

 Responder a todos   Eliminar  No deseado Bloquear ...

NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

J

Juzgado 07 Administrativo - Meta - Villavicencio

Vie 12/06/2020 9:49 AM

Para: Adriana Del Pilar Gutierrez Hernandez <adgutierrezh@procuraduria.gov.co>; mka_betan@hotr



2017-088 Llamam calificar Sr...

330 KB

Villavicencio, 12 de junio de 2020

Señorea
ABOGADOS

REF: SENTENCIA No. 2017-88

De manera atenta le notifico la sentencia del 12 de junio de 2020.

Así mismo, le informo que los términos se encuentran suspendidos.

Cordialmente,

ÁNGELA ANDREA HOYOS SALAZAR
Secretaria



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020).

RADICACIÓN: 50 001 33 33 007 2017 00088 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
DEMANDANTE: FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE
DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

De conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia dentro del proceso instaurado por **FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, para que previo el trámite de rigor, se acceda a sus pretensiones conforme la fijación del litigio realizado en la Audiencia Inicial.

A N T E C E D E N T E S

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA:

Ante esta jurisdicción concurre la parte demandante con el objeto de obtener la nulidad de la **Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016**, expedida por el Ministerio de Defensa, por medio de la cual se dispuso el retiro por llamamiento a calificar servicio del señor Mayor FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA.

Como restablecimiento del derecho, solicita que la entidad demandada realice las siguientes acciones:

- Reintegrar al señor Mayor FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA al servicio activo de la Ejército Nacional, al grado que corresponda al momento de dar cumplimiento a esta sentencia, sin solución de continuidad.
- Que se condene al ente demandado a pagarle en forma actualizada todos los salarios y emolumentos que dejó de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha de cumplimiento del fallo, al pago de

perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se de cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el CPACA.

i. El **sustento fáctico relevante** lo narró la parte demandante indicando que:

El señor FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA prestó servicio militar obligatorio desde el 29 de enero al 3 de julio de 1997, sin culminar el servicio, mediante Resolución 780 de 4 de julio de 1997, paso en comisión de estudios a la escuela Militar de Cadetes "José María Córdoba", en donde fue cadete hasta el 30 de noviembre de 1999 y Alférez hasta el 13 de diciembre de 2000, ascendió al grado de subteniente hasta el 13 de diciembre de 2004.

Afirmó que el demandante fue evaluado y ocupó puestos destacados dentro de su promoción.

Sostuvo que el demandante logró los respectivos ascensos a teniente, capitán y mayor, en este último ascenso ocupó el tercer lugar dentro de más de 200 oficiales.

Narró que el demandante posee una amplia formación académica para el cumplimiento eficiente del objetivo institucional tal y como consta en el perfil profesional del extracto de folio de vida, en el cual se observa una carrera profesional, dos especializaciones, ocho diplomados, 44 cursos y dos seminarios todos relacionados con su carrera, demostrando así su capacidad profesional para continuar su vida militar.

Manifestó que así mismo, gracias a las evaluaciones durante su vida militar obtuvo varias condecoraciones, incentivos, estímulos militares nacionales figurando en su hoja de vida 17 de ellos y 200 felicitaciones, mérito que lo hizo merecedor para representar al Ejército Nacional de Colombia en la Fuerza Multinacional de Observaciones, en la República Árabe de Egipto entre muchas otras.

Esgrimió que para el año 2016 el demandante fue trasladado al Departamento del Vichada como Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de A.S.P.C. N°. 28 "Cacique Bochica" y en el cual tuvo diferencias con el Comando Logístico del Ejército a cargo del señor Mayor General RICARDO GÓMEZ NIETO de nombrarlo en razón a cargo Ejecutivo de la Unidad Centralizadora como supervisor de contratación, cargo en el cual debía supervisar el desarrollo alrededor de 50 contratos por valor de \$2.000.000.000 aproximadamente, en los municipios de Inírida, San

José, Primavera y Cumaribo (Vichada), que implicaba el desplazamiento habitual del demandante de Puerto Carreño a los municipios citados y por consiguiente la falta de tiempo en razón al desarrollo de sus funciones, las que debía dejar de lado y las que por disposición reglamentaria debía cumplir.

