



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veinte (20) de mayo de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 051

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, por medio de apoderado formuló demanda contra la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, en Acción Contencioso Administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a que se declare la nulidad la Resolución nro. 00006103 de 3 de diciembre de 2020 y el concepto 2020116010698703: MDN-COGFMCOEJC-SECEJ-JEMPP-CEDE11-DINEG-15.1 de 26 de noviembre de 2020, mediante los cuales se ordenó el retiro del servicio activo, en forma temporal con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó en la demanda su reintegro sin solución de continuidad, en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior jerarquía, con el consecuente pago de salarios y demás emolumentos que dejó de percibir desde su retiro, hasta que se haga efectivo el reintegro, y que además le sea permitido concursar para el grado siguiente dentro de la carrera de suboficiales. Asimismo, que le sea reconocido por concepto de perjuicios morales, el valor de 100 SMLMV, sumas que reclama indexadas conforme al IPC, que le reconozcan intereses moratorios y se condene en costas a la entidad demandada.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que el señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 1.º de marzo de 1999, como alumno de la escuela de suboficiales Inocencio Chincá, siendo retirado en el grado de sargento segundo, con un tiempo de servicios de 17 años y 10 meses.

Que durante toda su carrera militar tuvo una hoja de vida excelente y, pese a haber sido investigado penalmente en los procesos nro. 2010-27 el cual se encuentra aún en investigación, y nro. 2015-135 del cual señala encontrarse en libertad por vencimiento de términos, y haber estado privado de su libertad durante 40 meses, nunca ha sido condenado por la jurisdicción penal.

Que el 3 de diciembre de 2020, es retirado del servicio activo mediante resolución nro. 0006103, por llamamiento a calificar servicios, según se afirma, habiendo sido llamado por la institución para que adelantara todo lo correspondiente al curso para ascenso, pero que, fue desvinculado, en su sentir, debido a los procesos penales en su contra, situación que manifiesta le ha ocasionado daños psicológicos a él y a su familia.

Que mediante resolución nro. 3974 de 11 de marzo de 2021, la cual fue notificada el 24 de marzo de ese mismo año, le fue reconocida la asignación de retiro, en un porcentaje del 58% y no del 79 %, al habersele descontado 40 meses con los que superaría los 20 años de servicios, lapso que considera, no debió ser descontado porque nunca fue condenado, ni retirado de sus funciones, situación que afirma, desmejoró su calidad de vida al iniciar los problemas económicos y su vida de relación a nivel psicológico por quedar “*marcado*” como el suboficial que no logró llegar al grado de sargento viceprimero.

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adujo en los hechos de la demanda, que el 25 de octubre de 2019 se acogió a la Jurisdicción Especial para la Paz, por encontrar mejores garantías en ella, pero que ello no lo hace culpable de los delitos que se le acusan.

Que la motivación del acto administrativo que lo retiró del servicio activo, no obedece al llamamiento a calificar servicios, razón por la cual considera que esta facultad se usa como estrategia para desvincular a muchos militares para no permitir el cumplimiento de antigüedad de 20 años de servicios en la institución.

Destacó que durante toda su carrera militar no tuvo sanciones y que le negaron el derecho a participar en el curso de ascenso por ser llamado a calificar servicios.

Como normas violadas se invocan: el Decreto 1790 de 2000 artículos 2, 3, 4, 6, 8, 10, 33, 46, 49, 50, 51, 54, 55, 100, y 103; Ley 1104 de 2006; Ley 1437 de 2011, artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 34, 53, 54, 57, 59, 66, 102, 104, 106, 138, 155, 156, 162 y siguientes; y, decreto 1564 de 2012, artículos 1 a 14, 24 y 25.

En el concepto de violación de las normas invocadas como infringidas, se argumentó que con la expedición de los actos administrativos demandados se vulneraron los derechos al debido proceso, igualdad, honra, dignidad humana y trabajo, así mismo, que fueron expedidos con falsa motivación, teniendo en cuenta que los argumentos expuestos en dichos actos son infundados, dado que, pese a que soportó dos procesos penales y uno disciplinario, estaba postulado y cumplía con todos los requisitos para ser ascendido, razón por la cual considera que existió discriminación en su contra atendiendo que no ascendió al grado de sargento viceprimero con sus compañeros estando en igualdad de condiciones. Destacó que, aunque haya sido acusado de un delito, al no haber sido condenado goza de la presunción de inocencia.

