



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO  
DE YOPAL - SISTEMA ORAL

Yopal, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

**Ref.: NRD.** Fallo. Retiro del servicio activo de Oficial del Ejército Nacional con pase a la reserva, por motivo de llamamiento a calificar servicios. Aplicación de sentencia de unificación Consejo de Estado. Fallo desestimatorio.

Demandante: **MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES**  
Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**  
Radicación: **850013333002-2016-00365-00**  
Juez: **GLADYS GARCÍA BARRAY**

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. OBJETO DE LA DEMANDA

Se discute si el demandante Mayor @ MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES a través de apoderado judicial instaura el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando a esta jurisdicción que mediante el proceso contencioso administrativo de rigor se acceda a sus pedimentos que se contraen al reintegro al cargo que venía desempeñando como Mayor del Ejército Nacional y le sean cancelados los emolumentos dejados de pagar, sin solución de continuidad, toda vez que entidad demandada lo llamó a calificar servicios y lo retiró a la reserva con asignación de retiro, por considerar que las decisiones están ajustadas a la ley y la Constitución.

### 1.2. PRETENSIONES

El Juzgado las extracta de la siguiente manera:

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del CPACA, por intermedio de apoderado judicial, el demandante, acude ante la jurisdicción administrativa con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

**Primera:** Declarar la nulidad de la Resolución No. 2148 de 17 de marzo de 2016, expedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la cual se ordena el retiro del servicio activo del demandante Mayor MANUEL ALVEIRO HERRERA

TORRES en forma temporal con pase a la reserva "por llamamiento a calificar el servicio".

**Segunda:** Que como consecuencia de la anterior declaración se restablezca el derecho al demandante en calidad de Mayor retirado, ordenando su reintegro sin solución de continuidad al Ejército Nacional, al cargo y grado que venía desempeñando y que tenía hasta la fecha de su retiro del servicio activo, además, que se reconozca los ascensos correspondientes, conforme a los reglamentos internos, desde el momento de su desvinculación y hasta que se efectúe el reintegro.

**Tercera:** Que se condene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional a pagar al señor accionante o a quien represente sus derechos, todos los dineros que se le dejaron de cancelar, desde la fecha de su retiro y hasta la fecha de su reintegro, por concepto de salarios, prestaciones, bonificaciones, primas y demás emolumentos a que tenía derecho como Oficial en servicio activo, teniendo en cuenta para ellos el reconocimiento de los ascensos correspondientes, desde el momento de su desvinculación y hasta que se efectúe el reintegro. Pide que dichas sumas correspondan al valor de los aumentos salariales decretados con posterioridad a su retiro y que sus valores sean incrementados de acuerdo con lo dispuesto en la Ley.

**Cuarta:** Que se le cancelen al Mayor Manuel Alveiro Herrera Torres, los perjuicios morales subjetivos causados como consecuencia del retiro del servicio activo del Ejército Nacional, los cuales estima en una suma equivalente a cien (100) SMLMV.

**Quinto:** Que se cancelen al señor Mayor retirado los perjuicios causados como consecuencia del retiro del servicio activo del Ejército Nacional consistentes en:

a. Daño emergente: A este título solicita sean cancelados quince millones de pesos (\$15.000.000) correspondientes a los gastos en que incurrió el señor accionante como consecuencia de su intempestivo retiro.

b. Que se cancelen al demandante los perjuicios morales objetivos causados como consecuencia del retiro del servicio activo del Ejército Nacional los cuales estima en una suma equivalente a setenta y cinco (75) SMMLV.

Lo anterior, por cuanto es indudable que como consecuencia de su intempestivo, inesperado, e injustificado retiro, se afectó su buena imagen, su buen nombre y su reputación así como la de su familia, discriminación dado que al haber sido retirado sin que lo motivo haya sido comunicado, a pesar de tener una hoja de vida intachable y que siempre había cumplido con su deber como oficial en el puesto y cargo que le fuere designado y que nunca afectó su excelente desempeño, pero con este hecho se puso claramente en entredicho su Honor Militar como Oficial, generando al interior de la Fuerza la falsa idea de que dicho retiro es consecuencia de haber presentado una conducta indebida y reprochable.

**Sexta:** Que se condene en costas a la entidad demandada, y que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el CPACA.

### **1.3 HECHOS DE LA DEMANDA:**

Sintetizan así:

1.- El señor MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES se desempeñó como Oficial del Ejército Nacional durante más de 19 años, siendo su último grado el de Oficial Mayor,

laborado en el Estado Mayor de la Decimosexta Brigada con sede en la ciudad de Yopal Casanare.

2.- El Oficial Mayor, gracias a sus excelentes resultados en el ejercicio de su profesión, que le permitió recibir muchos reconocimientos, felicitaciones y condecoraciones, fue seleccionado para presentar pruebas físicas y ser considerado a estudio para ser alumno de la Escuela de Guerra en el curso de Estado Mayor 2016.

3.- Con posterioridad a la anterior comunicación, de manera intempestiva, injustificada e inconsecuente, con sus virtudes militares, antigüedad dentro del escalafón y sobresaliente desempeño militar, se tomó la decisión abrupta por parte del comité de evaluación, de llamarlo a calificar servicios, sin exponer motivo alguno de la decisión que impedía ser ascendido al grado de Teniente Coronel.

4.- El acto administrativo contraría los principios de razonabilidad y proporcionalidad e igualdad que deben caracterizar todas las actuaciones de la administración, pues decidieron mantener en servicio activo a oficiales con inferiores aptitudes, preparación, reconocimientos que el señor Herrera Torres, siendo este un acto resultante de la decisión arbitraria que vulnera los derechos fundamentales y laborales del accionante.

#### 1.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS y NORMAS VIOLADAS.

- 1.- Constitución Política artículos 13, 15, 21, 25, 29, 125, 209, 217 inc. 3 y 220.
- 2.- Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 23. 1.c.
- 3.- CPACA artículos 3 incisos 3, 6 y 7, 35, 36 y 44.
- 4.- Ley 489 de 1998 artículo 3 y 4.
- 5.- Ley 1104 de 2006 artículo 24 literal a numeral 3 y artículo 25 - Decreto Ley 1790 de 2000 artículo 100 literal a numeral 3 y artículo 103.
- 6.- Decreto Ley-1790 de 2000 artículo 50, 51, 52, 53 y 99.
7. Decreto 1799 de 2000 artículo 2 literal, b) numerales 1 y 3; artículo 3 literal C; artículo 28; artículo 49 y artículo 53.

#### 1.5.- RESUMEN DE ACTUACIÓN PROCESAL

Fecha	Actuación	Folio
14/10/2016	Radican la demanda	30
14/10/2016	Ingreso por reparto al despacho del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal.	62
10/02/2017	Auto admite demanda	64
24/07/2017	Enviado copias demanda, anexos y auto admisorio.	71 a 74
03/11/2018	Contestación de la demanda	75 - 95
05/03/2018	Auto, tener por contestada la demanda y fija fecha para audiencia inicial	196
31/05/2018	Audiencia inicial, sanea proceso, conciliación, fija litigio y decreta pruebas	199-200
04/09/2018	Audiencia de pruebas se reciben testimonios y se dispone que las partes presenten alegatos en forma escrita y el ministerio público concepto, dentro de los 10 días siguientes.	204-206
17/09/2018	Alegatos entidad demandada	208-219
18/09/2018	Alegatos parte demandante	220-225
20/09/2018	Concepto del agente del Ministerio Público	227-234
04/10/2018	Ingresar para fallo	235
17/02/2020	Se remite el proceso del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal a Juzgado de Descongestión	236
20/02/2020	Auto, se avoca conocimiento por el Juzgado de Descongestión Administrativo de Yopal	237
09/06/2020	Sentencia	238 y ss

Efectuadas las actuaciones procesales dentro del medio de control, se hicieron las siguientes manifestaciones por las partes:

#### 1.6.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda en términos, aduciendo que por falta de sustento jurídico y probatorio del libelo de la demanda, se opone a todas y cada una de las solicitudes de declaraciones y condenas impetradas por el demandante, con fundamento en las razones sustanciales legales se expondrán respecto de los hechos narrados en el escrito de la demanda, desprendiéndose que la entidad demandada no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la que desde ahora solicito se denieguen las súplicas de la demanda. Revisado el acervo probatorio obrante en el expediente, lo único a concluir es que no están probados los hechos ni están acreditadas las circunstancias de ilegalidad o nulidad del acto administrativo que alega la parte demandante. Lo único cierto es que el acto acusado se encuentra enmarcado de legalidad y ésta aún no ha sido desvirtuada y goza de presunción de legalidad de los actos administrativos.

Respecto a los hechos aduce que es parcialmente cierto que el accionante ingresó como cadete a la Escuela de Oficiales desde el 1° de marzo de 1996, y su retiro acaeció en marzo de 2016, adicionándole los tres meses de alta, el retiro definitivo fue en junio de 2016, cumpliendo un total de 20 años y 4 meses y que durante su carrera reciben permanentemente estudios superiores propios de la actividad castrense. **La junta evaluadora registrada en el Acta No. 1106 del 8 de septiembre de 2015, arrojó como resultado anotaciones positivas y negativas en el folio de vida del Mayor retirado**, toda vez que, en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea es natural y normal recibir felicitaciones o reconocimientos por el buen desempeño de sus servicios, los incentivos de esta índole buscan compensar y otorgar merito a los logros profesionales. En ese mismo sentido se le hacen también los llamados de atención por incumplimiento a sus deberes, en el sub judice está el acta de la junta evaluadora que arrojó como resultado anotaciones positivas y negativas en el folio de vida del demandante.