Contó que luego de exponer su inquietud en las reuniones de plana mayor y sin obtener solución, decidió agotar el conducto regular presentado a su superior inmediato Coronel JOSÉ ALIRIO MONROY VELÁZQUEZ, Comandante del Batallón de A.S.P.C. N°. 28, el Oficio 2578 de 27 de junio de 2016, en el que solicitó apoyo ante la imposibilidad de brindar transparencia a ese proceso de supervisión de contratos y el gran cumulo de responsabilidad que implicaba para él, pues jamás podría supervisar personalmente los 50 contratos referidos; ante lo cual su superior no ofreció mayor solución, pero le otorgó el conducto regular para seguir exponiendo su inquietud.

Refirió que movido por su preocupación redactó el Oficio 2967 MDN-CGFM-CE-DIV8-BR28-BASPC28-EJE.38.1 de 21 de julio de 2016 dirigido al Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante de la Brigada 28; sin embargo, en respuesta a ello, se le manifestó a través de oficio 6113 MDN-CGFM-CE-DIV8-BR28-CDO-CJM-29.54 que debe cumplir la orden y que no es posible que siendo un oficial de grado menor pretenda modificarla, por ello, la solicitud del demandante fue tomada por sus superiores como una insubordinación y por tal razón fue motivo de seguimiento desmedido.

Que el 19 de septiembre de 2016 al demandante le fue comunicada la Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016, a través de la cual se le ordenó su retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, decisión que según el demandante se tomó sin agotar el procedimiento previo, en razón de ello, mediante petición solicitó copias del Acta 07 de 28 de junio de 2016, entre otras.

En respuesta a la anterior petición, la Dirección de Personal a través del oficio 20163051678021 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 6 de diciembre de 2016 entregó las copias del Acta dejando sin respuesta lo referente a la expedición de la propuesta del señor Comandante del Ejército y los demás.

Relató que con la Resolución 7588 de 3 de noviembre de 2016 se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante en cuantía del 62% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo el tiempo incluyendo partidas computables.

Concluye sosteniendo que, las anteriores decisiones han generado problemas psicológicos al demandante y de igual índole y patrimoniales para su esposa e hija.

ii. En el acápite de **normas violadas** señaló como vulneradas las siguientes:

- Artículos 29 y 209 de la Constitución Política.
- Artículo 3 Numerales 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1437 de 2011.
- Artículos 49, 51, 52, 53, 68 y 99 del Decreto 1790 de 2000.
- Artículos 100, literal a, numeral 3 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 (modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 1104 de 2006, respectivamente).
- Artículos 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 y 75 del Decreto Ley 1799 de 2000, Normas de Evaluación y Clasificación para el Personal de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
- Artículos 53 y 57 del Decreto 1512 de 2000.

En el **concepto de violación** indicó que los actos administrativos demandados son nulos, por cuanto, fueron expedidos en forma irregular, con desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió y con infracción a las normas, por cuanto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares omitió su concepto previo el que debe estar fundamentado en el sistema de evaluación y clasificación del personal; porque no se tuvo en cuenta el reglamento de evaluación y clasificación, ya que el demandante contaba y cuenta con las condiciones de conducta, profesionales y psicofísicas para ascenso, pero le fue negada la oportunidad de ingresar a las pruebas respectivas para demostrarlo como son la evaluación psicológica por competencias 360°, folio de vida, estudio de dirección de familia militar, condición física, estudio de credibilidad y unidad de información financiera.

Afirmó que conforme a lo contemplado en el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, sólo se faculta el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, cuando hayan cumplido con los requisitos para acceder a la asignación de retiro. Aclarando que el cumplimiento de los requisitos para obtener la asignación de retiro habilita la potestad para llamar a calificar servicios, pero ello, no quiere decir que dicha facultad sea absoluta, la misma depende de parámetros legales que envuelven una verdadera selección de personal de quienes representen la satisfacción de las necesidades institucionales y la conveniencia del servicio, valorados sobre los principios de imparcialidad e igualdad.

Esgrimió que, ante la inexistencia e inobservancia de las normas de selección, evaluación y clasificación del personal militar, se dejó sin piso jurídico el retiro por llamamiento a calificar servicios del demandante a través de la Resolución demandada el cual es ilegal por expedirse contrario a lo establecido en la norma.