En la etapa de alegatos de conclusión la parte actora se sostuvo en los argumentos expuestos en la demanda, y destacó que la fecha en que lo llamaron a calificar servicios no está dentro de los parámetros y tiempos de ascenso de los suboficiales, esto es, en los meses de marzo y septiembre; situación que considera inconsistente.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Dentro del término establecido en la Ley, la defensa del Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad, pues fueron expedidos de conformidad con las normas que establecen las reglas para el ascenso del personal de la institución.

Señaló que la hoja de vida del actor es excelente, fruto de años al servicio de la institución, situación que es el propósito de todo personal que ingresa a la fuerza pública, pero que tal rendimiento no es del todo un cumplimiento de requisitos absolutos para su continuidad en el servicio, pues la misma está sujeta a una estructura piramidal que conlleva el examen de la Junta Asesora para determinar tal fin, razón por la cual, considera que puede el actor alegar un mejor derecho, o incluso un derecho adquirido, por cuanto ello desborda la voluntad del legislador en tanto conllevaría a replantear la norma que tendría que indicar taxativamente las premisas que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la permanencia de un funcionario en el servicio, contexto que, argumenta, existe en la normatividad colombiana.

Que la decisión de la junta de evaluación y calificación no son arbitrarias o caprichosas, sino que se encuentran sustentadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con base en las condiciones de mérito de los aspirantes, tales como, la actitud hacia el buen servicio, calidades personales, profesionales y de confianza, conveniencia institucional, atendiendo a los nuevos roles que desempeñará en el nuevo grado.

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

También expuso que el nominador puede ejercer libremente la facultad discrecional y simultáneamente adelantar la potestad disciplinaria o penal, sin que ello implique desvío de poder, conforme a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Finalmente, argumentó que el demandante no acredita la falsa motivación ni la desviación de poder, alegados como causales de nulidad del acto administrativo. La entidad demandada no propuso excepciones.

En la etapa de alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adicionalmente señaló que en la demanda, tan solo se citan normas y jurisprudencia, sin que se especifique las causales de anulabilidad de los actos administrativos invocadas, las razones por las cuales han de prosperar, ni se allega material probatorio que permita desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos cuestionados, como tampoco de los perjuicios morales reclamados. Solicitó se declare probada la excepción de caducidad del medio de control, por haberse instaurado el mismo por fuera el término que prevé la ley.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público delegada ante este despacho no presentó concepto en esta instancia.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio la accionante, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

En el presente caso, el acto administrativo demandado fue notificado el tres (3) de diciembre de 2020. En consecuencia, el término de caducidad inicialmente correría hasta el cuatro (4) de abril de 2021. La solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 26 de marzo de 2021 y se declaró fallida el 21 de mayo de 2021, cuando ya estaba en curso esta demanda.

A la fecha de presentación de la demanda, 7 de abril de 2021, el término de caducidad llevaba 10 días suspendido, por lo cual, no ha operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.2.- Problema jurídico.

Se circunscribe a establecer si el acto demandado mediante el cual se resolvió y fundamentó el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Samir Emilio Tapia Torres, fue realizado conforme a la normatividad vigente y por tanto goza de la presunción de legalidad que lo ampara, o si por el contrario fue expedido con falta de motivación y desviación de poder, porque lo desvinculó pese a su desempeño laboral, con motivo de las investigaciones penales y disciplinarias en su contra, y no por razones del servicio.

De prosperar a favor del accionante el anterior problema jurídico, se estudiará la procedencia del restablecimiento del derecho deprecado en la demanda.

2.3.- Tesis.