Respecto al llamado a presentar pruebas físicas es importante informar que **el actor se equivoca al presumir un ascenso automático**, toda vez, que al llegar a un grado inmediatamente superior tiene etapas que al final son estudiadas por la Junta Asesora, órgano que hace recomendaciones al nominador y que el retiro obedeció por razones del servicio que imponen la naturaleza de la función constitucional asignada a las Fuerzas Militares.

No es cierto que existe recomendación para ascender al grado de Teniente Coronel al Mayor ® Manuel Alveiro Herrera Torres, revisadas las pruebas documentales es inexistente la aludida recomendación, todo lo contrario, las decisiones de la Junta Evaluadora fueron **no considerar al actor para integrar el curso CEM CIM 2016**. Como podemos ver ni la Junta Evaluadora determina quién es llamado para ascender al grado superior, únicamente considera uniformados para hacer curso de Estado Mayor. **El acto acusado tiene su sustento en la ley y se encuentra registrada en la Resolución No. 2148 del 17 de marzo de 2016, esto es, tener concepto previo de la junta asesora y contar con el tiempo de servicios para que opere el llamado a calificar servicios**, es insólito que se afirme que la Junta Evaluadora emite la decisión final de los uniformados que deben ascender, reitera que **es una facultad exclusiva del nominador**.

**Razones de la defensa:** La presunción se refiere que el acto administrativo es obligatorio, mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa, así pues, se concibe que la legitimidad del acto administrativo, se derive del uso de las potestades de orden público, y protección del interés colectivo que ostenta la autoridad que los expidió, con estricta sujeción a los límites de su competencia y a la normatividad que rige la materia o situación jurídica a dilucidar, conforme lo manifestado el Consejo de Estado en muchas jurisprudencias.

Respecto del marco jurídico y jurisprudencial del LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIO se tiene que el acto administrativo demandado se expidió por el Ministro de Defensa Nacional en uso de las facultades conferidas por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1799 de 2000 "*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*". El artículo 103 del mencionado Decreto, preceptúa:

"ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. 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.

Del precepto anteriormente transcrito se observa que no se exige ningún requisito o elemento para hacer uso de la facultad de retiro al llamamiento a calificar servicios o por voluntad del gobierno, diferente a que el mencionado Oficial haya cumplido el tiempo de servicios requerido para tener derecho a la asignación de retiro, es decir, **solo podrá ser retirado después de haber cumplido dieciocho (18) años o más en el servicio**, así lo adujo el Consejo de Estado<sup>1</sup>.

**Para el caso en concreto la entidad nominadora aplicó la facultad reglada de la administración, pues había lugar a la aplicación de la norma, toda vez que el Mayor MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES contaba con más de 18 años de servicio en la Institución y se reitera, es facultativo del nominador disponer el llamamiento a calificar servicios que para el caso el requerimiento previo de concepto de la Junta Asesora de las Fuerzas Militares.**

El Consejo de Estado respecto del llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares el marco legal corresponde a lo reglado por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 del 2000, El llamamiento a calificar servicios no es una simple forma de desvinculación laboral, ni tampoco una sanción, como quiera que dicha percepción implicaría, en el primer caso, la vulneración de los artículos 25 y 53 de la Constitución al no haber una justificación distinta al tiempo de servicio y sin beneficio de la pensión y en segundo lugar, la transgresión al artículo 29 de la Constitución Política, motivo por el cual, solicita se mantenga incólume el acto acusado. La Constitución Política en su artículo 217 aclara que el régimen de carrera para el personal de la Fuerza Pública, lo determinará la ley, actualmente se encuentra contenida en el Decreto Ley 1790 de 2000.

En el caso del accionante, se encontró que luego de examinar las razones del servicio que imponen la naturaleza de la función constitucional asignada a las Fuerzas Militares, esto es la defensa de la Soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional del orden constitucional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, recomendó el retiro por razones del servicio por llamamiento a calificar servicios del ahora demandante.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá D.C., 16 de agosto de 2006. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-02870-01 (4519-04)

**Que esta decisión no es producto de una sanción disciplinaria, penal o de cualquier otra índole, sino una facultad que consagra el Decreto Ley 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal militar** el cual obedece a razones de garantizar cumplir el mandato constitucional otorgado a la Fuerza Pública.

A carencia de razones definidas por la ley y la ausencia de un debido proceso, en el presente asunto, es claro que el retiro del actor se ajustó a lo previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, y no existen vicios en el procedimiento del acto acusado, por el contrario, este goza de la presunción de legalidad,

El veinticinco (25) de febrero dos mil dieciséis (2016), la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia que a ella la enviste, unificó las reglas jurisprudenciales consagradas en la **sentencia SU-091 de 2016**. Con esta providencia se considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un 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.

Causales de nulidad invocadas por la parte demandante: El actor invocó en contra de la Resolución Ministerial No. 2148 del 17 de marzo de 2016, los siguientes cargos:

a. falta de motivación; b. Violación de derechos fundamentales y c. desviación de poder y falsa motivación.

Se debe tener en cuenta que el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las calidades militares del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador. Resulta necesario precisar para retirar del servicio activo al personal uniformado de las Fuerzas Militares, por llamamiento a calificar servicios, no exige la disposición legal donde se realice un juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se persigue con este llamamiento a calificar servicios es la buena prestación del servicio y en ningún momento la penalización de las faltas de ninguna índole.

El buen desempeño e idoneidad en el desempeño de las labores encomendadas, por si solas no son fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, tal como lo ha expresado la Jurisprudencia del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional, con base en la Constitución, se dispuso un régimen especial de carrera para las Fuerzas Militares, con fundamento en este régimen han sido expedidas por el Legislador Ordinario y Extraordinario un sin número de disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de la Institución Armada, todo dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta la naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades constitucionales las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estatal.

Al respecto las decisiones que tome el Ministerio de Defensa, no son resultado de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por la Junta Asesora establecida para tal efecto, como se explicó con antelación.

No se ha vulnerado ningún derecho, ni ha existido arbitrariedad en el retiro, como se ha explicado, todo fue el producto de una decisión colegiada en pro de cumplir la función encomendada a la Fuerza Pública, y que lastimosamente debido a la esencia de la institución no puede por razones organizacionales, administrativas, permitir que todos aquellos quienes iniciaron una carrera lleguen a la cúspide, por razones diferentes, es por ello que el mismo legislador ha dado las herramientas necesarias para que en un determinado caso, prime el interés general como en este caso el cometido constitucional, contra el personal en este caso el hoy accionante.

Si todos pudieran ascender y llegar al máximo grado, no se hubieren expedido normas que reglamentan tanto el ingreso, egreso y el desarrollo de la carrera militar hasta su finalización los cuales exigen una serie de requisitos y normas que conoce el militar desde el mismo momento de su ingreso a la Institución Armada, y que todas se aplican como lo estipula la misma norma, y no, bajo criterios personales o arbitrarios, todos son el resultado de un análisis y estudio pormenorizado, donde prevalece el bien general, como lo ha manifestado el Consejo de Estado, en sus múltiples jurisprudencias.

En efecto, ha considerado Consejo de Estado que el retiro del servicio por LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, entraña el ejercicio de una facultad discrecional, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro de la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucionales y legalmente asignadas no generan por si solas fuero alguno de estabilidad no pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones.

**En conclusión, la normatividad es muy clara, señala que quien tenga 18 años o más de servicio activo en la Institución, puede ser llamado por voluntad del Gobierno a calificar servicios, con el único requisito del concepto o recomendación previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, sin más exigencias o requisitos.**

El reintegro de un miembro de la fuerza pública que haya sido retirado del servicio solo sería procedente cuando este lograre demostrar de manera clara y certera que existió una desviación de poder por parte de la entidad en el acto que ordenó su retiro, pues el Decreto 1790 solo estableció como requisito para el llamamiento a calificación de servicios que el oficial haya cumplido con los requisitos para obtener la asignación de retiro. Es decir que, a menos que la persona retirada logre demostrar de manera fehaciente la existencia de una desviación de poder, deberá respetar la discrecionalidad de la institución y si se ataca el acto, siempre se deberá en juicio partir de la presunción de su legalidad.

## **1.7.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**1.7.1.- Parte demandante:** Emitió en tiempo sus alegatos de conclusión y manifestó al respecto que se observa que el acto administrativo es contrario a la Constitución y a la ley, que vulnera toda una serie de derechos fundamentales del Mayor MANUEL

ALVEIRO HERRERA TORRES y constituye una flagrante manifestación de arbitrariedad de la administración y se encuentra viciado por desviación de poder, para el caso concreto del demandante, es evidente que no se cumplió con el requisito determinante de todo Acto Administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, a saber, permitir el ascenso o llamamiento a curso de Estado Mayor de los más sobresalientes. Lo anterior, por cuanto no existe un elemento objetivo que pueda siquiera permitir entender, el por qué se desvincula al accionante, sin tener en cuenta que el Oficial no tiene tacha alguna, pues mientras no exista una condena o sanción en contra se deberá tener como principio constitucional que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, que siempre estuvo evaluado y ubicado sin tacha alguna que siempre presentó un desempeño sobresaliente en todos los cargos que ocupó, que ya había sido preseleccionado para hacer Curso de Estado Mayor cuando presentó pruebas físicas para posteriormente ascender al grado de Teniente Coronel, para en su lugar preferir Oficiales menos sobresalientes que el actor, tanto al interior de su curso como en su arma, que se encontraban clasificados en listas y puestos inferiores.

