven a la convicción al criterio del funcionario judicial y por ende no comparte la opinión del apelante de calificar probados los hechos cuando en parte alguna se demostró que los integrantes de la Junta Asesora o el

Gobierno Nacional actuaran de forma torcida y diferente a las finalidades de las normas que les dieron atribución de llamar a calificar servicios a oficiales.

Concluyendo que la sentencia recurrida debe ser confirmada por cuanto no existieron pruebas que demostraran la supuesta desviación de poder endilgada y que el acto administrativo demandado se profirió de conformidad con la normativa correspondiente.

## **CONSIDERACIONES**

### **El problema jurídico.**

El problema jurídico se contrae a establecer si el acto demandado mediante cual se resolvió y fundamentó el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Luis Alberto Ortiz Quintero, fue realizado conforme a la normatividad vigente y por tanto goza de la presunción de legalidad que lo ampara.

Para resolver el problema jurídico la Sala estudiará si el acto censurado fue proferido por motivos del buen servicio y si debió ser motivado teniendo en cuenta la hoja de vida y las pruebas que se le hacían al accionante en el ejercicio de sus funciones como miembro de la entidad demandada.

### **Acto demandado.**

Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, emitida por el Gobierno Nacional mediante el cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional al demandante por llamamiento a calificar servicios. (ff. 3 y 2 del cuaderno anexos 1).

### **Sobre el llamamiento a calificar servicios.**

Esta Corporación mediante providencia de 17 de septiembre de 2011 expresó sobre el llamamiento a calificar servicios lo siguiente:

**«Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan.** En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto de tema **del llamamiento a calificar servicios**, estima la Sala que tal medida **atiende a un concepto de evolución institucional**, en este caso del Ejército Nacional, **conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.**

**Si bien es cierto, el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un agente en servicio activo, ello no implica un sanción, despido ni exclusión infame o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.**

Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar servicios es la razonabilidad; en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.»<sup>2</sup> (Negrilla y subraya fuera del texto).

---

<sup>2</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2011. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN «B» C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: MARIO ALBERTO CAÑAS ORTEGA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

De lo anterior se puede afirmar que el llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.

### **Caso en concreto.**

Se tiene que las fundamentaciones del anterior acto administrativo para su expedición están cimentadas en el Decreto 1791 de 2000 y en la Ley 857 de 26 de diciembre de 2003.

Se tiene que los artículos 55 numeral 2 y 57 del Decreto 1791 de 2000 dispusieron lo siguiente:

«ARTICULO (sic) 55 Causales de Retiro. El retiro se produce por las siguientes causales:

...

2. Por llamamiento a calificar servicios.

ARTICULO 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio».

Ley 857 de 26 de diciembre de 2003 dice en sus artículos 1, 2 numeral 4 y 3 los que:

«ARTÍCULO 1º. Retiro. El retiro de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional hasta el Grado de Teniente Coronel.

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

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

Artículo 2º. Causales de retiro. Además de las causales contempladas en el Decreto Ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

...

4. Por llamamiento a calificar servicios.

Artículo 3º. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, solo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.».

El apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación señaló que el *a quo* debió tener en cuenta la hoja de vida del actor y las buenas calificaciones que este tenía y la trayectoria profesional.

Frente a esta aseveración, la Sala concluye que la misma no es de recibo, por cuanto la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario. Se puede decir en el mismo sentido que por el hecho consistente en las buenas calificaciones y trayectoria en la entidad demandada del señor Luis Alberto Ortiz Quintero, él tiene un derecho de estabilidad.

Cuestión diferente, es que el *a quo*, en la sentencia de primera instancia dio relevancia a la temática de la discrecionalidad de la administración para tomar la decisión de llamamiento a calificar servicios del actor, en aras del buen servicio, lo cual se constituye en una presunción que se predica de ese tipo de actos y que ha sido ampliamente abordada y reiterada por parte de esta Corporación.

Además el acto demandado se fundamentó de conformidad con las normas establecidas en la ley, entre ellas se encuentra los artículos 55 y 57 del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, que señala «El personal de oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por

llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio», la cual es una causal de retiro del servicio activo. Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor Luis Alberto Ortiz Quintero dentro de la Policía Nacional, siendo esta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. Lo anterior, atendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

De otra parte, es pertinente esbozar que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, por su simple parecer o especulación, sino que tiene que demostrar suficientemente la misma.