Para el despacho, el acto administrativo enjuiciado no se encuentra viciado de nulidad, teniendo en cuenta que el accionante no acreditó que la finalidad de su retiro por llamamiento a calificar servicios y la negativa del ascenso solicitado, fueran contrarias a la Constitución y la ley, por lo que, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.4.- Razones de la decisión.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Marco jurídico; y (iii) juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- La parte demandante aportó algunas piezas del proceso penal, de las que se destacan las siguientes:
 - Providencia del 15 de diciembre del año 2015, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Yopal – Casanare, mediante el cual se decide conceder la libertad provisional al señor Samir Emilio Tapia al haber transcurrido más de seis meses a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se llevara a cabo la audiencia pública, y se fija fecha para la realización de la audiencia preparatoria.
 - Acta nro. 303808 de 25 de octubre de 2019, por la cual el señor Samir Emilio Tapia, se acoge a la Jurisdicción Especial para la Paz.
 - Oficio con fecha ilegible, identificado como “Expediente Orfeo nro. 2019335160400084E”, suscrito por el demandante y por requerimiento de la JEP, en el que se relacionan los procesos penales 2015-0135, 2010-00027 de los cuales obtuvo la libertad por vencimiento de términos y disciplinario 2010-010 en el cual se declaró la prescripción de la acción.
- Obran actas nro. 31070 de 26 de agosto de 2016, nro. 13195 de 13 de febrero de 2017, nro. 74997 de 8 de agosto de 2017, nro. 030673 de 25 de febrero de 2018, nro. 118776 de 10 de agosto de 2018, nro. 33952 de 11 de febrero de 2019, nro. 190066 de 14 de agosto de 2019, nro. 045312 de 14 de febrero de 2020 y nro. 297202 de 8 de agosto de 2020, expedidas por el Comité Evaluador del Ejército Nacional, sobre la evaluación de los suboficiales del arma de Infantería postulados para ascenso en el mes de septiembre de 2016, septiembre de 2017, en las cuales no se recomienda ascender al señor Samir Emilio Tapia Torres, “*por justicia*”, señalando la resolución de acusación vigente dentro del proceso penal seguido en su contra. Adicionalmente, para los meses de febrero de 2019 y febrero y agosto de 2020, señala el Comité que no acreditó aptitud y que tiene novedades en Sanidad.
- Según la ficha médica unificada de 2 de mayo de 2017 expedida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, el señor Samir Emilio Tapia Torres, fue considerado “*apto para ascenso*”.
- Obra oficio nro. 20173133653823 de 9 de agosto de 2017, mediante el cual el jefe de la sección jurídica de la dirección de personal del Ejército Nacional, en respuesta a derecho de petición elevado el 3 de agosto de 2017 con el que allegó soportes para que sean actualizados en el Sistema de Información de Talento Humano y ser considerado para ascenso, le informa al señor Samir Emilio Tapia Torres el régimen legal que lo cobija, su naturaleza, que las medidas administrativas allí consignadas garantizan el interés general. Refiere el oficio que, en la documentación allegada, anexa el fallo proferido de 28 de febrero “hogaño” cuya investigación continúa en instrucción (para la fecha del oficio que se relaciona).

En cuanto al proceso penal, se resalta que para el 9 de agosto de 2017 se encontraba en etapa de juicio, surtiéndose la audiencia preparatoria por los delitos de secuestro simple, homicidio agravado, homicidio en persona protegida, falsedad en documento público, porte de armas o explosivos, fraude procesal y destrucción, supresión u

ocultamiento de documento público; razón por la cual, conforme a los artículos 51¹, 52², 543 y 60 literal f numeral 3⁴ del decreto 1799 de 2000⁵, aclarando que no es capricho del funcionario, ni es la intención interponer obstáculos para que no acceda a un ascenso, sino que debe dar cumplimiento a las normas mencionadas y que en el caso del demandante no cumple con uno de los requisitos de clasificación, atinente a la acusación que cursaba en su contra, y que además se encontraba vigente, sin que con ello se vulnere la presunción de inocencia y se consigna en el oficio en cita que, el artículo 97 del decreto 1790 de 2000⁶, el personal cobijado con sentencia absolutoria o revocatoria del auto de detención o cesación de procedimiento, podrá ser ascendido al grado inmediatamente superior, y concluye señalando que mientras no exista sentencia debidamente ejecutoriada, no es viable considerarlo para ascenso.

