**REPUBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, 24 MAY 2018

| | |
|---|---|
| **MEDIO DE CONTROL:** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **DEMANDANTE:** | **GILBERT EDUARDO ARTEAGA AREVALO** |
| **DEMANDADO:** | **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÈRCITO NACIONAL** |
| **RADICACIÓN No:** | **150013333011201600003-01** |

## I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra el fallo proferido el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **GILBERT EDUARDO ARTEAGA AREVALO** contra la **NACIO-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.**

## II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **GILBERTO EDUARDO ARTEAGA AREVALO,** solicitó que se declarara la nulidad de la resolución No.6208 del 22 de julio de 2015, por medio de la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró al demandante del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Nación-Ministerio de Defensa –Ejército Nacional- reubicar al demandante, Teniente

Coronel (RA,) al cargo de miembro del Estado Mayor de la Primera Brigada del Ejército Nacional, repartición castrense con sede en la ciudad de Tunja o en otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración. Que se declare que no ha existido solución de continuidad ni interrupción en el servicio que al momento de su retiro venía prestando y que se condene a la demandada a pagarle, en la forma dispuesta por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, todos los salarios actualizados y emolumentos que dejó de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha en que se dé cumplimiento al fallo.

Solicitó también el pago del 100 SMMLV a título de perjuicios morales y que la valoración de los daños que efectué el juez atienda a los principio de reparación integral y equidad. (fl.2-3)

**2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*.** Se trata de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo, luego de referirse al marco legal y jurisprudencial que regula el retiro de los miembros de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios, y analizar el material probatorio, determinó que no se había vulnerado las normas aducidas por el accionante, pues es la misma ley la que faculta al nominador para retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, sin que dicha causal implique una sanción o trato degradante, sino un instrumento válido de renovación del personal de la Fuerza Pública en procura del mejoramiento del servicio, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado. Que la causal de retiro exige para su habilitación que el oficial que se va a retirar haya cumplido con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

Para el caso concreto señaló que el demandante al haber ingresado a las fuerzas Militares en 1991 y al encontrarse escalafonado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, esto es a la entrada en vigencia del decreto 4433 del 2004, su situación prestacional se regula por lo dispuesto en el Decreto 00991 de 2015, tal y como se desprende del acto acusado. De esta manera es claro que el accionante al ser retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios ya superaba el tiempo mínimo que se requiere para tener derecho a la asignación de retiro toda vez que, tal como se desprende del extracto de su hoja de vida, llevaba 25 años de servicios, cumpliendo de esta forma con dicha condición. En relación con la regulación que hace el Decreto 1799 de 2000 frente al sistema de evaluación y clasificación de los oficiales no avizoró vulneración alguna de dichas

normas, en razón a que la trayectoria militar del demandante y su desempeño profesional ha sido objeto de evaluación permanente, al punto que ha recibido felicitaciones, condecoraciones, conceptos favorables y hasta anotaciones de demerito y negativas, situaciones que fueron valoradas en conjunto por la junta de calificación, que determinó no ascenderlo al grado superior y en cambio retirarlo por llamamiento a calificar servicios.

Igualmente determinó que no se había vulnerado el artículo 3 del CPACA, pues constató que se respetó el debido proceso del accionante, en razón a que se dio aplicación a las normas que regulan la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios y que una vez se profirió el acto este fue notificado al demandante en debida forma, como los demás documentos que sustentan la decisión, sin existir reserva alguna. Señaló también que no existía desconocimiento del precedente de la sentencia SU 053 de 2015, teniendo en cuenta que tal y como lo adujo la Corte Constitucional si bien los actos proferidos en virtud de la facultad discrecional mediante la figura de llamamiento a calificar servicios no requiere explicar las razones del retiro en el acto propiamente, sí se debe cumplir con un estándar de motivación el cual consideró que se cumplía en el sub-judice.