Indicó que también se trasgredió lo establecido en el literal b del artículo 5 del Decreto 1799 de 2000, pues al demandante se le desconoció el carácter de ineludible que posee la evaluación y clasificación, que igualmente se desechó al momento de la preselección para ingresar a curso de Estado Mayor y que concluía con los resultados una vez finalizado el referido curso a través del cual obtendría su clasificación para ascenso, debido a que en sus clasificaciones anuales siempre obtuvo una calificación excelente y muy buena.

Sostuvo que, sin embargo, las evaluaciones y clasificaciones del demandante no se tuvieron en cuenta, no fueron estudiadas para la preselección a curso de Estado Mayor. Y la propuesta sometida a consideración de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para recomendación de retiro, copia de los anexos, glosas y documentos en los que se exponía las razones de conveniencia institucional y necesidad del servicio no se le fueron expedidas al demandante para su conocimiento pese a solicitarlo a través de petición, en cuya respuesta solamente se adjuntó el Acta 07 de 28 de junio de 2016, razón para suponer la inexistencia de las mismas, sin tener en cuenta su intachable hoja de vida.

Manifestó que conforme a lo establecido en el numeral 2 del literal f del artículo 60 y 64 del Decreto Ley 1799 de 2000, no serán clasificados para ascensos a los oficiales y suboficiales que tengan autos de cargos en su contra y en el presente asunto del mismo curso del demandante se llamó a ascenso a los Mayores LUIS GALLARDO QUIÑONES YEPEZ y FRANCISCO BERNARDO BECERRA ASPRILLA que registran sanciones disciplinarios y no se llamó al demandante que no tiene ninguna, lo que evidencia la falta de transparencia e inexistencia de selección objetiva.

Finalizó sosteniendo que el acto administrativo acusado fue antecedido de un acto preparatorio "recomendación" de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, que además se exige en el artículo 99 del D.L. 1790/00 pero que resulta ineficaz de pleno derecho pues carece de motivos insertos y de la selección exigida en la Ley para aplicar la facultad que permite el retiro de unos y el ascenso de otros. Solamente se tuvo en cuenta la trascripción de normas que desarrollan la carrera militar y fragmentos jurisprudenciales que han sido revaluados, por lo que no es posible determinar las razones que llevaron al Ministerio de Defensa a desvincular al demandante del servicio activo.

A la par la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares no aparece precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que invocó el comandante del Ejército para que emitiera concepto, ni menciona las pruebas que se allegaron para tal determinación, y en fin, todos los elementos objetivos y razonables que les permitiera emitir un juicio de valor sobre el retiro o no del demandante y además, no fue suscrita por todos los miembros como lo establece el Decreto 1512 de 2000.

iii. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹:

El apoderado del Ejército Nacional afirmó que se opone a la prosperidad de las pretensiones por carecer de un verdadero sustento fáctico y jurídico.

Frente a los hechos sostuvo que el Ejército Nacional no está obligado a preseleccionar al demandante para ser estudiado para curso de estado mayor, siendo potestativo de la Fuerza el poder disponer en cualquier momento de la facultad de llamamiento a calificar servicios al personal que cumpla con el único requisito de tener derecho a la asignación de retiro.

Argumentó que el artículo 217 constitucional establece que la Ley determinará el sistema de reemplazos de las Fuerzas Militares y en virtud de tal precepto se expidió el Decreto Ley 1790 de 2000, régimen de carrera y estatuto de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en donde se encuentra una herramienta sui generis y jurisprudencialmente aceptada en Colombia que entraña la facultad discrecional del Comandante de la Fuerza, quien puede llegar a retirar del servicio activo a Oficiales y Suboficiales.

Agregó que, no obstante, la presencia de circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución, tales condiciones, tratándose de decisiones discrecionales, no generan por si solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, sobre la base además del mérito laboral, académico, profesional y la optimización del sector Defensa Nacional.

Resaltó que no todos los Oficiales pueden llegar a ostentar rangos superiores al de Mayor que ocupaba el actor, en consideración a que los ascensos constituyen una base piramidal dentro de la cual solo unos pocos irán escalando las posiciones de alto rango.

¹ Obrante a folios 392 a 401 del cuaderno 2 del expediente principal.