- Reposa certificado de salarios del señor Samir Emilio Tapia Torres, expedido el 13 de noviembre de 2020, como orgánico del Batallón de Infantería #7 Gr. José Hilario López.
- Según el documento con nro. de radicado 2020116010698703 MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMPP-CEDE 11-DINEG-15.1 de 26 de noviembre de 2020, el departamento jurídico integral del Ejército Nacional conceptuó que el proyecto de resolución por la cual se retira del servicio activo a un personal de suboficiales, se ajusta a la norma, siendo viable continuar con el trámite.
- De acuerdo con la resolución nro. 00006103 de 3 de diciembre de 2020, el señor comandante del Ejército Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares en forma temporal con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios, con fundamento en los artículos 99, 100 literal a numeral 3 y artículo 103 del decreto 1790 de 2000, al señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, con tres meses de alta devengando todos los haberes de actividad correspondientes a su grado, de conformidad con lo establecido en el decreto 1211 de 1990. Esta decisión le fue notificada al demandante, el 3 de diciembre de 2020.
- Obra oficio nro. 2021363000139911 de 27 de enero de 2021, la Dirección de Centros de Reclusión Militar del Ejército Nacional, certificó que el señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES cumplió con la privación de la libertad, en los siguientes periodos:

1 ARTICULO 51. CLASIFICACION PARA ASCENSO. La lista de clasificación para ascenso resulta de las clasificaciones anuales en el grado y es determinada por la junta clasificadora de cada Fuerza.

2 ARTICULO 52. LISTAS DE CLASIFICACION. Para los propósitos de clasificación se establecen cinco (5) listas así:

- a. Lista número UNO indica nivel EXCELENTE
- b. Lista número DOS indica nivel MUY BUENO
- c. Lista número TRES indica nivel BUENO
- d. Lista número CUATRO indica nivel REGULAR
- e. Lista número CINCO indica nivel DEFICIENTE

3 ARTICULO 54. LISTA UNO. Son clasificados en lista UNO, quienes en su evaluación anual obtengan los indicadores evaluados entre "Bueno y Excelente", de los cuales como mínimo dos (2) en "Excelente" y dos en "Muy Bueno". De los indicadores en "Excelente" uno (1) por lo menos ha de corresponder a desempeño en el cargo.

4 ARTICULO 60. NORMAS DE CLASIFICACIÓN. Como guía para las juntas clasificadoras, se enumeran algunas normas que deben regir la clasificación para ascenso:

(...)

f. En los siguientes casos los oficiales y suboficiales no serán clasificados para ascenso, sin que ello exima de la responsabilidad de conceptuarlos y evaluarlos:

- 1) Cuando exista en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.
- 2) Cuando exista en su contra auto de cargos.

3) Cuando exista en su contra resolución de acusación o convocatoria al consejo de guerra o suspensión provisional o en el ejercicio de funciones y atribuciones.

5 Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones.

6 Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

"PRIMERA DETENCIÓN.

(...)

Mediante Boleta de Encarcelamiento N°0185 de fecha 24 de diciembre de 2008, se solicita mantener en calidad de detenido y a disposición de ese despacho al señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento sin beneficio de libertad, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

Causa penal adelantada por el JUZGADO 1 PENAL DEL CIRCUITO DE YOPAL, autoridad judicial que resolvió al señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, conceder libertad provisional dentro del radicado 2009-0007. Autoridad judicial que a través de providencia de fecha 18 de junio de 2009, librando la Boleta de Libertad nro. 2009-0004 de fecha 23 de junio de 2009, siendo recepcionada el 13 de julio de 2017 y materializada el mismo día por verificación de antecedentes.

(...)

SEGUNDA DETENCIÓN.

(...)

Mediante Boleta de Encarcelamiento de fecha 14 de agosto de 2013, se solicita mantener en calidad de detenido y a disposición de ese despacho al señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento sin beneficio de libertad, por el delito de SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO, HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, SUPRESIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO, PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y FRAUDE PROCESAL.

Causa penal adelantada por el JUZGADO ÚNICO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE YOPAL, autoridad judicial que resolvió al señor SAMIR EMILIO TAPIA TORRES, conceder libertad provisional dentro del radicado 20150135. Autoridad judicial que a través de providencia de fecha 18 de junio de 2009, librando la Boleta de Libertad N° 007 de fecha 16 de diciembre de 2015, siendo recepcionada el 16 de diciembre de 2015 y materializada el mismo día por verificación de antecedentes."

En este mismo certificado, se señala que el tiempo de privación de la libertad del demandante, en el primer ingreso fue de cero años, 6 meses y tres días (entre el 20 de diciembre de 2008 y el 23 de junio de 2009); y, en el segundo ingreso de dos años, cuatro meses y tres días (entre el 13 de agosto de 2013 y el 16 de diciembre de 2015); fechas que se constatan con los folios del proceso penal aportado, de forma parcial.