Del mismo modo determinó que no era cierto que al accionante se le hubiera cercenado el derecho a continuar al servicio de la institución y ascender al grado de Coronel aun cuando contaba con las calidades para que se procediera a su ascenso toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha reiterado que los méritos, ascensos, calidades personales y profesionales de buen desempeño no otorga fuero de estabilidad en el cargo ni pueden limitar la potestad de retirar del servicio.

Finalmente señaló que el Comandante del Ejército no requiere realizar un estudio previo para presentar a consideración la trayectoria militar del demandante, pues es la junta Asesora en uso de sus facultades la llamada a recomendar o no el retiro decisión que fue adoptada bajo el análisis del desempeño profesional del oficial, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por el comité de Evaluación y por la Junta Clasificadora, sin que se requiera algo adicional, fuera de cumplir con el tiempo para tener derecho a la asignación de retiro. (fls.440-451)

**2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*.** Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada del demandante** la impugnó oportunamente indicando que se demandó la resolución No. 6208 del 22 de julio de 2015 por medio del cual

se desvinculó del servicio activo al demandante por ser llamado a calificar servicios, y que en esta medida el juez de instancia desconoció el objeto de la Litis pues afirma que se demandó el retiro por llamamiento a calificar servicios más no el acto administrativo ficto o presunto de no haber sido ascendido al grado de coronel en el mes de diciembre de 2014.

Que tal y como lo sostiene el juez, la Corte Constitucional dictó sentencia de unificación sobre la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, este fue interpretado en forma errónea por el a quo, pues considera que al señalar la Corte que *"... la motivación está contenida en el acto de forma extra textual"* significa que el nominador debe observar estrictamente el artículo 53 del Decreto ley 1799/00 que consagra la lista de clasificación como factor determinante para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa nacional para las Fuerzas Militares para proferir los actos preparatorios del servicio activo, por cualquiera de las causales que establece el referido decreto.

Que hubo falta de valoración probatoria del juez de primera instancia, incurriendo de esta forma en defecto factico y agrega que el decreto ley 1799 de 2000 consagra las normas de evaluación y clasificación del personal de las fuerzas militares que son los instrumentos que determinan la estabilidad de estos servidores en la institución castrense y no como lo pretende hacer ver el a quo, pues considera que el Comandante del Ejército Nacional para presentar el nombre del demandante a la Junta Clasificadora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas Militares y este cuerpo colegiado para proferir el concepto previo y/o propuesta requerido por el artículo 99 del decreto 1799 debía fundamentarlo en la lista de clasificación "No. Dos muy bueno" en la que según su dicho se encontraba el demandante en estricto obedecimiento a lo normado en el artículo 53 del mentado decreto.

Igualmente afirma que la valoración del folio de vida del demandante en grado de Teniente Coronel no fue efectuada de manera objetiva, razonable y ponderada, por parte del comité de Evaluación para recomendar su ascenso al grado de Coronel en el mes de noviembre de 2014, ni por la Junta Asesora del ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, por cuanto de ello no quedó constancia en ninguno de los actos preparatorios que sirvieron de causal al acto demandado.

Señala que se desconoció por parte del a quo los alcances del decreto ley 1799 de 2000 respecto a las evaluaciones que anualmente se le rinden al oficial para obtener la lista de clasificación, agregando que la decisión de retiro del demandante no estuvo acorde con los fines previstos en los artículos 3 del decreto ley 1799 de 2000

ni 100 y 103 del Decreto ley 1790 de 2000, es decir que no obedeció al mejoramiento del servicio.

Que se desvirtuó el cargo de falsa motivación con una prueba que no fue decretada como prueba en la audiencia de pruebas, y que de dicho documento no se le corrió traslado a la parte accionante, motivo por el cual considera que no podía valorarse, y que en su defecto se ha debido decretar el interrogatorio del señor JAVIER FLOREZ ARISTIZABAL en razón a que el demandante bajo la gravedad de juramento lo incriminó como causante de su retiro por llamamiento a calificar servicios, considerando de este modo que se configuró una vía de hecho.