Concluyendo que los oficiales que no son seleccionados al grado inmediatamente superior, saben que en ese momento su carrera militar de ascenso o es posible y deben cederle el turno a aquellos que igualmente vienen promoviéndose de conformidad con la planta de personal en la pirámide de ascenso, por ello en la mayoría de los casos una vez tomada la decisión por la Junta Asesora, los no escogidos solicitan el retiro de la institución o son llamados a calificar servicios para continuar con la organización de tipo piramidal.

Haciendo uso de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado señaló que el llamamiento a calificar servicios es una modalidad de retiro que obedece a la estructura piramidal de la carrera militar que no admite el ascenso al grado superior a todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior, permitiendo de esta manera la renovación del personal uniformado, sin que se atiende a condiciones personales o profesionales del funcionario ni impone al nominador que se deba recurrir a un procedimiento administrativo previo para poder hacer uso de la herramienta necesaria para el mantenimiento de la disciplina en la Institución Castrense.

Finalmente, esgrimió que el régimen especial de la entidad tiene como causal de retiro el llamamiento a calificar servicios, causal que exige como requisito objetivo el tiempo para la asignación de retiro, situación que se presenta en el presente caso, por ello, no puede argumentarse que el llamamiento a calificar servicios sea una causal de retiro que cause deshonor militar ni causar afectación psicológica al personal retirado, como quiera que no está considerada como una sanción sino como un retiro temporal con pase a la reserva, motivo por el cual, solicitó que las pretensiones deben ser negadas.

iv. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

En la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., llevada a cabo el día 1º de noviembre de 2018² se fijó el litigio de la siguiente manera:

"(...) se contraerá a determinar si la Resolución N°. 8168 de 14 de septiembre de 2016 proferida por el Ministro de Defensa Nacional, por medio de la cual se retira del servicio activo del Ejército Nacional al actor FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA, fue expedida con FALSA MOTIVACIÓN, VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA o si por el contrario, asiste razón al ente demandado en los argumentos planteados (...) y las pretensiones deben ser negadas".

² Acta obrante a folios 413 a 417 y CD a folio 418 del cuaderno 2 del expediente.

v. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Dentro de la oportunidad otorgada el Apoderado del Ente demandado alegó de conclusión³ reiterando los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

El Apoderado del demandante y la agente del **Ministerio Público** guardaron silencio.

C O N S I D E R A C I O N E S

I. COMPETENCIA

Tramitada la instancia sin que se vislumbre vicisitud alguna que invalide lo actuado y por encontrarse reunidos los presupuestos procesales de rigor, se procede a emitir el fallo que en derecho corresponda, advirtiendo que éste Despacho es competente para tal efecto, en atención a lo dispuesto por el artículo 155 del C.P.A.C.A.

II. EL PROBLEMA JURÍDICO:

Se circunscribe a determinar si, el señor Mayor (R) FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA del EJÉRCITO NACIONAL, tiene derecho a ser reintegrado a la entidad y a determinar si la **Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016**, expedida por la entidad demandada, a través de la cual lo retiró del servicio activo, por llamamiento a calificar servicios, adolece de falsa motivación o violación del derecho de debido proceso y de defensa.

Para tal efecto, se dispondrá el estudio de la legalidad del acto demandado, haciendo un análisis **a)** de la figura de Llamamiento a Calificar Servicios y **b)** Caso Concreto.

LOS CARGOS FORMULADOS.

El demandante refirió que el acto demandado fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, con violación a las

³ Escrito obrante a folios 430 a 435 del cuaderno 3 del expediente.

normas de carrera, sin informar los motivos del retiro, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y falta de motivación.

DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN EL EJÉRCITO NACIONAL.

Como ha quedado establecido, el acto administrativo acusado, Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016, por el cual se retiró del servicio activo del Ejército Nacional "POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS" al señor Mayor FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, fue expedido por el entonces Ministro de Defensa Nacional, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, contenido en el Acta 007 de 28 de junio de 2016.

El artículo 217 de la Constitución Política prevé "*La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio*".

Inicialmente, el Decreto 1790 de 2000 definió el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, estableciendo:

"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".

Con relación a la causal de retiro invocada, se debe precisar que la misma está contenida en el numeral 3º del literal a) del artículo 100 del Decreto en mención, modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016, por la cual se dispuso:

"ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:
(...)
2. Por llamamiento a calificar servicios.
(...)"