- Mediante resolución nro. 3974 de 11 de marzo de 2021, el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al sargento segundo (RA) del Ejército Samir Emilio Tapia Torres, a partir del 3 de marzo de 2021, en cuantía del 58% del sueldo de actividad, correspondiente a su grado.
- Obra información disciplinaria y penal de procesos remitida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 16 de octubre de 2021, que, según la base de datos jurídica, se abrieron en contra del señor Samir Emilio Tapia Torres; se condensan en 4 procesos disciplinarios encontrándose todos archivados y 3 procesos penales, sin que se reportara existencia de fallo en ninguno de ellos.
- De acuerdo con el extracto de hoja de vida, el demandante ha hecho los siguientes cursos:
 - Formación de suboficiales a cabo tercero

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
 Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
 Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
 Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
 M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Exámenes de competencia profesional de C3 a CS
- básico de combate
- Capacitación intermedia (CS a CP)
- Capacitación intermedia (ascenso CP a SS)
- Capacitación avanzada SS a SV

✓ Fueron reportados como tiempos de servicios prestados, los siguientes:

<u>TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS</u>								
Fuerza	Clase tiempo	Fecha Inicio	Fecha termino	Clase	No.	Fundamento Legal		
						Fecha	Duración	
Ejército Nacional	ALUMNO SUBOFICIAL	01 Sep 2000	31 Ago 2001	ORDSEMUNI	37	15 Sep 2000	01 00 00	
Ejército Nacional	SUSPENSION PENAL	20 Dic 2008	23 Jun 2009	OFI-LEGAD	431081	20 Dic 2008	00 06 03	
Ejército Nacional	SUSPENSION PENAL	13 Ago 2015	16 Dic 2015	OFI-LEGAD	431081	13 Ago 2013	00 04 03	
Ejército Nacional	SUBOFICIAL	01 Sep 2001	03 Dic 2020	OAP-EJC	1087	25 Jul 2001	19 03 02	
Ejército Nacional	TRES MESES DE ALTA	03 Dic 2020	03 Mar 2021	RES-EJC	006103	03 Dic 2020	00 03 00	
Total Tiempos de servicio prestados:					Años	Meses	Días	
					20	06	02	

✓ Le figura al actor como último ascenso, el de sargento segundo, a partir del 6 de setiembre de 2011.

✓ Fueron anotadas en su hoja de vida, las siguientes clasificaciones:

CLASIFICACIONES

Grado	Lapso	Lista	Calificación	Concepto
SS	2016 - 2017	3	3	BUENO
SS	2017 - 2018	3	3	BUENO
SS	2018 - 2019	3	3	BUENO
SS	2019 - 2020	3	3	BUENO

✓ Cuenta con 92 felicitaciones, desde el ingreso hasta su retiro de la institución militar en los distintos cargos desempeñados, por diferentes conceptos.

✓ No le figuran sanciones disciplinarias ni investigaciones penales registradas en su hoja de vida.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

❖ Presunción de legalidad de los actos administrativos

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad⁷:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decrete la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

❖ Régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

A través de la Ley 578 de 2000⁸, el legislador otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República por el término de seis (6) meses para regular, entre otras materias, el régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y la Policía Nacional, por lo que, en virtud de dicha prerrogativa, el gobierno nacional profirió el Decreto ley 1790 de 2000⁹.

El mencionado decreto, dispuso en su 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."

A su vez, el artículo 100 estableció:

"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

(...)

3. Por llamamiento a calificar servicios. (...)"

7 CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

8 «Por medio de la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

9 Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La causal nro. 3, fue desarrollada en el artículo 103 del mismo decreto, que a letra dice:

"RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto."

Respecto al llamamiento a calificar servicios, la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, en sentencia de 25 de noviembre de 2021¹⁰, dijo:

"[E]sta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante, por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, ya que se presume expedido con la finalidad de mejorar el servicio [...] En tal sentido, se advierte que es la parte demandante quien debe acreditar de manera inequívoca que como consecuencia de un ejercicio arbitrario de la facultad discrecional el servicio desmejora. [...] [E]l accionante no acreditó una finalidad contraria a la Constitución y la ley de la facultad discrecional para retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios, la presunción de legalidad del acto administrativo demandado continúa incólume."