Señala también el impugnante no estar de acuerdo con la condena en costas impuesta por el Juzgado de instancia, pues considera que no hubo actuación temeraria de la parte actora y que la misma tampoco tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (fls.456 a 475)

**2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION.** En el término concedido para el efecto, las partes guardaron silencio.

Por su parte el **Ministerio Público** rindió concepto analizando el marco jurídico del caso en concreto y señalando frente al caso concreto que si bien en algunas oportunidades esta corporación ha encontrado que ante una evaluación de la hoja de vida excepcional y superior a la de los demás compañeros o que denote actividades o hechos sobresalientes o actos de excepcional méritos y reconocimiento, la facultad de llamamiento a calificar servicios resulta arbitraria porque no se compadece con el mejoramiento del servicio; sin embargo en el caso sub judice consideró que no se denotan las particularidades que en ese evento encontró el Tribunal.

Que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien se encontró que el demandante contaba con un buen desempeño laboral en los últimos años de servicio (argumento que también enuncia el recurrente), lo anterior no es justificante de su inamovilidad. Agrega que revisada la hoja de vida militar del actor, tal y como lo razonó la juez de instancia, no se evidencian calidades excepcionales de especial reconocimiento en la mismas, sino que por el contrario se evidencian algunas anotaciones administrativas donde se le exhorta al cumplimiento de metas, falencias en su labor como jefe de operaciones y cinco anotaciones negativas entre los años 1998, 2002 y 2004 a 2005, que en modo alguno (como lo pretende el recurrente) puede dejar de ser objeto de valoración, pues la entidad demandada

no está limitada en el tiempo para hacer una valoración integral de la hoja de vida de aquellas personas a quienes está interesada en promover al siguiente rango militar.

En relación con la manifestación hecha por el apelante relacionada con que el juez debió ordenar de manera oficiosa el testimonio del General Javier Flórez, en razón a que el demandante lo incriminó como causante de su retiro, debe mencionar esta agencia que si la parte demandante soportaba el cargo de desvío de poder en la conducta del mencionado general, era deber suyo el solicitar la declaración pues de conformidad con el artículo 167 del C.GP incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. La carga de la prueba normalmente debe ser asumida por quien presenta un hecho en la demanda como fundamento de una excepción, aspecto que ha sido estudiado por el Consejo de Estado en sentencia con radicado interno 2096-04. Por las anteriores razones solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (Fls.503-509)

## III. CONSIDERACIONES

### 3.1 Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar: (i) si el acto administrativo que ordenó el retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios se ajusta al ordenamiento jurídico y al precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SU-091 de 2016, (ii) si hubo falta de valoración probatoria por el juez de primera instancia y como consecuencia de ello una vía de hecho.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)**, retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios de los miembros de las Fuerzas Militares, **ii)** de las pruebas allegadas al proceso **iii)** caso concreto.

### 4. Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios en los miembros de las Fuerzas Militares

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de Decreto 1790 del año 2000, el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, es definido como la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su

grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad.

El mismo artículo[1] señala que el retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza. Para el caso de retiros de los oficiales dispone que los mismos deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. De esta manera el retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

En relación con las causales de retiro, el artículo 100 del mentado decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, texto vigente para la época de los hechos, señala:

> *"ARTÍCULO 100. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*
>
> *a) Retiro temporal con pase a la reserva:*
>
> *1. Por solicitud propia.*
>
> *2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*
>
> *3. Por llamamiento a calificar servicios.*
>
> *4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
>
> *5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*
>
> *6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*
>
> *7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*
>
> *8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*
>
> *9. Por no superar el período de prueba;*

[1] Artículo 99 del Decreto 1790 de 2000.