Las pruebas aportadas al proceso, en particular la hoja de vida del Oficial, el escalafón del curso y arma, al cual pertenece el demandante, la preselección para curso al grado de Teniente Coronel de que fue objeto con tan solo algunos días de anterioridad a la decisión de retirarlo del servicio, se puede establecer con suma facilidad que **el Mayor por una parte, se encontraba clasificado en las mejores listas y en el escalafón de Oficiales**, lo que de acuerdo con los artículos 49 y 50 del Decreto 1790 de 2000 le otorgaban prelación para ascenso por clasificación y antigüedad y por otra parte, es un Oficial con un desempeño por encima del promedio general, con un desempeño excepcional, conforme el criterio fijado por el Honorable Consejo de Estado.

Se deben sumar en calidad de antecedentes laborales inmediatos del demandante que siempre estuvo clasificado en listas de 1, 2 y 3 es decir, aquellas en las que se encuentran los Oficiales, que de acuerdo con las reglas fijadas por los artículos 49 - 53 y 64 y 65, Decreto 1799 de 2000, tienen prelación para ascender al grado inmediatamente superior frente a aquellos que se encuentran por debajo en el escalafón y clasificación. Del examen de los antecedentes laborales inmediatos y mediatos del Mayor, citados anteriormente, y de todos los demás, se infiere con suma facilidad en primer lugar, que se trata de un Oficial que no solo cumplía con todos los requisitos mínimos establecidos en la Ley (artículos 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000) para ser llamado a curso sino también a ser considerado para ascenso al grado de Teniente Coronel, sino que era un Oficial excepcional, quien fue desestimado para Curso de Estado Mayor y posterior ascenso, llamado a calificar servicios para en su lugar preferir oficiales objetivamente no sobresalientes y menos sobresalientes que el demandante, y en segundo lugar, que se ignoraron los antecedentes inmediatos del Oficial que debían ser obligatoriamente tenidos en cuenta por la administración para decidir sobre su no consideración a curso y posterior ascenso y si ser llamado a calificar servicios.

De lo anterior se desprende, que la Resolución 2148 de 17 de marzo de 2016, va en contravía del ordenamiento constitucional y legal, toda vez, que a pesar de que los hechos demuestran claramente que el Mayor Manuel Alveiro Herrera Torres, ha sobresalido en todos los aspectos de su carrera militar, que es un oficial muy por encima del promedio, que de acuerdo con las evaluaciones de su desempeño anual en el grado de Mayor, siempre estuvo ubicado en las mejores listas (Antecedente Inmediato) y adicionalmente que ya había sido preseleccionado.

Para presentar las pruebas para realizar curso y ascender al grado de Teniente Coronel (Antecedente Inmediato), se ordena su no llamamiento a curso y posterior

ascenso y si su retiro por llamamiento a calificar servicios, dando preferencia a Oficiales de menor preparación, sobre todo, objetivamente clasificados por debajo del demandante.

Ahora bien, aunque se quiera dejar ver que **contra el actor cursa una investigación disciplinaria**, se evidencia los vicios del acto y en especial el de la falsa motivación, consistente en acreditar que aunque exista en curso una investigación no se puede hacer uso de la facultad discrecional a menos que por la conducta exista una afectación grave del servicio, pues el retiro debe estar sustentado en razones objetivas y no como aquí se quiere dejar ver, pues evidentemente es un disfraz de un retiro discrecional, pues debe ser proporcional al fin, perseguido que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de prevalencia del interés general, y en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer "*una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes*", sino que ha de quedar "*consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa, a través de las acciones pertinentes en caso de desviación a abuso de poder*". Es de aclarar que el comité evaluador debió haber tenido en cuenta el sin número de felicitaciones y conceptos positivos, para justificar razonablemente la decisión, porque si se requiere escoger a los mejores, porque no están estos en el llamamiento a curso para ascender al grado de Teniente Coronel con base a los principios elementales de congruencia y coherencia, no solo con realidad sino con las propias decisiones de la institución y que además el hecho de llamar a calificar servicios obedezca a la evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia, viendo que en este caso se rompió claramente la congruencia entre estos, al estar el actor mejor calificado que otros que sí ascendieron, toda vez que su labor era calificada como excelente.

**1.7.2.- Parte demandada- Nación Ministerio de Defensa -Ejército Nacional:** presentó alegatos argumentando que el señor Mayor ® MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto Ministerial No. 2148 del 17 de marzo de 2016, donde se ordenó su retiro del servicio activo con pase a la reserva "*por llamamiento a calificar servicio*".

Que como consecuencia se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a reintegrar a la Institución Castrense al cargo que ostentaba a la fecha de su retiro; así mismo pide a la judicatura que se ordene ascenderlo al grado siguiente, esto es al grado de Teniente Coronel del Ejército Nacional; finalmente solicita que se indemnice por concepto de daños morales y materiales.

Propuso al estrado judicial las causales que viciaban la ejecutoriedad del Decreto Ministerial No. 2148 del 17 de marzo de 2016, son las de "*infringir derechos fundamentales, las normas en que debía fundarse y por desviación de poder*".

Cumpliendo el rito procesal primigenio, la Entidad – Ejército Nacional- fue vinculada al juicio y dentro del término legal se opuso a todas las pretensiones de la demanda al considerar que se configuran las excepciones de mérito denominadas: i) legalidad del acto administrativo, y ii) carencia probatoria de los cargos invocados por el actor.

**El litigio fue fijado en la audiencia inicial celebrada el día 31 de mayo de 2018 y se concibe en "*determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la No. 2148 del 17 de marzo de 2016 por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un oficial superior del Ejército Nacional*", mediante el cual se retiró del servicio activo de esa institución castrense por**

**Llamamiento a calificar servicios al Mayor MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES y que fuera proferido por el Ministro de Defensa Nacional, se encuentra viciado de nulidad y por ende es procedente restablecimiento al demandante que presuntamente se encuentra afectado, o si por el contrario el aludido acto enjuiciado está acorde con la constitución y la normatividad que regula dicha materia.**

Para reforzar que en esta etapa procesal no se logra desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos, debemos resaltar que el accionante no probó la supuesta desviación de poder alegada; del mismo modo la fundamentación constitucional y legal se encuentra enmarcada dentro la legislación vigente (Decreto 1790 de 2000) aplicable al caso del señor Mayor en retiro, dado a la característica piramidal que regenta la carrera de los mandos (oficiales y suboficiales) dentro de las fuerzas militares y de policía.

La decisión del Llamamiento a Calificar servicios, implica una Facultad Discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo, éste hecho no constituye ni sanción, ni castigo, ni exclusión que difame o deshonrosa, sino es una causal de retiro que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a los miembros de las Fuerzas Militares en el evento de requerirse.

Adicionalmente para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, la ley no fija motivos que se deben o deberían ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por la misma Ley le está siendo dada a través del artículo 103 mencionado, es decir sólo es necesario que a la persona a la que se le llama a calificar servicios haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

En primer lugar, el Decreto Ley 1790 de 2000 en su artículo 99, indica que el retiro de las Fuerzas Militares, es la situación en que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin perder su grado Militar, por disposición de la autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad.

El artículo 103 de la citada norma, prevé como una de las causales de retiro **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**. <Modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006> 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.

Para hacer claridad en el alcance de esta figura se trae a colación la Sentencia No. C-072 de 1996 de la Corte Constitucional, la cual de manera clara explica la potestad de la figura y la necesidad de no fundamentarla cuando se aplica su particular característica, que precisó el retiro por llamamiento a calificar servicios: **"debe entenderse en el sentido de ser una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución (...) que se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados en la Policía Nacional, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización (sic), al permitir el ascenso de los más sobresalientes."**

**1.7.3.- El señor agente del Ministerio Público** emitió concepto manifestando que atendiendo de manera estricta la formulación del problema jurídico, en los términos en que fue planteado en la audiencia inicial, tenemos que, tanto del análisis probatorio como el jurídico en el presente expediente, se encuentran encaminados

a determinar el apego a la legalidad o no del acto administrativo **Resolución 2148 de marzo de 2016**, por medio de la cual se ordenó el retiro del servicio activo al demandante MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES, quien en ese momento se desempeñaba como Mayor al servicio del Ejército Nacional, el cual fue dictado atendiendo la recomendación efectuada por el comité de Evaluador de la respectiva fuerza.

Se encuentra plenamente demostrada la calidad del demandante, su vinculación al Ejército Nacional, así como su tiempo de servicio, adicionalmente no fue refutada su hoja de vida y la recomendación realizada por el Brigadier General Adelmo Orlando Fajardo Hernández, en la cual se concluyó que el oficial posee un perfil adecuado como militar y, en consecuencia, se solicitó al comité de ascenso se tuviese en cuenta al demandante para ser ascendido al grado inmediatamente superior.