Actualmente el Consejo de Estado¹¹ sostiene lo siguiente:

"... la precitada normativa no impone a la Administración el deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su trámite está reglado y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en aras de procurar el mejor servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de las fuerzas militares por lo limitado de sus cupos y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos¹²."

En efecto, esta Corporación, en sentencia de 20 de marzo de 2013¹³, explicó:

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

En punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este

10 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, 25 de noviembre de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2017-00202-01(6182-19).

11 Consejo de Estado, expediente 25000-23-42-000-2015-03840-01 (975-2019). Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. 20 de enero de 2022.

12 En similar sentido se pronunció el CE en sentencias de 29 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-0002000- 00032-01(03132-05), C. P. Tarsicio Cáceres Toro; 5 de julio de 2007, expediente 25000-23-25-0002000-08973-01 (9020-05), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; 1º de marzo de 2012, expediente 05001-2331-000-2002-00428-01 (0871-11), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 21 de noviembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-01375-01 (0197-13), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (e); 11 de agosto de 2015, expediente 11001-03-15-000-2013-01431-00 (AC), C. P. Jorge Octavio Ramírez (e); 4 de mayo de 2017, expediente 25000-23-42-000-2013-00111-01 (0318-14), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter; entre otras.

13 Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana.

En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Por lo tanto, esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante, por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, que se presume expedido con la finalidad de mejorar el 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 (...)»¹⁴

En la sentencia de 2022 referenciada, el Consejo de Estado citó la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-091 de 25 de febrero de 2016, en lo que se refiere a la motivación de los actos administrativos que disponen el retiro de los servidores de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, así:

"Al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

3.10.2 De manera que, con esta providencia la Corte 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.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga

¹⁴ Sección segunda, sentencia de 8 de abril de 2010, C. P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 25000-23-25-0001999-06200-01 (0505-04).

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten¹⁵”. (Hemos destacado).

Y concluye el Consejo de Estado en su sentencia de 20 de enero de 2022:

“En este orden de ideas, actualmente, coincide el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional con el de esta Corporación, en el sentido de que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios se presumen expedidos en aras del mejoramiento del servicio oficial, por lo que no es necesaria su motivación expresa, toda vez que dicho llamamiento comporta una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, sin que esto implique una potestad arbitraria que esconda otras razones de fondo diferentes a los requisitos legales para su configuración, pues en caso de que ello ocurra el afectado tendrá la posibilidad de demandar a través de la acción (hoy medio de control) de nulidad y restablecimiento del derecho, eso sí con la carga probatoria tendiente a desvirtuar la aludida presunción de legalidad.

Dicho en otras palabras, en lo que atañe al llamamiento a calificar servicios, si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse que el principio de proporcionalidad, tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual está precedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta.”.

Queda entonces claro que el acto administrativo que ordena el retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, no requiere de motivación expresa ni soporte documental porque se presume expedido con miras al mejoramiento del servicio consecuencia de la renovación del personal uniformado, y que es al interesado a quien le corresponde demostrar que el uso de esta facultad que otorga el legislador, fue utilizada para propósitos discriminatorios o fraudulentos.

❖ Evaluación y clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la mencionada Ley 578 de 2000, expidió el decreto 1799 de 2000¹⁶, que en su artículo 59 define la clasificación para ascenso, como el resultado del estudio que realiza la junta clasificadora con base en las evaluaciones y clasificaciones obtenidas en el grado, para definir el ordenamiento dentro de un grupo determinado, según su calidad y desempeño profesional expresado numéricamente.

A su vez, el artículo 60, letra f numeral 3 *ibidem*, dispone:

“NORMAS DE CLASIFICACIÓN. Como guía para las juntas clasificadoras, se enumeran algunas normas que deben regir la clasificación para ascenso:

(...)

f. En los siguientes casos los oficiales y suboficiales no serán clasificados para ascenso, sin que ello exima de la responsabilidad de conceptuarlos y evaluarlos:

(...)

15 Criterio reiterado por ese mismo cuerpo colegiado, a través de fallo SU-217 de 28 de abril de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado: «[...] 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».

16 Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3) Cuando exista en su contra resolución de acusación o convocatoria al consejo de guerra o suspensión provisional o en el ejercicio de funciones y atribuciones. (...)"