*b) Retiro absoluto:*

*1. Por invalidez.*

*2. Por conducta deficiente.*

*3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.*

*4. Por muerte.*

*5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.*

*6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.*

Visto lo anterior y atención al caso que nos ocupa, puede verse que una de las causales de retiro se da por llamamiento a calificar servicios, la cual solo puede ser aplicada cuando el oficial o suboficial cumpla con los requisitos exigidos por la Ley para ser beneficiario de la asignación de retiro, pues así lo señala expresamente el artículo 103 del Decreto 1790 del año 2000, veamos:

***"ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.*** *<Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro."*

De lo expuesto hasta el momento podemos decir que para el retiro del personal de oficiales de las Fuerzas Militares por *llamamiento a calificar servicios* se hace necesario lo siguiente: **i)** que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y **ii)** que el miembro de la entidad castrense haya cumplido con los requisitos legales para ser beneficiario de la asignación de retiro, y que no son otros que los fijados en el Decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios como una forma normal de retiro del servicio activo, cuando se cumple con las condiciones a que se ha hecho referencia previamente, ha tenido un amplio desarrollo tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. Al respecto encontramos, en primer lugar, que la Corte Constitucional en la sentencia C-72 de 1996, respecto a la referida causal de retiro del servicio, indicó lo siguiente:

*"(...) "calificar servicios", acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino* ***valioso instrumento institucional de 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 una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución.*

*Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio (...)".* (Subrayas de la Sala)

A su turno, el Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con el llamamiento a calificar servicios como causal de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la ha entendido como una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que le permite a la autoridad administrativa, retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio.

En efecto, de acuerdo con la Alta Corporación, el llamamiento a calificar servicios 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. En sentencia de 17 de noviembre de 2011, la Sección Segunda, indicó sobre el particular lo siguiente:

*"(...) Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el*

*servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.*

*En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución [...].* ***En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.*** *(...)*[2]*".* (Destacado por la Sala)

De igual forma el Consejo de Estado[3] ha precisado que el ejercicio del llamamiento a calificar servicios, 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 y personales.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la motivación del acto administrativo a través del cual se retira al personal oficial uniformado de las Fuerzas Militares, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en la tesis según la cual, aquella viene dada por la ley, de tal manera que no es necesario que en el acto se expresen motivos adicionales, al respecto el Consejo de Estado ha considerado:

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

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de noviembre de 2011, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, rad.: 0779-11.
[3] 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).

*Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público".*[4]

La anterior postura fue reiterada por esa misma Corporación en sentencia del 2 de marzo de 2017 en la que indicó *"(...) En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio (...)"*[5],.

La posición del Consejo de Estado en cuanto a la figura llamamiento a calificar servicios como casual de retiro, puede concretarse con las conclusiones que, a manera de resumen, fueron planteadas en reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017[6], en sede de acción de tutela en donde se sostuvo que: i) el llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional que permite el relevo en la línea jerárquica de los cuerpos armados; ii) el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la entidad castrense, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad; iii) el retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro[7]; iv) el ejercicio de esa potestad discrecional no precisa de motivación, esto es, no es necesario que la autoridad nominadora manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio[8]. Que, por lo tanto, le corresponde al interesado desvirtuar la legalidad del acto de retiro[9].

---

[4] Consejo de Estado Sección segunda, Subsección "A", sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez.

[5] Consejo de Estado Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00035-01(0147-15)

[6] Consejo de Estado Sección Cuarta. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02334-00(AC).

[7] Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20) radicación número 05001233100020010300 4, demandante: Víctor Hugo Pinzón Rojas.

[8] Consejo de Estado, Sección Segunda (2009, mayo 21) radicación 8380-05; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (2004, abril 1), radicación 68001-23-1500019971267301 (5985-02); Consejo de Estado, Sala Plena (2004, junio 15), radicación S-567.

[9] Consejo de Estado, Sección Segunda (2005, marzo 10) radicación 2500023250000143501 (6207-03).