Ahora bien, al verificar la línea jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, frente al denominado llamado a calificar servicios de miembros de la fuerza pública, se ha concluido que dicha modalidad de decisión constituye una FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN, no constituye una sanción y, en consecuencia, no deben atenderse los requisitos y límites que se predicen cuando estamos en presencia del denominado derecho administrativo sancionatorio, adicionalmente se ha planteado que el llamamiento a calificar servicios opera tanto para los integrantes de las Fuerzas Militares como para los de Policía Nacional.

Al respecto se ha señalado además que, el acto mediante el cual se ejercite tal facultad no debe ser motivado, ya que la finalidad del mismo justifica un contenido extra textual, que debe entenderse como las verdaderas razones que inspiran la toma de la decisión, frente a este punto se concluyó recientemente por el Consejo de Estado.<sup>2</sup>

*“En pocas palabras, la Corte Constitucional establece que el llamamiento a calificar servicios, además de no ser una figura sancionatoria, de despido o de descrédito, como facultad discrecional forma parte de las funciones 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 es propio». En ningún momento hace referencia a la necesidad de motivar el acto de retiro, tanto para el llamamiento a calificar servicios como para el retiro por voluntad del Gobierno nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional (artículo 8.0 del Decreto 573 de 1995).*

*Tiempo después, este mismo Tribunal Constitucional, en sentencia SU-91 de 25 de febrero de 2016,<sup>2</sup> en lo que se refiere a la motivación del acto de retiro, advirtió:*

[...]

*3.9.13.2. En cuanto 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*

<sup>2</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección 11, Sub sección B, de fecha 04 de mayo de 2017, radicado 2013-00111, consejero ponente CARMELO PERDOMO CUETER.

(ii) ser acreedor de la asignación de retiro. En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015, 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"** (negrilla fuera de texto).

Es decir, este Cuerpo Colegiado rectificó su posición, respecto de la asumida en algunas de las decisiones de tutela, en que sostenía que para aplicar la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios no basta aducir que el funcionario cumple los requisitos para adquirir la asignación de retiro, pues dicho postulado es el que permite a la autoridad competente hacer uso de la facultad discrecional. En efecto, Esta potestad « [...] *al igual que la de llamamiento a curso y cambio de fuerza, es constitucional cuando se motiva de acuerdo a los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad, para lo cual poseen diversos elementos de evaluación*»

Más adelante, 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 extra textual contemplada en las normas sobre la materia*. Así 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 extra textual 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*». 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 un acto de discriminación o fraude, cosa que no se probó en durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Atendiendo el análisis jurisprudencial efectuado en precedencia, el cual resulta ajustado a nuestro ordenamiento jurídico y no conculca ninguno de los principios constitucionales que inspiran los mandatos normativos, debemos concluir en el presente caso que, al tratarse de un acto discrecional, que no requiere de motivación, el cual no constituye una sanción de ningún tipo, la decisión adoptada por la demandada de llamar a calificar servicios al demandante se encuentra ajustada a derecho.

Adicionalmente, atendiendo el material probatorio recaudado durante el trámite procesal no se vislumbra la presencia de ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, con lo cual ha de darse aplicación al precepto contenido en el artículo 88 del CPACA.

**Conclusión:** De manera respetuosa solicita se despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, pues el llamado a calificar servicios es una figura prevista normativamente para los miembros del Ejército Nacional, la cual reviste la categoría de decisión discrecional que no requiere motivación. Ahora bien, ello no implica que no pueda ser declarada ilegal, pero para ello han de acreditarse en debida forma cualquiera de las causales de nulidad de los actos administrativos, lo cual no ocurren en el evento bajo análisis.

Al verificar el material probatorio no se logra derrumbar la presunción de legalidad de los actos administrativos, prevista normativamente en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

### 2.1.- COMPETENCIA Y OTROS ASPECTOS PROCESALES:

Constatado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado. De igual manera, al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (artículo 155 numeral 6º del CPACA), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, procede a resolver los extremos de la litis planteada, en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem.

### 2.2.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA:

**Por activa:** Se encuentra documentada la legitimación en la causa del demandante, quien actúa a través de apoderado judicial (fol. 1), con las pruebas aportadas al plenario, demuestra que fue retirado del servicio activo, con pase a la reserva, cuando se desempeñaba en el grado de Mayor del Ejército Nacional (fol. 31-33), y presentó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría (fol. 34-37), con el fin de que sea reintegrado conforme a las pretensiones y hechos de la demanda.

**Por pasiva:** Se trata de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, entidad quien profirió las Actas números 1106 y 1218 de 2015, mediante las cuales retiraron definitivamente al demandante del servicio activo y lo pasaron a la reserva,

otorgándole su asignación de retiro (fol. 54-59) además, fue notificada en debida forma (fol. 70), entidad que constituyó apoderado judicial, quien contestó la demanda (fol. 75 a 95) y presentó alegatos de conclusión (fol. 208 a 219).

### **2.3.- CADUCIDAD Y OTRO:**

Así mismo, los presupuestos procesales se encuentran reunidos y la demanda donde se invoca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue interpuesta en oportunidad para ello, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 138 del CPACA, como la Resolución número 2148 del 17 de marzo de 2016, en su artículo 1 ordenó retirar al demandante del servicio activo de las Fuerzas Militares, más los 3 meses para darle de alta, consagrados en el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, darían el 18 de junio de 2016 (fol. 31, 32 y 33), y como quiera que la conciliación extrajudicial adelantada en la Procuraduría se radicó el 13 de julio y se declaró fallida el 30 de agosto del 2016 (fol. 36 y 37), y la demanda se radicó el 14 de octubre de 2016 (fol. 30), se tendrá por presentada en términos, de igual forma, la suma solicitada como pretensiones no supera los 50 SMLMV (fol. 27), se informa que la última parte donde trabajó el ex militar fue la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal- Casanare (fol. ); Artículos 156, 157 y 161 del CPACA, además, aparece la Constancia de fecha 30 de agosto de 2016, expedida por la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Yopal - Casanare, donde consta que se agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Extrajudicial (fol. 36-37).

### **2.4.- PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO:**

En la audiencia inicial realizada el día 31 de mayo de 2018, a la cual asistieron las partes, se determinó por el despacho de origen que el problema jurídico estaba dado en los siguientes términos:

*El litigio en sus presupuestos fácticos y jurídicos se contrae a determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la No. 2148 del 17 de marzo de 2016 por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un oficial superior del Ejército Nacional, mediante el cual se retiró del servicio activo de esa institución castrense por llamamiento a calificar servicios al Mayor MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES y que fuera proferido por el Ministro de Defensa Nacional, está viciado de nulidad y por ende es procedente restablecimiento al demandante que presuntamente se encuentra afectado, o si por el contrario, el aludido acto enjuiciado está acorde con la constitución y la normatividad que regula dicha materia.*

### **2.5 MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL PLENARIO**

#### **2.5.1 Documentales arrimadas con la demanda:**

- i.- Copia de la Resolución No. 2148 del 17 de marzo de 2016, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares al demandante (fol. 31-33).
- ii.- Copia de la Conciliación Extrajudicial realizada en la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos (fol. 34-35)

iii.- Copia de la constancia de la Conciliación Extrajudicial declarada fallida, del 30 de agosto de 2016, emitida por la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos (fol. 34-35)

iv.- Copia del concepto de idoneidad profesional del señor Manuel Alveiro Herrera Torres (fol. 38-39).

v.- Copia del extracto de hoja de vida señor demandante (fol. 40-53).

vi.- Copia del Acta 1106 del 8 de septiembre de 2015, que tiene como asunto la evaluación final del estudio por parte del comité de evaluación de los oficiales de grado mayor considerados para integrar los cursos CEM- CIM 2016 (fol. 54-56).

vii.- Copia del Acta 1218 del 14 de septiembre de 2015, que tiene como asunto la evaluación por parte del comité de estudio de las solicitudes de reconsideración elevadas por los señores oficiales de grado mayor quienes no fueron considerados para integrar los cursos CEM- CIM 2016 (fol. 57-59).

### **2.5.2 Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:**

1.- Oficio No. 20173052064471 del 23 de noviembre de 2017.

2.- Copia íntegra, legible y auténtica de la Resolución No. 2148 del 17 de marzo de 2016, y acta de comunicación o notificación al interesado.

3.- Copia del Extracto Hoja de Vida del Mayor ® Manuel Alveiro Herrera Torres con C.C. No. 71. 944.403.

4.- Copia del Acta No. 1106 del 08 de septiembre de 2015 del Comité Evaluador que trata la evaluación final del estudio y recomendación de los Oficiales de grado Mayor considerados para integrar cursos CEM-CIM2016.

5.- Copia Acta No. 12 del 26 de noviembre de 2015 mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares decidió excluir al actor de los oficiales que fueron ascendidos a Teniente Coronel en 2015, con fundamento en la evaluación efectuada por el comité designado por el Comando del Ejército para ese efecto.

6.- Copia del Decreto No. 0562 del 27 de marzo de 2015, que determina la Planta de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para la vigencia 2015.

7.- Oficio No. 690 CREMIL del 16 de noviembre de 2017.