Por su parte, el artículo 61 de la misma norma, establece:

"ARTICULO 61. RETIRO. Serán retirados del servicio activo dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de clasificación:

a. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares clasificados en lista CINCO

b. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplidos 15 o más años de servicio sean clasificados en lista CUATRO."

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Aterrizando al juicio de legalidad en el caso concreto, tenemos que el señor Samir Emilio Tapia Torres solicita la nulidad de los actos enjuiciados, considerando que, con su expedición se vulneraron los derechos al debido proceso, igualdad, honra, dignidad humana, y trabajo, al haber sido expedidos con falsa motivación, pues los argumentos allí expuestos son infundados porque a pesar de que soportó dos procesos penales y uno disciplinario, estaba postulado y cumplía con todos los requisitos para ser ascendido; de modo que, no ascendió al grado de sargento viceprimero por discriminación en su contra, siendo que se hallaba en igualdad de condiciones que sus compañeros. Igualmente, manifestó que la entidad usó la facultad que le otorga la norma como estrategia para desvincular a muchos militares para no permitir el cumplimiento de antigüedad de 20 años de servicios en la institución.

De la otra orilla, la defensa técnica de la Policía Nacional afirmó que la decisión de la Junta de Evaluación y Clasificación es discrecional y comporta valoraciones adicionales al servicio normal que se le exige a un miembro de la entidad, como el caso de la actitud hacia el servicio, calidades personales y profesionales, confianza, conveniencias institucionales, sosteniendo que el accionante no cumplió con uno de los requisitos establecidos en la Ley.

En este escenario pasamos a decidir.

De las pruebas enunciadas en el acápite primero de esta sentencia, se desprende que el demandante estuvo vinculado con el Ejército Nacional desde el 1.º de septiembre de 2000 hasta el 3 de marzo de 2021, figurándole una suspensión penal entre el 20 de diciembre de 2008 y el 16 de diciembre de 2015; para un tiempo total de servicios de 20 años, 6 meses y 2 días, y recibió 92 felicitaciones en esos años de servicios, en los que ascendió a varios grados, siendo el último el de sargento segundo.

Consta que el señor Tapia Torres fue investigado en dos oportunidades penalmente y en 4 ocasiones disciplinariamente, sin que se haya acreditado en este proceso que los asuntos penales cuenten ya con un fallo absolutorio o condenatorio, pues se encuentran suspendidos por remisión a la Justicia Especial para la Paz -JEP- desde el 16 de octubre de 2019, arrojando las piezas procesales aportadas que en el proceso 2010-00027 tramitado en el Juzgado Uno Penal del Circuito de Barrancabermeja se le concedió libertad provisional el 13 de julio de 2010 y en el proceso 2015-00135 tramitado en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal se le concedió libertad provisional el 16 de octubre de 2019, ambos, vigentes.

Consta en su hoja de vida que fue evaluado durante los años 2016 a 2020, obteniendo en todas las ocasiones una calificación de 3 puntos, lo que lo ubicó en la lista nro. 3. Se realizaron valoraciones médicas que en el año 2017 lo calificaron como apto para el ascenso, no obstante, el Comité Evaluador no recomendó su ascenso por encontrarse con resolución de acusación penal vigente en el proceso penal 2015 00135 adelantado por el Juzgado Único Penal del Circuito de Yopal, según consta en actas de evaluación de los suboficiales del arma de infantería postulados para ascenso (índice 20 expediente electrónico).

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En lo que atañe al retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios, de acuerdo con lo regulado en los artículos 99 y 103 del decreto 1790 de 2000, y tal como lo han ratificado de manera pacífica el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se tiene que la institución se encuentra facultada para retirar por llamamiento a calificar servicios a aquellos oficiales y suboficiales que hayan cumplido 15 o más años de servicios como requisito para obtener la asignación de retiro, previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, potestad que es de carácter discrecional y no requiere de motivación expresa, ni impone la obligatoriedad de darle a conocer al interesado los fundamentos o soportes de la recomendación de la citada Junta, en tanto es una herramienta que permite el relevo de mandos de la fuerza pública, para el mejoramiento del servicio.