De igual forma la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 091 de 2016, estableció los requisitos para el retiro por llamamiento a calificar servicios, y en relación con la motivación del acto de retiro precisó:

> *"(...) 3.10.4. Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolla frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (...)". (Subrayas de la Sala)*

De esta manera, en la mentada sentencia de unificación, la Corte Constitucional señala claramente que el retiro por llamamiento a calificar servicios procede en tanto se cumpla con los requisitos previstos en las normas antes vistas, esto es, tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro, así como el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para nuestro caso de las Fuerzas Militares, y que si bien dicho acto administrativo no requiere de una motivación adicional, en tanto se entiende que está dada por la ley, si queda sujeto al eventual control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En punto de lo anterior y si se decide acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, le corresponderá al demandante probar que el acto de retiro se expidió sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que a pesar de cumplir con dichos requisitos, el acto se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos; al respecto se hace necesario resalta que en la sentencia SU- 091 de 2016, se adujo:

> *"(...) De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia[10] en el sentido de mantener la posibilidad de un*

[10] Cita original: Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T- 317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

*control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.*

*En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.*

*Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten (...)".*

Postura tal que fue re-asumida con la sentencia SU-217 de 2017, en donde se concluyó que: i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional de la entidad castrense ; ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta".

En resumen ha de decirse que según el criterio jurisprudencial vigente, el Gobierno Nacional se encuentra habilitado para expedir actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de las Fuerzas Militares, siempre y cuando se demuestre que los mismos han cumplido con los

requisitos dispuestos por el decreto **4433 de 2004** para al reconocimiento de la asignación de retiro y que medie recomendación de la Junta Asesora en ese sentido.

## 5. CASO CONCRETO

Para el caso sub-judice corresponde entonces a la Sala determinar si la Resolución No. 6208 del 22 de julio de 2015, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Ley 1790 de 2000, retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios al Teniente Coronel GILBERT EDUARDO ARTEAGA AREVALO previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, fue expedido conforme a derecho, en particular si se siguió el precedente jurisprudencial[11] fijado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado para esta causal especifica de retiro.

En tal sentido advierte la Sala que el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante, se centra en ***i)*** que el a quo interpretó en forma errónea el precedente jurisprudencial, en especial el contenido en la sentencia SU 091/2016 ***ii)*** falta de valoración probatoria del juez de primera instancia por tenerse en cuenta todas las pruebas aportadas y sí apreciarse como tal el oficio 20161190384211 del 22 de junio de 2016, el cual no fue sometido a controversia; considerando en este punto también que era obligación del juez haber decretado oficiosamente el testimonio del señor JAVIER FLOREZ por haberse señalado en la demanda como el causante de su retiro ***iii)*** que se desconoció el objeto de la Litis por cuanto no se demandó el acto ficto o presunto de no haber sido ascendido al grado de Coronel en el mes de diciembre de 2014.

Teniendo en cuenta lo anterior procederá la Sala a desatar el recurso interpuesto por la parte actora así:

### 5.1.1 Del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SU-091 DE 2016

Es preciso retomar que en la referida sentencia SU-091 de 2016, la Corte Constitucional, haciendo referencia a la SU-172 de 2015, reiteró que si bien al ejercerse la facultada discrecional en los actos de retiro de los miembros de la

[11]Argumento esgrimido por el accionante en su recurso de apelación pues aduce que el juez de primera instancia desconoció el precedente jurisprudencia en ese sentido.

Fuerza Pública por la causal denominada "por voluntad del Gobierno" debe existir un patrón mínimo de motivación, no ocurre lo mismo cuando se trata de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, de esta manera indicó la referida Corporación que "(...) *la exigencia de 'motivación' frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro. En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General (...) dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada".*

Para el caso concreto se tiene que:

- El demandante se vinculó como Cadete del EJÈRCITO NACIONAL el 1 de marzo de 1989, ascendiendo a diferentes grados como alférez, subintendente, teniente, capitán, mayor y finalmente a teniente coronel el 3 de diciembre de 2009. (fl.55)

- El Ministerio de Defensa Nacional mediante la Resolución No. 6208 de 22 de julio de 2015, dispuso retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor Teniente Coronel GILBERTO EDUARDO ARTEAGA AREVALO, por llamamiento a calificar servicios.