8.- Copia del Acto administrativo por medio del cual se le reconoce asignación de retiro al Mayor.® Manuel Alveiro Herrera Torres con C.C. No. 71.944.403.

9.- Copia Auténtica del expediente prestacional del demandante.

10.- Oficio No. 20173081960921 del 3 de noviembre de 2017.

11.- Certificación de tiempo de servicios.

12.- Certificación de haberes.

- 13.- Certificación de última unidad de servicio.
- 14.- Extracto de la Hoja de vida del convocante.
- 15.- Declaraciones extra juicio.
- 16.- Concepto favorable de idoneidad
- 17.- Los testimonios recibidos en la audiencia de práctica de pruebas de los señores: Wilson Gerardo Bejarano Herrera, Salomón Robayo Nieto y Guillermo León Alomía Valencia.
- 18.- Constancia de agotamiento de conciliación prejudicial.

**2.5.3 Testimoniales:** En la audiencia de pruebas, se recibieron 3 testimonios, de los cuales 1 fue presencial y 2 de oídas, todos pedidos por la parte demandante, los cuales se resumen así:

<b>WILSON GERARDO BEJARANO HERRERA C.C. No. 79.715.479 de Bogotá</b>
Manifestaciones relevantes en la audiencia de pruebas
Estado civil casado, tengo 3 hijos, mi profesión u oficio actual es independiente, retirado de las fuerzas militares hace dos años del grado de Mayor, estuve vinculado en las fuerzas militares de marzo de 1995 hasta el mes de marzo del año 2016, mi último lugar de prestar mis servicios fue en la Brigada XVI de Yopal, en el periodo comprendido entre mediados del año 2013 y mediados del año 2016, no fui tenido en cuenta para curso de ascenso y posteriormente fui retirado de la Fuerza.
Conozco a Manuel Albeiro Herrera Torres desde el año 1998, cuando ingresamos a la fuerzas militares de cadetes a formarnos como oficiales del Ejército, todo el tiempo hemos estado en comunicación a parte de la relación profesional, tenemos relación de amistad, he sabido de sus traslados, sus experiencias y profesiones, tengo conocimiento que nunca fue sancionado, siempre en los cargos que ocupó tuvo buena anotaciones en su folio de vida, cuando trabajé junto a él en la XVI Brigada de Yopal me consta que es un oficial con excelentes condiciones.
La calificación para ascender se ve reflejada en el folio de vida, donde cada anotación tiene un puntaje, la parte académica tiene puntaje, al ser llamado para ascenso se tiene una calificación con base en lo anterior y se tiene un escalafón de todos los calificados y mi compañero Herrera siempre estuvo entre el primer tercio entre los calificados.
La causa de mi retiro fue no estar tenido en cuenta para curso de ascenso y posteriormente fui llamado a calificar servicios.

<b>SALOMÓN ROBAYO NIETO C.C No. 79.167.017</b>
Manifestaciones relevantes en la audiencia de pruebas.
De estado civil viudo, tengo una hija, actualmente militar activo como Mayor del Ejército Nacional, trabajo en la V Brigada con sede en Bucaramanga.
Conozco de vista, trato y comunicación al señor Manuel Albeiro Herrera Torres, en la escuela militar de cadetes General José Mauricio Córdoba, donde éramos alumnos, teníamos contacto y lo empecé a distinguir, posteriormente, en el año 2012 tuvimos nuevamente contacto en el departamento de Santander y finalmente en Yopal, durante el año 2015 tuvimos contacto directo en cuanto a trabajo.

Me consta que en el tiempo que pude compartir con él es una persona totalmente consagrada al trabajo, dedicada a la institución, era normal verlo un día domingo trabajando, me sorprende que no sea llamado a hacer el curso de ascenso, ya que es una persona íntegra y dedicada cien por ciento a su trabajo.

La evaluación o desempeño de un militar lo realiza el superior inmediato, el comandante de la repartición o de unidad militar es quien lleva ese tipo de registros. El comandante de la XVI Brigada de Yopal era el coronel Piragauta, quien no tuvo ningún problema personal o profesional con el señor Manuel Albeiro Herrera Torres, según mi conocimiento.

En la carrera militar hay muchos aspectos que abarcan a un militar, por lo que se juzga y se hacen comparaciones con otros compañeros, en esa clase de toma de decisiones que se hacen, se cuestiona que tan acertada fue la decisión de llamar a un oficial o no, lo digo porque yo tuve la oportunidad de ser llamado a curso de ascenso para Teniente Coronel que es el caso que nos ocupa, porque yo me comparo con el desempeño del señor Manuel Albeiro Herrera Torres, quien ha sido más dedicado y se ve marcado un grado de injusticia. De acuerdo a mi experiencia, la institución no es perfecta en esa clase de decisiones, hay muchas fallas, soy conocedor del caso de Manuel Albeiro Herrera Torres y de muchos otros casos emblemáticos donde hay una marcada injusticia en el procedimiento.

**GUILLERMO LEÓN ALOMA VALENCIA C.C No. 76.318.873**

Manifestaciones relevantes en la audiencia de pruebas (minuto)

De estado civil Casado, tengo 3 hijos, soy sargento Mayor en uso de buen retiro y actualmente no tengo ninguna ocupación, pertencí a las fuerzas militares hasta el año 2017, durante 24 años ininterrumpidos con servicio activo a la institución.

Conozco de vista, trato y comunicación al señor Albeiro Herrera, por ser militar, de tiempo atrás cuando estuvimos en fuerzas especiales, igualmente en el año 2014 él se desempeñaba como Director del centro de reclusión militar, yo era el jefe de personal de la unidad.

Yo fui subalterno del señor Albeiro Herrera de quien recibía órdenes directas, era un excelente comandante, una persona honesta, transparente, respetuosa, tiene gran conocimiento y con capacidad para dirigir, cumplió a cabalidad con todos los parámetros y normatividad durante su cargo de Director del Centro de Reclusión Militar.

El competente para calificar al señor Albeiro Herrera, era una persona superior y la persona era directamente de Bogotá, el folio de vida no lo conozco, puesto que es de uso restringido ya que es conocido por el evaluador y revisor que son grados superiores.

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho al reintegro a las filas de las Fuerzas Militares de Colombia, o por el contrario, la negativa de la entidad demandada Nación- Ministerio de Defensa, se ajusta a la normatividad vigente sobre dicha materia.

## **2.6 APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO**

A manera ilustrativa considera este operador judicial que previo a analizar de fondo la controversia planteada en precedencia, es necesario hacer un recuento respecto de la normatividad relacionada con el tránsito efectuado el retiro de los Oficiales de las Fuerzas Militares que pasan a la reserva con asignación de retiro. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado al respecto lo siguiente:

**CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 4 de abril de 2019. Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación: 08001-23-33-000-2014-01097-01 (1379-2017). Demandante: Juan Carlos Jaimes Bedoya. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Temas: Retiro del servicio. Llamamiento a calificar servicios. Reintegro. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA Ley 1437 de 2011 Sentencia O-053-2019.**

ASUNTO La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral A, que denegó las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico: En ese orden, el problema jurídico se resume en la siguiente pregunta:

¿El acto de retiro del señor Juan Carlos Jaimes Bedoya proferido por el Ministerio de Defensa, por llamamiento a calificar servicios, se encuentra viciado de nulidad, por una presunta desviación de poder y falsa motivación en su expedición?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: el señor Juan Carlos Jaimes Bedoya no demostró que su retiro como mayor del Ejército Nacional, fue concebido con vicios que permitan declarar su nulidad, como pasa a explicarse.

#### 1 Del retiro del personal de las Fuerzas Militares.

El marco general del retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, está consagrado en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, que al tenor literal previeron:

«**ARTÍCULO 99. RETIRO.** Retiro de las Fuerzas militares es 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 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.

Los retiros de oficiales 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.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto. [...]».

Por su parte, el artículo 100 señaló las causales de retiro en los siguientes términos:

«**ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** 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; [...]». (Subrayas fuera de texto).

Y el artículo 103, sobre el retiro discrecional preceptuó:

«**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.»

Conforme a la normativa en cita, se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es el llamamiento a calificar servicios y el único requisito que se exige para disponer esta medida es que el oficial o suboficial haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

### ▮ **Retiro por llamamiento a calificar servicios**

Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro.

La causal de retiro en comento, se constituye en un instrumento importante para la administración, que permite el relevo generacional dentro de la línea jerárquica dentro de actuación que supone el ascenso de algunos miembros y la separación del servicio de otros, de ahí la especial connotación que adquiere frente a otras formas de retiro laboral. Tal característica ha sido objeto de análisis de la jurisprudencia en varias oportunidades. En efecto, la Corte Constitucional sostuvo:

«[...] "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 fuera de texto).

Igualmente, el pronunciamiento contenido en la **sentencia SU-91 de 2016** se refirió al tema de motivación en el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios para indicar que en este caso, aquella 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, regla que en la sentencia SU-217 de 2016, juzgó conveniente para promover 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 esta última providencia la Corte hizo énfasis en 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 que es claro que no es exigible que el nominador exponga razones adicionales para la adopción de la decisión.

Por su parte el Consejo de Estado ha sostenido que el llamamiento a calificar servicios corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las fuerzas armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal, en desarrollo de la cual el nominador tiene libertad para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por otra parte, frente a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, esta Corporación 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.