Ahora, como la causal invocada para retirar del servicio al demandante es por llamamiento a calificar servicios, ésta sólo procederá en las condiciones establecidas por el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, el cual establece:

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

De las anteriores disposiciones se colige que el retiro del servicio activo es la situación en la que los Oficiales y Suboficiales, sin perder su grado, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. También, se enlistan las causales de retiro, dentro de las cuales se encuentra el llamamiento a calificar servicios, la cual puede ser instaurada siempre y cuando el Oficial o Suboficial haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

La Corte Constitucional en sentencia SU-217 de 2016, reiteró la unificación jurisprudencial del tema de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios así:

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

Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial”.

(...)

Conclusión

*“25. En definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: **(i)** el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; **(ii)** el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y **(iii)** los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.*

El Consejo de Estado siguiendo la línea decantada por la Corte Constitucional, sostuvo⁴:

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

(...)

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

⁴ Sentencia del 12 de octubre de 2017, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicado: 25000-23-25-000-2010-01134-01 (0866-14), Actor: Luis Alberto Ortiz Quintero, Demandado: Policía Nacional.

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

Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha insistido que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba, cuestión que no se dio en este asunto. Tal como se dijo, lo manifestó tanto el a quo como la Agente del Ministerio Público”.

La misma Corporación Judicial, sobre el buen desempeño para integrantes de la Fuerza Pública ha dicho⁵:

“En el caso concreto, revisado el extracto de la hoja de vida del actor, visible a folios 12 a 30 del expediente, se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones, en particular para el año 2008 cuando fue retirado del servicio, debe decirse, de una parte, que ello no otorga per se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación de poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio”.

CASO CONCRETO

Bajo esta perspectiva, el Despacho da cuenta que las normas invocadas por el acto administrativo demandado, son las vigentes para la época de ocurrencia de los hechos que dieron lugar a su expedición, Decreto 1790 de 2000. Igualmente, se tiene que dicho acto fue expedido por el funcionario competente para ello, en este caso, el entonces Ministro de Defensa Nacional.

Ahora bien, debe señalarse que los parámetros para establecer la legalidad de la decisión adoptada por la demandada se concretan en que el acto cumpla los requisitos formales, como son la recomendación de la

⁵ Sentencia del 8 de septiembre de 2017. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 54001-23-31-000-2009-00182-01 (3555-14), Actor: Carlos Mario David Pérez.

JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PARA LAS FUERZAS MILITARES y, que se observe que tras la decisión no subyace una arbitrariedad, ajena a las razones del servicio, ni el encubrimiento de una falta que debió haber surtido un proceso disciplinario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia la expedición de la Acta N°. 07 de 28 de junio de 2016⁶, a través de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares estudió los factores de conveniencia y oportunidad de la medida de retiro del servicio activo⁷.

Según las normas y jurisprudencias antes expuestas, el texto del acto acusado y los hechos de la demanda, el acto administrativo acusado no se encuentra incurso en la casual de expedición irregular o infringiendo las normas en que debía fundarse, por cuanto el retiro del servicio activo del demandante obedeció a una causal de retiro "*llamamiento a calificar servicio*" que no es una sanción y que para su procedencia la entidad sólo debe verificar que el uniformado tenga derecho a una asignación de retiro.

El Despacho observa que el Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016⁸, se ajusta al ordenamiento constitucional y legal, acto que esta permeado por la discrecionalidad, motivo por el cual no está sujeto a que sea motivado.

En el sub lite, es notable que el actor alegó que el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios no obedeció a razones legales y del buen servicio, que fue expedido de forma irregular, con desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió y con infracción a las normas.

Sostuvo que las normas que se infringieron fueron los artículos 49, 51, 52, 53, 68 y 99 inciso 2 del Decreto 1790 de 2000, normas que contemplan la prelación, requisitos y las condiciones de los ascensos, sosteniendo que las vacantes fueron suplidas con personal que debió ser retirado del servicio en razón a las sanciones disciplinarias registradas en sus certificados de antecedentes disciplinarios.

De la anterior manifestación, sea lo primero precisar que la figura de llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares sólo está supeditada al requisito de cumplir con los que se requiere para ser beneficiario de la asignación de retiro.

⁶ Obrante a folios 49 a 65 del cuaderno 1 del expediente.

⁷ Ejusdem.

⁸ Visible a folios 41 a 45 *ibidem*.