En armonía con lo anterior y como se expuso en el acápite inicial del presente capítulo , en tratándose del retiro por "*llamamiento a calificar servicios*", causal invocada en el caso del demandante, tanto la Corte Constitucional, en las sentencias SU-091 de 2016 y SU-217 de 2017, así como el Consejo de Estado, coinciden en afirmar que en lo que tiene que ver con la motivación del acto administrativo a través del cual se retira al personal oficial uniformado de la Policía Nacional, aquella viene dada por la ley, de tal manera que no es necesario que, en el acto, *se expresen motivos adicionales.*

De esta manera, la motivación dada por la ley del acto administrativo de retiro del servicio fundado en la causal del llamamiento a calificar servicios, se ve reflejada respecto al cuerpo de oficiales de las Fuerzas Militares en que se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Que el Oficial que no continua con la carrera de ascenso, tenga el tiempo necesario para acceder a la asignación de retiro y, ii) Que exista recomendación en tal sentido por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas militares.

Los anteriores requisitos según las probanzas del proceso se encuentran plenamente satisfechos en el caso del demandante por cuanto de una parte a través de la Resolución No. 6208 de 22 de julio de 2015, por medio de la cual se le retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, se estableció que el señor GILBERT EDUARDO ARTAGA AREVALO cumplía con los requisitos para la asignación de retiro pues contaba con un servicio superior a los 25 años de servicio (Fl. 51). Y de otra, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, a través de Acta No. 010 del 26 de diciembre de 2014, de manera unánime decidió recomendar el retiro por llamamiento a calificar servicios del demandante (Fls 76 a 79).

De esta manera queda claro hasta aquí que el Ministerio de Defensa Nacional cumplió con los requisitos que desde el punto de vista formal garantizan la motivación del acto administrativo demandado, cumpliendo de esta manera con los fines del retiro por llamamiento a calificar servicios, el cual como lo han considerado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, va dirigido a materializar la finalidad para la cual fue creado, que no es otro que, permitir el ascenso y la promoción de otros uniformados y garantizar la estructura jerarquizada y piramidal de la Institución.

Así, considera la Sala que no le asiste razón al apelante frente a este cargo, estando adecuada la interpretación efectuada por el A quo frente a la jurisprudencia en relación con el tema, siendo del caso reiterar, en voces de la Corte Constitucional, según la sentencia SU-217 de 2017, que *"El buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro".*

El anterior criterio ha sido compartido por el Consejo de Estado, específicamente en la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017[12], oportunidad en donde concluyó que "*el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la Policía Nacional, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad*". (Subrayas de la Sala)

En punto de lo anterior ha de decirse que si bien en la hoja de vida del accionante se evidencian las varias felicitaciones en el desempeño de sus funciones tal consideración por sí misma no impide el ejercicio de la facultad de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, siendo del caso resaltar que también obran algunas anotaciones negativas específicamente en los años 1998, 2000, 2002, 2004 y 2005.

De esta manera se vislumbra más allá de lo argumentado por el recurrente que el retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro[13]. De esta manera fuerza concluir que los parámetro jurisprudencial fueron debidamente aplicados por el juez de instancia y que de conformidad con el material probatorio la resolución por medio de la cual se retiró del servicio al demandante cumplió con los requisitos previstos por la ley y la jurisprudencia, sin que el demandante arrimara prueba que demostrara lo contrario

### 5.1.2 Falta de valoración probatoria del juez de primera instancia

Alega el recurrente que el Juez de instancia no valoró en su conjunto la totalidad de las pruebas aportadas y que, en particular, no tuvo en cuenta el oficio 20161190384211 del 22 de junio de 2016, el cual, según su dicho, no fue sometido a controversia por lo que en su sentir se incurrió en defecto fáctico. Considera en este punto también que era obligación del juez haber decretado oficiosamente el testimonio del señor JAVIER FLOREZ por haberse señalado en la demanda como el causante de su retiro.

---

[12] Consejo de Estado Sección Cuarta. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02334-00(AC).

[13] Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20) radicación número 05001233100020010300 4, demandante: Víctor Hugo Pinzón Rojas.