[...]

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. [...]»

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, dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, el buen cumplimiento de las funciones, ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo.

De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro.

Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley y para que proceda solamente es necesario que el policial demuestre: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Colofón, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con ocasión de la prerrogativa de llamamiento a calificar servicios, no debe motivarse, sin embargo, cuando como en este caso, se advierten sus fundamentos en el acto enjuiciado, el juez debe analizar aquellos, con el fin de verificar la administración atendió los límites legales y constitucionales.

## De la falsa motivación

Conforme a los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, que consagran los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos pueden ser impugnados, entre otras causales, por falsa motivación del acto.

En este sentido, el Consejo de Estado ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida, llamado falsa motivación.

Por ello, ha explicado que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Según lo precedente, esta Corporación ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, y iv) razones que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

#### ▮ **La desviación de poder**

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones administrativas no gozan de autonomía, al contrario, es heterónomo, toda vez que la ley regula deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6.º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Bajo dicho entendido, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]» .

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el

eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]

Así las cosas, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley. En esos términos, al tratarse la conducta de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, esta Corporación ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder desde esta misma óptica. Al respecto:

«[...] La desviación de poder ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. [...]» (Subrayas fuera de texto).

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder transita por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido lo siguiente: «[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»

## 2.7 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

La decisión del Llamamiento a Calificar servicios, implica una Facultad Discrecional si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo, éste hecho no constituye ni sanción, ni castigo, ni exclusión o deshonrosa, sino es

una causal de retiro que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a los miembros de las Fuerzas Militares en el evento de requerirse.

Adicionalmente para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, la ley no fija motivos que se deben o deberían ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por la misma Ley le está siendo dada a través del artículo 103 mencionado, es decir sólo es necesario que a la persona a la que se le llama a calificar servicios haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

En principio, el **Decreto Ley 1790 de 2000** en su artículo 99, indica que el retiro de las Fuerzas Militares, es la situación en que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin perder su grado Militar, por disposición de la autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad.

*El artículo 103 de la citada norma, prevé como una de las causales de retiro el LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006> 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.*

*Para hacer claridad en el alcance de esta figura se trae a colación la siguiente sentencia de la Corte Constitucional, la cual de manera clara explica la potestad de la figura y la necesidad de no fundamentarla cuando se aplica dadas sus particulares características.*

#### **Sentencia No. C-072/96**

*(...) La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por " Calificar Servicios", acepción que implica el ejercicio de una facultad 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 deshonrosa, (...) 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.*

*Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo es una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.*

*Declarar la inexecutable total del precepto, llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores.*

*En este orden, precisaron que en atención a la sentencia C-072 de 1996 de la Corte Constitucional, el retiro por llamamiento a calificar servicios "debe entenderse en el sentido de ser una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución (...) que se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados en la Policía Nacional, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización (sic), al permitir el ascenso de los más sobresalientes."*

Adicionalmente esta Corporación analizó la exequibilidad de la disposición según la cual el llamamiento a calificar servicios procede en virtud del cumplimiento del término de servicios a la institución previsto en la ley. Al respecto, luego de advertir que “la disposición acusada no obliga al Ejecutivo ni a la Policía Nacional a efectuar el llamamiento a calificar servicios cuando el oficial o suboficial haya cumplido los quince años en la Institución.”, esta Corte precisó:

“[E]l llamamiento a calificar servicios (...) [es un] 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.

Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.” (Negrilla fuera del texto original).

En síntesis, el retiro del servicio activo de oficiales bajo la causal de llamamiento a calificar servicios es una modalidad de desvinculación adoptada mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional, que implica el cese de la obligación de prestar servicios a la institución. Esa modalidad de desvinculación sólo procede cuando el oficial ha cumplido más de 18 años de servicio. Así, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el llamamiento a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de las fuerzas militares.

De las normas que regulan el retiro de oficiales por llamamiento a calificar servicios:

**El Decreto 1211 de 1990** fue expedido para regular el ingreso, la jerarquía, clasificación, escalafón, formación, ascenso, las asignaciones y prestaciones salariales del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Sobre el retiro de la fuerza castrense sostuvo:

ARTICULO 128. RETIRO. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en que por disposición del Gobierno, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad.

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de Oficiales Generales o de Insignia e inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

ARTÍCULO 132. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO. Los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, o voluntad del Comando de la respectiva Fuerza, según el caso, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 142 de este Decreto

ARTÍCULO 142. LLAMAMIENTO ESPECIAL AL SERVICIO: esto obedece al objetivo de entrenamiento o para satisfacer necesidades orgánicas de las Fuerzas o hacer frente a las exigencias de la seguridad nacional.

ARTÍCULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

ARTÍCULO 170. CÓMPUTO DE TIEMPO. Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidar el tiempo de servicio, a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, con un máximo de dos (2) años; c. El tiempo de servicio como Oficial o Suboficial.

Por su parte el **Decreto Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006** sostienen:

ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es 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.

Los retiros de oficiales 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.

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.

3. Por llamamiento a calificar servicios

ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. 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

Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016.

**En sentencia SU-091 de 2016 se unificó los criterios de motivación, control de legalidad y discrecionalidad de los retiros en las Fuerzas Militares y la Policía.**

Lo referente a la motivación el 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." es decir, los requisitos objetivos son tener tiempo mínimo de servicios y ser tener derecho a la asignación de retiro.

Con respecto al tiempo mínimo señalado por la ley para que se pueda aplicar la figura de llamamiento a calificar servicios, la Sala Plena de este Tribunal advirtió que este requisito constituye una garantía para el servidor público en cuanto asegura que una vez sea desvinculado de la institución, como mínimo, tenga derecho al pago de un porcentaje de las partidas computables pertinentes equivalentes a una pensión de jubilación, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación.

La Corte concluyó que esta causal constituye una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, En ese sentido, la sentencia advirtió que:

*“Es importante llamar la atención que si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia”.*

Del mismo modo, la Corte advirtió que la decisión administrativa puede ser objeto de control jurisdiccional cuando se trate de un uso ilegítimo y cuando sea discriminatorio; impuso la carga probatoria a quien alega las actuaciones fraudulentas para desvirtuar la legalidad del retiro por llamamiento a calificar servicios. Sobre este punto dijo:

*“(…) 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. ”*

***Esta tesis fue ratificada por la alta corte en SU 271 donde se expuso los mismos criterios o reglas jurisprudenciales registradas en la sentencia unificadora presentada como sustento jurisprudencial obligatorio para el poder público del Estado.***

La posición del **Tribunal Administrativa de Casanare** con anterioridad a las Sentencias Unificadoras de la Corte Constitucional había adoptado la decisión de que por la naturaleza de la carrera militar no todo oficial debía en forma automatizada llegar a la cúspide del escalafón, sino que podía ser retirado bajo la causal de llamamiento a calificar servicios sin que esto se equipara o se confundiera con la facultad discrecional del Gobierno. Frente a las irregularidades que se configuraran con la expedición de estas decisiones administrativas sostuvo que la carga probatoria está en cabeza del demandante.

*“4.8 puesto que la permanencia y el ascenso en la pirámide del escalafón castrense no son derechos subjetivos, cumplió el lapso mínimo para adquirir el pase a reserva con asignación de retiro, la Administración puede adoptar la última determinación sin que el afectado pueda oponer la mera expectativa que tenía de llegar al máximo grado de generalato. De ahí que, si se rebela jurídicamente contra lo resuelto, tenga que probar, no solo predicar, la desviación de poder; esta, por lo demás, no surge porque el juez la suponga. Los hechos indicadores tienen que demostrarse; la correlación causal entre ellos y el acto acusado, demostrarse argumentativamente. Es lo que esta colegiatura no encuentra en el plenario; ni la prueba completa de los hechos indicadores, ni los elementos de juicio para construir la inferencia.”<sup>3</sup>*

*En reciente pronunciamiento<sup>4</sup> del 27 de julio de 2017, y en atención a su línea jurisprudencial y los pronunciamientos de las altas cortes, reitero la obligación de demostrar los cargos invocados contra los actos administrativos de retiro por llamamiento:*

*Esa apertura al control judicial pleno requiere análisis caso por caso y carga demostrativa al cuidado de quien demanda, Luego si enrostra tales vicios, deberá demostrar sus presupuestos fácticos,*

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Dr. Néstor Trujillo González. Sentencia del 14 de agosto de 2014. Radicado 850013333702-2012-00091-01 demandante: MARTIN VERDUGO VALDERRAMA, demandado NACION MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL.

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Dr. Néstor Trujillo González. Radicado 850012333002-2016-00179-00 demandante: OSCAR GIRALDO GARCIA.

*Tratándose de quien se ha convocado a curso de oficial de Estado Mayor, sin ser luego ascendido pese a que lo haya probado, menester lo será que pruebe que otros oficiales con calificación inferior a la suya en ese proceso de formación, o con méritos o virtudes o perfil ocupacional menores al propio o diferentes al que requiera la respectiva fuerza, han pasado por encima de su rango. Predicamento que dista bastante de ser simplemente argumentativo, pues tendrá que descender a las realidades de los hechos probados.*

**El Tribunal Administrativo de Casanare** en decisión del 13 de junio de 2018<sup>5</sup>, decidió sobre el tema del retiro de oficiales por calificación de servicios, que tienen su sustento extralegal y quien invoque irregularidades en su expedición debe ser objetiva su demostración y no solo argumentativa.