Pese a ello, revisados los documentos aportados con la demanda, obra los certificados de antecedentes de los señores LUIS GALLARDO QUIÑONEZ YEPES y FRANCISCO REINALDO BECERRA ASPRILLA, en las que se observa que ambos fueron sancionados con represión formal el primero y represión simple el segundo⁹ ninguno de los dos fue llamado a curso según el radiograma del 11 de octubre de 2017 que fue aportado extemporáneamente, incluso vencida la etapa de alegatos de conclusión¹⁰, desvirtuando con ello la trasgresión del derecho a la igualdad alegado por el demandante.

Igualmente, el demandante manifestó que el acto administrativo obedeció a unas quejas realizadas por él frente al nombramiento como supervisor de unos contratos, Oficio 2578 de 27 de junio de 2016 y 2967 de 21 de julio de 2016 pero al expediente no se allegaron dichos oficios, y de forma extemporánea ya cerrado el debate probatorio se adjuntó la respuesta que se le brindó al Oficio 2967 de 21 de julio de 2016, sin que de ello se pueda inferir, que esta fue la motivación que llevó al retiro del demandante.

Aunque en la audiencia de pruebas realizada el 6 de mayo de 2019¹¹, en la recepción del testimonio del Mayor Retirado GERSON ARIZA MARTÍNEZ, sostuvo que los motivos del retiro del servicio del aquí demandante y del suyo, obedecieron a la inconformidad que presentaron ambos, de ser nombrados Ejecutivos de Batallón y a la vez supervisores de contratos por Departamentos, situación que les impedía realizar en debida forma dicha labor, ya que antes la supervisión de los contratos se realizaba por unidad, pero al plenario no se aportó ni se esgrimió concepto de violación frente a la presunta violación por desviación de poder que infirió el testigo.

Así, la sola existencia de afirmaciones no vicia de nulidad el acto administrativo demandado, ya que como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el llamamiento a calificar servicio ejercido, a través de la facultad discrecional aquí adoptada, ni es una sanción, y menos se vuelve en un instrumento disciplinario, para destituir a los servidores del Estado:

"El "llamamiento a calificar servicios" es una situación que, de acuerdo con el marco normativo que antecede, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y, por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad".

⁹ Folio 329 y 330 del cuaderno 2 del expediente.

¹⁰ Obrante a folios 443 a 452 del cuaderno 3 del expediente.

¹¹ Acta obrante a folios 426 a 428 y CDs a folios 429 y 505 ejusdem.

Lo anterior, lo comparte la Corte Constitucional, toda vez que está de acuerdo que el ejercicio de las potestades que ejerce la administración deviene de la atribución que la Constitución Política y la ley le otorgan, de allí que es unánime la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que no existen en estricto sentido facultades absolutamente discrecionales y para examinar sí el nominador se alejó de la facultad que la norma le ha conferido, debe primero establecer sí se dan los hechos que la misma contempla.

En este caso, debe reiterar el despacho que para desvirtuar la presunción legal del acto que presuntamente se ha expedido con fines de interés general, corresponde a quien alega, el desbordamiento del poder discrecional, la prueba del ejercicio arbitrario de esa facultad, la falsa motivación o desviación de poder, por perseguir fines distintos a los previstos en la Constitución y la ley, pues no basta con manifestar la causal que se cree afecta el acto, sino aportar los medios de prueba idóneos que permitan arribar sin dudas a esa conclusión.

Respecto al cargo de falsa motivación invocado en la demanda, el Consejo de Estado¹², hizo una breve definición de esta causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

"La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación".

Al analizar los medios de pruebas aportados, encuentra el despacho que el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios del demandante, se dio por quien era competente para ello, el Ministerio de Defensa, quien en uso de su facultad discrecional determinó tal retiro, por lo que al ser discrecional no requiere de motivación alguna.

En virtud de lo anterior y como quiera que los documentos no permiten vislumbrar las irregularidades en que presuntamente incurrió la demandada, no puede predicarse la existencia de la falsa motivación, cuando ha quedado demostrado que la decisión adoptada obedeció al uso del poder discrecional y no a motivos distintos, tal y como lo supone el demandante. En ese sentido, los motivos que movieron a la administración no pueden ser considerados falsos o inexistentes, para justificar la falsa motivación, que se invoca en la demanda.