Tal como lo estableció al *a quo* y la agente del Ministerio Público mediante el concepto rendido. No puede el demandante decir que por el solo hecho de estar incurso en un proceso disciplinario fue ese motivo principal para que la Institución Policial lo retirara del servicio activo por llamamiento a calificar servicios sin pruebas fehacientes y contundentes que demuestren esa desviación del poder que él predica en la demanda y en los recursos interpuestos en este proceso. Es importante aclarar que esta figura jurídica no es un castigo sino una manera natural de salir de las fuerzas armadas que permiten la renovación de su personal, garantizándole su subsistencia a los sujetos que se les aplica, cuando ya no estén en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido esta Corporación manifestó en sentencia de 11 de noviembre de 2010 lo siguiente:

«La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen,

es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria».<sup>3</sup>

En el mismo sentido la sentencia de 4 de mayo de 2017<sup>4</sup> señaló:

«... la misma Corte Constitucional, en sentencia SU- 217 de 28 de abril de 2016, sobre este tema de la motivación del acto de retiro, precisó:  
[...]

20. En conclusión, la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.

En particular, la Sala quiere ser enfática en advertir que la ley no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar, de manera decorosa y con derecho a una asignación de retiro, a un oficial.

Tal y como lo advirtió la sentencia SU-091 de 2016 los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación expresa más allá de la extratextual contemplada en la ley y que el buen desempeño laboral de los oficiales no representa una estabilidad laboral absoluta que impida la renovación de los cuadros de mando en las Fuerza Pública. Es así, como la providencia también incurrió en el defecto sustantivo en la medida en que señaló que se debía motivar la recomendación de la Junta de Asesores cuando la misma es un acto discrecional que goza de la presunción de legalidad<sup>5</sup>. En ese sentido, como lo dijo esta Corporación en su reciente sentencia de unificación, solo es posible desvirtuar la legitimada del acto si se llegara a probar que el mismo fue el resultado de

---

<sup>3</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 2010, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Actor: Roberto Jaramillo Cárdenas. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y Juan Luis Toro Isaza.

<sup>4</sup>Sección Segunda – Subsección «B» M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencias de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14). Actor: Mayli Ginette Villarraga Céspedes. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

<sup>5</sup> El Tribunal, en su sentencia, señaló que: “no existe prueba en el expediente que demuestre que la recomendación de la Junta respecto del retiro del servicio activo del actor haya estado precedida de informes y pruebas que permitieran justificar esa decisión, así como tampoco en la valoración objetiva de su hoja de vida y de su carrera en la institución. Como tampoco hay prueba de que de existir dichos informes los mismos se hayan puesto en conocimiento del accionante para garantizar un derecho de defensa en esa instancia”. (Op. Cit. Sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas; folio 27; cuaderno único) [pie de página de la sentencia citada].

un acto de discriminación o fraudulento, cosa que no se probó en durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

[...]

Por su parte, esta Subsección, en fallo de tutela de 7 de abril de 2016,<sup>6</sup> afirmó que los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional. Dice el fallo en algunos de sus apartes:

[...]

[...] esta Corporación ha indicado<sup>7</sup> que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses.

[...]

Cabe destacar que de manera aislada la Sección acogió la posición inicial establecida por la Corte Constitucional, esto es, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro<sup>8</sup>, sin embargo, no se puede alegar que dicho planteamiento constituye precedente, en tanto no corresponde a una posición uniforme y reiterada de la Sección Segunda sobre la materia y, por ende, no puede ser considerado un precedente vertical aplicable al caso por los Tribunales y Juzgados Administrativos.

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

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

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC), actor: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional-secretaría general, demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección C en descongestión y Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección "A", M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edisson Rojas Suarez.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección "B", M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 10 de septiembre de 2015, expediente: 050012331000199800554 01 (0917-2012), Actor: Wilmer Uriel García Mendoza [pie de página de la sentencia en cita].

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

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

**En ese orden, se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley.**

Se pudo comprobar que el acto demandado se realizó conforme a las leyes preexistentes, que se efectuó de acuerdo con el debido proceso, que fue proferido por la presunción del buen servicio, en donde el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, expedido por el Ministro de Defensa Nacional mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional mediante Acta 009 de 14 de mayo de 2004. Además al demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.

Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha insistido que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la

prueba, cuestión que no se dio en este asunto. Tal como se dijo, lo manifestó tanto al *a quo* como la Agente del Ministerio Público.

Por todo lo anteriormente expuesto, los cargos alegados no tienen vocación de prosperidad.

### **DECISIÓN**

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez valoradas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, la Sala procederá a **CONFIRMAR**, la sentencia de 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Luis Alberto Ortiz Quintero contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A», administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Luis Alberto Ortiz Quintero contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**Relatoría:** JORM/Lmr.