*“ Sin embargo, si en el concepto previo a la decisión de la autoridad nominadora o en esta se consignan motivos específicos, relativos a la ponderación del desempeño o la conveniencia de la permanencia del militar, (o policía) en la fuerza, deben ser ciertos y estarán sometidos al control judicial; si en la demanda se opone la revelación de presuntas razones ajenas o contrarias a los fines legales de esa causal de desvinculación, quien pretenda hacer valer presupuestos fácticos de dicho tenor tendrá que demostrarlos. Aquí no operan presunciones.*

2.2.1 En el derecho viviente que ofrecen los dos cortes de cierre de las jurisdicciones constitucional y administrativa ha quedado determinado que la potestad de llamar a calificar servicios a militares y policías de carrera no requieren motivación, pues esta proviene directamente de la ley y solo tiene dos condiciones extra textuales: tiempo mínimo de permanencia en la fuerza, acorde con ciertas particularidades de régimen y rango, que garantice derecho a la asignación de retiro a partir de la desvinculación; y concepto o dictamen del respectivo órgano colegiado que debe intervenir en el proceso decisorio del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

*Coinciden igualmente los dos órganos límite en que dicha particularidad del régimen de llamamiento a calificar servicios no excluye el control judicial de motivos y fines en cada ocasión concreta, con carga general de prueba al cuidado de quien demanda con aspiración de quebrar la presunción de legalidad de los actos acusados.”*

## 2.8 CONCLUSIONES DEL CASO EN CONCRETO

Para resolver el fondo del asunto en el presente caso, se debe tener en cuenta que el señor Mayor ® MANUEL ALVEIRO HERRERA TORRES solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto Ministerial No. 2148 del 17 de marzo de 2016, donde se ordenó su retiro del servicio activo con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicio y como consecuencia se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a reintegrarlo al cargo que ostentaba a la fecha de su retiro; de igual manera, se ordene ascenderlo al grado de Teniente Coronel del Ejército Nacional; finalmente solicita que se indemnice por concepto de daños morales y materiales.

Se encuentra plenamente demostrada la calidad del demandante, su vinculación al Ejército Nacional, así como su tiempo de servicio, no fue refutada su hoja de vida y la recomendación realizada por los superiores, que concluyeron que el oficial posee un perfil adecuado como militar y, en consecuencia, se solicitó al comité de ascenso se tuviese en cuenta al demandante para ser ascendido al grado inmediatamente superior.

<sup>5</sup> Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Dr. Néstor Trujillo González. Radicado 850013333002-2014-00309-01 demandante: EDGAR JAVIER RIVAS ESCOBAR

Respecto de la **línea jurisprudencial de la Altas Cortes** (Constitucional y Consejo de Estado), frente al denominado "*llamado a calificar servicios*" de los miembros de la fuerza pública, se ha concluido que dicha modalidad de decisión constituye una facultad discrecional de la Administración, no constituye una sanción y, en consecuencia, no deben atenderse los requisitos y límites que se predicen cuando estamos en presencia del denominado derecho administrativo sancionatorio, adicionalmente se ha planteado que el llamamiento a calificar servicios opera tanto para los integrantes de las Fuerzas Militares como para los de Policía Nacional.

Al respecto se ha señalado además que, **el acto mediante el cual se ejercite tal facultad no debe ser motivado**, ya que la finalidad del mismo justifica un contenido extra textual, que debe entenderse como las verdaderas razones que inspiran la toma de la decisión, frente a este punto se concluyó recientemente por el Consejo de Estado.<sup>6</sup>

*"En pocas palabras, la Corte Constitucional establece que el llamamiento a calificar servicios, además de no ser una figura sancionatoria, de despido o de descrédito, como facultad discrecional forma parte de las funciones 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 es propio>>. En ningún momento hace referencia a la necesidad de motivar el acto de retiro, tanto para el llamamiento a calificar servicios como para el retiro por voluntad del Gobierno nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional (artículo 8.0 del Decreto 573 de 1995).*

Tiempo después, este mismo Tribunal Constitucional, en **sentencia SU-91 de 25 de febrero de 2016**, en lo que se refiere a la motivación del acto de retiro, advirtió:

*"3.9.13.2. En cuanto 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 tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015, 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".*

De esta manera, se rectificó su posición, respecto de la asumida en algunas de las decisiones de tutela, en que sostenía que para aplicar la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios no basta aducir que el funcionario cumple los requisitos para adquirir la asignación de retiro, pues dicho postulado es el que permite a la autoridad competente hacer uso de la facultad discrecional. En efecto, Esta potestad « [...] al igual que la de llamamiento a curso y cambio de fuerza, es constitucional cuando se motiva de acuerdo a los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad, para lo cual poseen diversos elementos de evaluación»

---

<sup>6</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección 11, Sub sección B, de fecha 04 de mayo de 2017, radicado 2013-00111, consejero ponente CARMELO PERDOMO CUETER.

Es más adelante, 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:

[...]

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 extra textual contemplada en las normas sobre la materia.* Así 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 extra textual 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.** 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 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.

Atendiendo el análisis jurisprudencial efectuado en precedencia, el cual resulta ajustado a nuestro ordenamiento jurídico y no conculca ninguno de los principios constitucionales que inspiran los mandatos normativos, debemos concluir en el presente caso que, al tratarse de un acto discrecional, que no requiere de motivación, el cual no constituye una sanción de ningún tipo, la decisión adoptada por la demandada de llamar a calificar servicios al demandante se encuentra ajustada a derecho.

De esta forma, dado que el acto administrativo de retiro del servicio del aquí demandante por llamamiento a calificar servicios se encuentra motivado, el Despacho procederá a analizar aquellos y verificará si se advierte la falsa motivación y la desviación de poder.

*Por consiguiente, en aplicación de la sinopsis normativa y jurisprudencial relativa al retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, se encuentra probado lo siguiente en el sub lite:*

Según se desprende del **extracto de hoja de vida obrante de folios 115 a 195**, el Mayor ® Herrera Torres, ingresó como cadete y prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 4 meses, su último cargo fue el de Mayor, en la Décimo Sexta Brigada de Yopal- Casanare.

Conforme se observa, **mediante Acta 12 del 26 de noviembre de 2015**, expedida por la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, **la cual recomendó para retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios**, entre otros, al señor **Manuel Alveiro Herrera Torres**.

Según se vislumbra a folios 116 y 117, el Ministro de Defensa Nacional a través de **Resolución 2148 del 17 de marzo de 2016**, **retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares**, en forma temporal con pase a reserva «por llamamiento a calificar servicios», entre otros, al señor demandante, en virtud a los siguientes argumentos:

*«[...] Que la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión ordinaria de fecha 26 de noviembre de 2015, registrada en acta N. 12, sometió a consideración el retiro por Llamamiento a Calificar Servicios, del señor Mayor HERRERA TORRES MANUEL ALVEIRO identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.944.403, así:*

*“Que de conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, consagra que la ley determinará el régimen especial de carrera para el personal de las Fuerzas Militares, que actualmente se encuentra contenida en el Decreto 1790 de 2000.*

*Que el Decreto Ley 1790 de 2000 (modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006) en su artículo 99 indica que el retiro de las Fuerzas Militares, es 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.*

*[...]*

*Que la atribución concedida por el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, hace parte de las inherentes al ejercicio de poder jerárquico de mando y conducción de las Fuerzas Militares, 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 con base en las apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional según el cometido que le es propio (Sentencia C-072/96).*

*Que para proceder a la recomendación correspondiente, es menester tener en cuenta aspectos especiales de índole institucional y legal, que irradia la carrera militar, necesarios para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales, entre ellos, observar que el concepto de buen servicio no se ciñe solo a las calidades laborales del servicio, sino a circunstancias de conveniencia, oportunidad, que corresponde sopesar al Nominador.*

*(...)*

**Que recibido el concepto negativo por parte del comité de evaluación para que presentara exámenes de admisión para continuar el curso CEM 2106 (sic), tomando en consideración que en la historia laboral se encontraron anotaciones de demérito, por condiciones profesionales, capacidad de planeamiento operacional, aunado a la falta de preparación para presentar la revista de inspección, que fue relevado de la Dirección del Centro de Reclusión Militar de Yopal. Ocupó el puesto 43 de 73 oficiales de arma de infantería, sometidos a estudio. Aspectos estos que conllevan la pérdida de confianza del mando para desempeñar cargos de mayor responsabilidad en la vida militar, situación que afecta el servicio puesto que no le podrían asignar las tareas que corresponden a todo militar especialmente en el grado que optaría en caso de ser ascendido.** (Subrayado por el despacho).