¹² mediante sentencia de 17 de febrero de 2000.

Ahora, sobre la experiencia profesional y eficiente labor del actor, en el ejercicio de sus funciones, más que factores de inamovilidad, constituyen obligaciones legales adquiridas, de conformidad al juramento prestado y las normas que regulan la función pública al servicio del Estado; todo lo cual, constituye el buen servicio y la obligación del cumplimiento eficiente de las funciones atribuidas al cargo. Es esta una obligación y no un favor al Estado, como erradamente podría interpretarse.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa, en el entendido que el ejercicio discrecional para retirar a un funcionario del servicio no se encuentra sometido por el hecho de ser una persona capaz y de buen desempeño, pues ello no genera estabilidad laboral y más cuando se tratan de funcionarios que pueden ser removidos libremente.

En ese orden de ideas, el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad, pues el mismo no ha logrado desvirtuarse. Por ende y teniendo en cuenta las consideraciones aquí plasmadas, las pretensiones impetradas no están llamadas a prosperar.

Finalmente, no era obligación de la entidad agotar el procedimiento y estudios que establece el Decreto 1799 de 2000 para llamar a curso de Estado Mayor como lo pretendió ver el demandante en su escrito introductorio, pues como ya se expuso ampliamente, para la aplicación de la figura del llamamiento a calificar servicios sólo se debe cumplir con los requisitos del concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares y cumplir con los requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro, ambos se cumplieron en el presente asunto, ya que dentro del plenario obra la Resolución 7588 de 3 de noviembre de 2016, mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante¹³.

DECISIÓN:

Por lo anterior, no se accederá a las pretensiones de nulidad de la Resolución 8168 de 14 de septiembre de 2016, por el cual se retiró del servicio activo al Mayor (r) FABEL ALEXANDER ÁVILA AMAYA del Ejército Nacional por no encontrarse viciado de las causales enunciadas en la demanda.

¹³ Folios 76 a 78 del cuaderno 1 del expediente.

• **CONDENA EN COSTAS:**

Por último, sobre la condena en costas, se debe tener en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A. remite a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre este tema, entiéndase hoy Código General del Proceso, en cuyo artículo 365, numeral 1º se indica que se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, cuya composición según el artículo 361 del C.G.P. es de las expensas, gastos judiciales y las agencias en derecho.

En el caso particular, nos encontramos frente a este evento de resolver una situación jurídica de puro derecho que no dio lugar a expensas. Motivo por el cual este estrado judicial no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito judicial de Villavicencio-Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, **previa devolución del remanente** por concepto de gastos ordinarios del proceso, si a ello hay lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO.
JUEZ

*Exp.: 50001 3333007 2017 00088 00 NYR
Fabel Alexander Ávila Amaya contra Ejército Nacional
Sentencia.*

⏮ Responder a todos ✓ 🗑 Eliminar ⛔ No deseado Bloquear ...

Entregado: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

P

postmaster@outlook.com

Vie 12/06/2020 9:50 AM

Para: Juzgado 07 Administrativo - Meta - Villavicencio



NOTIFICACIÓN SENTENCIA N...

46 KB

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

mka_betan@hotmail.com (mka_betan@hotmail.com)

Asunto: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

⏮ Responder a todos ✓ 🗑 Eliminar ⛔ No deseado Bloquear ...

Entregado: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

P

postmaster@procuraduria.gov.co

Vie 12/06/2020 9:50 AM

Para: Juzgado 07 Administrativo - Meta - Villavicencio



NOTIFICACIÓN SENTENCIA N...

49 KB

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

[Adriana Del Pilar Gutierrez Hernandez \(adgutierrezh@procuraduria.gov.co\)](mailto:adgutierrezh@procuraduria.gov.co)

Asunto: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

⏮ Responder a todos ✓ 🗑 Eliminar ⛔ No deseado Bloquear ...

Retransmitido: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88

MO

Microsoft Outlook

Vie 12/06/2020 9:50 AM

Para: Notificaciones.Villavicencio@mindefensa.gov.co

NOTIFICACIÓN SENTENCIA N...

34 KB

Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega:

Notificaciones.Villavicencio@mindefensa.gov.co (Notificaciones.Villavicencio@mindefensa.gov.co)

Asunto: NOTIFICACIÓN SENTENCIA No. 2017-88