Al respecto, sea lo primero señalar que según lo expuesto por la Corte Constitucional las carencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: i) una omisión judicial, como puede ser cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.[14]

En lo que al defecto factico atañe, se ha considerado que el mismo tiene ocurrencia cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria o caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[15].

Al respecto, advierte la Sala que ninguno de los supuestos alegados por el accionante dan lugar a la configuración de defecto factico en el asunto sub-lite, pues no se acredita que el funcionario judicial se haya apartado del material probatorio ni de los hechos objeto de la Litis, pues basta con observar el análisis probatorio efectuado por el aquo para establecer que el mismo se efectuó de cara a los hechos narrados y al problema jurídico planteado que tuvo origen en la fijación del litigio, con la que el demandante estuvo de acuerdo como se puede evidenciar en la audiencia inicial efectuada el 7 de julio de 2016 (fl.212)

Del mismo modo no se aprecia que el funcionario de instancia haya dejado de valorar pruebas debidamente aportadas en el proceso, pues el fallo fue sustentado, resolviendo cada uno de los cargos de nulidad alegados y con base en las pruebas aportadas.

Igualmente no es de recibo el argumento alegado por el impugnante, en el que señala que no se ha debido valorara el oficio 0161190384211 del 22 de junio

[14] T117 DE 2013
[15] Ver cita 14.

de 2016, por cuanto el mismo, según su dicho, no fue decretado y tampoco controvertido en el proceso, pues como se evidencia, con el mismo claramente se dio respuesta a la prueba solicitada en el numeral 3 del acápite de pruebas documentales decretadas en la audiencia inicial (fl. 206). Del mismo modo se aprecia que en la audiencia de pruebas celebrada el 11 de agosto de 2016 y su continuación, se le puso de presente a la parte actora el expediente para que verificara las pruebas allegadas al mismo, folios 372 y 401 vto, de tal forma que no puede alegar ahora que no conocía el contenido del oficio aludido. Asimismo se tiene que el oficio en comento fue tan solo uno de los argumentos y pruebas que tuvo el juzgador de instancia para desvirtuar el cargo de desviación de poder como puede apreciarse a folio 449 y siguientes, pues como evidencia la decisión frente a ese cargo especifico de nulidad se cimentó a su vez en otros medios probatorios allegados al expediente.

En relación con el argumento expuesto por el apelante en el sentido de que correspondía al juez de primera instancia decretar de oficio el testimonio del señor Javier Flórez, advierte esta sala que como quiera que el acto de retiro por ser llamado a calificar servicios se presume inspirado en razones de buen servicio, quien considere lo contrario, es decir que el mismo obedeció a una falsa motivación, desviación de poder u otra causal de nulidad, deberá probar tales supuestos de hecho de conformidad con las reglas de la prueba prevista en el artículo 167 del C.G.P, de allí que no es obligación del juzgador suplir la carencia probatoria de los hechos en que se funden las pretensiones de la demanda, pues claramente está en cabeza del demandante desvirtuar la presunción de legalidad de los actos enjuiciados.

Finalmente y en relación con la condena en costas considera ésta sala que la misma no es desproporcionada como lo afirma el recurrente, se dispuso como porcentaje el 1% de las pretensiones de la demanda, es decir el porcentaje más bajo que establece el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, de manera tal que no se avizora la falta de proporcionalidad alegada.

Así las cosas, y en atención a las razones antes esbozadas, la Sala confirmará la sentencia de 15 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Tunja, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demandada.

## VI. COSTAS

En cuanto a las costas en segunda instancia, se condenará a la parte demandante por confirmarse la providencia apelada[16] y por encontrarse probado que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

## V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 15 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas en segunda instancia a la parte demandada; en relación con la agencias en derecho se procederá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 del C.G.P.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha

**NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados:

---

[16]C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
(...)

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

**HOJA DE FIRMAS**
**NYR 2016-003-01**
**DEMANDANTE: GILBERT EDUARDO ARTEAGA**
**DEMANDADO- EJERCITO NACIONAL**

NOTIFICADO POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 84 de hoy. 28 MAY 2018
EL SECRETARIO