*Que si bien es cierto, el señor Mayor HERRERA TORRES MANUEL ALVEIRO tuvo condiciones y capacidades profesionales y militares, que le permitieron alcanzar el grado actual, estas conforme a la evaluación realizada por el comité de Evaluación según Acta No. 1106 registrada al folio No. 112 del 08 de septiembre de 2015, no permiten sostener la continuidad del señor Oficial en la Institución*

*Castrense, aspecto que sustenta el mejoramiento continuo de del servicio conforme a la Constitución y la ley [...]».*

Que nombrado el correspondiente Comité de Estudio para la evaluación respectiva del personal de Mayores aspirantes a presentar exámenes de admisión para ingresar al Curso CEM-CIM, éste no lo recomendó, dado que al estudiar su historia laboral, se encontraron consideraciones que determinan que el desempeño, no llena las expectativas establecidas por el Comando de la Fuerza, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones de los cargos desempeñados por el personal militar en el grado de Mayor, teniendo en cuenta los registros que se encontraron en su folio de vida, los cuales fueron notificados en debida forma y eran susceptibles de recursos de acuerdo con la normatividad vigente.

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, **después de estudiar la propuesta sometida a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional**, teniendo en cuenta que los Oficiales que se presentaron, tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y artículo 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, por unanimidad recomienda el retiro del servicio activo por llamamiento a Calificar Servicios del Mayor hoy demandante.

Como quiera el **Decreto Ley 1790 de 2000**, modifica las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es pertinente tener en cuenta para el caso que nos ocupa, que el **artículo 3°** de la norma antes citada establece el escalafón de cargos, lo que permite constituir la base para determinar la planta de personal de las Fuerzas Militares **con base en las necesidades del servicio de la Institución**.

Por otra parte, **el cumplimiento de las funciones asignadas, así como la existencia de reconocimientos, condecoraciones y felicitaciones, corresponde al deber ser de todo militar, por ello, dichas situaciones no constituyen “fuero de estabilidad”**. Como efectivamente se corroboró con los **testimonios rendidos al plenario en la audiencia de pruebas**, el ahora demandante se desempeñó y cumplió a cabalidad sus funciones, demostrando decoro y responsabilidad en sus actos, inclusive en la investigación disciplinaria que se adelantó injustamente contra él, su actuar con los particulares y el adecuado trato con los demás efectivos militares, hacen del Mayor una persona idónea para tenerse en cuenta para presentar el curso de ascenso; Pero la carrera militar es dinámica, exigente y establece sus propias limitaciones, por cuanto no todos los subtenientes que egresan de la Escuela Militar de Cadetes pueden llegar al grado de General de la República, debido a su organización, funcionalidad y por ejercicio del mando, las plazas para cada rango se van reduciendo desde los grados inferiores hasta los grados superiores.

**Con fundamento constitucional, legal y funcional**, es que se hace referencia a que se trata de una carrera piramidal y por esa misma circunstancia, no todo el personal llega a los más altos rangos, aunque todos tengan una excelente trayectoria. Se trata entonces, de escoger entre los mejores *“que son la mayoría”*, los que más se ajusten a los perfiles definidos para los cargos que deben ocuparse de mando y dirección. Estas circunstancias permiten reiterar que el retiro por Llamamiento a Calificar Servicios, **no constituye ninguna sanción, sino que es una forma de culminación de la carrera militar**, por las razones ya aludidas.

De igual manera, de folios 31 a 33 y 38 a 60, se encuentran anexos y folios de vida del señor demandante, durante el tiempo en que estuvo vinculado como Oficial del Ejército Nacional.

**Acorde con el material probatorio, obrante en el plenario se puede colegir lo siguiente:**

Como se vio, la motivación exigible para el llamamiento a calificar servicios está dada por el cumplimiento de los requisitos de tener un tiempo mínimo de servicios y ser acreedor de la asignación de retiro, los cuales se encuentran plenamente acreditados en el expediente pues según se desprende de su hoja de vida, el demandante estuvo vinculado a la Fuerzas Militares durante 20 años, 4 meses y 15 días.

De conformidad con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, se recomendó retirar del servicio por llamamiento a calificar servicios al señor Manuel Alveiro Herrera Torres, además del uso de la facultad discrecional, se adujo: *«(...) teniendo en cuenta los registros que se encontraron en su folio de vida, los cuales fueron notificados en debida forma y eran susceptibles de recursos de acuerdo con la normatividad vigente (...)»*.

Ahora, al verificar los folios de vida del libelista, se observa que tiene una investigación disciplinaria radicada con el número 001-2014, por haber permitido salir algunos internos del Centro de Reclusión de Yopal, del cual era Director, sin la debida autorización (fol. 132 – 133), lo que en principio le podría dar la razón a la entidad demandada para su retiro, e implicaría ajustado el acto administrativo en este sentido, sin embargo, como se estudió en precedencia la finalidad de la prerrogativa otorgada a la administración denominada «llamamiento a calificar servicios», es el relevo de la línea jerárquica en las Fuerzas Militares, por lo que como lo señaló la Corte Constitucional: *«(...) 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 esta manera, **el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el funcionario público**, pues es desvinculado, en este caso, del Ejército Nacional para disfrutar de su asignación de retiro, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación. Además, **al analizar el acto administrativo enjuiciado se observa que, si bien acogió las razones emitidas por la Junta Asesora para el retiro del servicio del demandante, también dio aplicación a la facultad discrecional.**

Es de resaltar, que en el evento de que se estime que el llamamiento a calificar servicios **se erige en una sanción, el interesado es quien tiene la carga de la prueba** de demostrar que su desvinculación no obedeció al relevo de los mandos y a que cumplió el tiempo de servicios, sino a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura.

En este sentido, el recurrente alega que el retiro del servicio no obedeció al mejoramiento del servicio y la demandada no allegó prueba alguna que demostrara de qué manera se mejoró el servicio público con su desvinculación, sin embargo, como pasará a analizarse, **ello no fue probado en el sub lite.**

En efecto, como quedó analizado en apartes anteriores, **cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso**

acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

Bajo ese contexto se debe afirmar que, más allá de la afirmación del libelista, no obran pruebas que permitan advertir que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia o que la intención del retiro fue ajena al buen servicio y al relevo jerárquico del mando, por lo que debía probar que al no ser ascendido se desmejoró el servicio.

Así las cosas, en el presente asunto, como el demandante no logró demostrar de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desbordaron la facultad que tiene el nominador para separar del servicio activo a quien cumplió más de 20 años en la institución, no es procedente la anulación del acto administrativo y el consecuente reintegro al Ejército Nacional.

Además, hay que tener en cuenta que el excelente desempeño de las funciones del mayor retirado, hoy demandante, situación que lo hizo merecedor de felicitaciones y reconocimientos durante su servicio a la institución castrense, **tampoco le brinda un fuero de estabilidad adicional**, que impida ser retirado por la causal en mención, pues como ya se dijo, el cumplimiento de esta característica se entiende como connatural al ejercicio de la labor militar.

Para concluir, el señor Manuel Alveiro Herrera Torres no demostró que la Resolución 2148 del 17 de marzo de 2016, a través de la cual fue retirado del servicio no hubiera sido adecuada a los fines que la norma que consagra el llamamiento a calificar servicios autoriza o que hubiera desbordado el juicio de proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa.

## 2.9 COSTAS<sup>7</sup>.

En el caso en concreto, no hay lugar a ellas, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia, debe agregarse que la remisión al ordenamiento procesal civil (art. 306 CPACA) solo opera para *los aspectos no regulados* en el estatuto propio, luego identificado en el citado art. 188 CPACA un *precepto expreso y explícito* acerca del deber de *disponer* respecto de condena en costas, ni existe vacío que autorice dicha integración normativa exógena, ni pueden equipararse las redacciones legales concernidas, pues el art. 365 del CGP, a diferencia del art. 188 aludido, utilizó modo y tiempo verbales que por regla general impiden prescindir de dichas costas.

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes del superior funcional<sup>8</sup> y considerando que la parte demandante, no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no es legalmente dable la condena en costas.

<sup>7</sup> Matriz IX-2016. La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

<sup>8</sup> Tesis del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendivelso Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

**Con relación a la condena en costas**, si bien este Despacho ha optado por aplicar el criterio objetivo, es decir, tal como lo prevé el artículo 365 del Código General del Proceso, acogiendo la posición asumida en sentencia de 07 de abril de 2016, por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01, número interno: 3191-2014, también es cierto, que dicha posición no ha sido objeto de unificación alguna por parte de dicha Corporación.

Ahora bien, para guardar coherencia con la posición sistemática y reiterada asumida por el H. Tribunal Administrativo de Casanare, teniendo en cuenta el factor subjetivo conforme a la redacción del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el Juzgado no condenará en costas a la parte demandada toda vez que ésta no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado de Descongestión Administrativo de Yopal (Casanare), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las súplicas de la demanda, conforme lo manifestado en la parte motiva.

**SEGUNDO:** No condenar en costas a la demandada.

**TERCERO:** Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

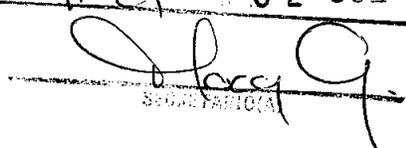
**CUARTO:** Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si los hubiere.

**QUINTO:** Devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia, de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo PCSJA20-11482 del 30 de enero de 2020. Cumplido lo anterior, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GLADYS GARCÍA BARRAY**  
Juez

SECRETARÍA DE JUSTICIA  
EL PUEBLO ANTECEDENTE DEL SENTIDO POR ESTADO

#21 02 JUL 2020  
  
SECRETARÍA