En ese sentido, la Resolución nro. 0006103 de 3 de diciembre de 2020 por medio del cual se ordenó el retiro del señor Samir Emilio Tapia Torres, por llamamiento a calificar servicios, cumple con lo previsto en el decreto 1790 de 2000, por cuanto al momento de la desvinculación contaba con más de 20 años de servicio al Ejército Nacional, por lo que con fundamento en los artículos 13 del Decreto 4433 de 2004 y 1.º del Decreto 0991 de 2015 le fue reconocida y pagada la asignación de retiro en cuantía del 58.00 % del sueldo de actividad correspondiente a su grado, teniendo en cuenta como tiempo de servicios 17 años, 10 meses y 10 días, tiempo y porcentaje que no es dable analizar a este despacho por no ser la Resolución nro. 3974 de 2021 el acto administrativo enjuiciado.

Aunado a lo expuesto, la entidad demandada, no motivó la resolución nro. 0006103 de 3 de diciembre de 2020 con el concepto jurídico emitido por el departamento jurídico ni por el Comité de Evaluación del Ejército Nacional, sino que hizo uso del llamamiento a calificar servicios, facultad conferida por el legislador, que, como ya se dijo, tiene como propósito la renovación del personal uniformado, precedido este de razones de conveniencia institucional objetiva y por ello el acto administrativo no requiere de motivación expresa, pues se presume expedido en aras del mejoramiento del servicio oficial.

Ahora, recordemos que esta potestad no es absoluta, por cuanto, pese a no requerir motivación expresa, tampoco puede ser utilizada de manera arbitraria ni con abuso de poder, ya que, ello desbordaría la facultad otorgada haciendo en consecuencia anulable el acto administrativo por desviación de poder. Sin embargo, es en el demandante en quien reside la carga de probar que el acto administrativo fue consecuencia del ejercicio arbitrario de la institución o persecución en su contra, a efecto de desvirtuar la presunción de legalidad enjuiciada.

En el presente asunto, si bien el señor Samir Emilio Tapia Torres no estableció ninguna causal de nulidad de manera específica, de la lectura integral de la demanda es posible establecer que considera la expedición del acto administrativo irregular, por falsa y falta de motivación, así como con desviación de poder, pues en su sentir, no se tuvo en cuenta la excelencia de su trayectoria en la carrera militar, siendo retirado con abuso de poder de la autoridad por desconocer la presunción de inocencia que lo ampara al no existir ninguna condena en su contra, convirtiéndose la facultad del llamamiento a calificar servicios en una estrategia para darlo de baja de la institución, ya que, afirma, fueron las investigaciones penales lo que realmente motivó su retiro.

Al respecto, esta autoridad judicial disiente de la postura fijada por la parte demandante, toda vez, que, según la jurisprudencia *ut supra*, la excelencia en la hoja de vida y el buen desempeño es lo que se espera de todo servidor público, por lo que ello no le garantiza un fuero de estabilidad, dado que existen otros requisitos legales que se deben cumplir para obtener un ascenso o la permanencia en la institución.

Observa el despacho que el oficio del Ejército Nacional que dio respuesta a la petición de ascenso del señor Tapia Torres, en concreto indica que no es posible acceder a la misma, por cuanto sobre él recae una resolución de acusación derivada de la investigación que cursa en su contra, ello según el numeral 3 de la letra f, artículo 60 del decreto 1799 de 2000, que explícitamente prohíbe a la institución clasificar para ascenso a los oficiales y suboficiales cuando exista en su contra resolución de acusación.

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Según el material probatorio obrante en el expediente, la resolución de acusación realizada al señor Samir Emilio en el marco del proceso 201500135 fue expedida el 28 de julio de 2014, quedando en firme el 10 de diciembre de ese mismo año, y, conforme a la información sobre procesos a nombre del actor aportada por la entidad demandada, hasta la fecha no se cuenta con un fallo que le permita establecer a la entidad si existió o no condena en su contra, por lo que, por contera se encontraba el Ejército Nacional ante una imposibilidad legal de conceptuar favorable su ascenso; quedando por tanto descartada la desviación de poder alegada.

En tal virtud, dado que el accionante no acreditó que la finalidad de su retiro por llamamiento a calificar servicios fuera contraria a la Constitución y la ley, se concluye que el acto administrativo acusado no se encuentra viciado de nulidad por los cargos enrostrados, manteniendo por tanto intacta su legalidad. En ese orden, se negarán las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, no será necesario estudiar la solicitud de perjuicios reclamados.

3.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento y teniendo en cuenta que la demanda no carece de fundamento legal aunque no haya prosperado las pretensiones de la demanda, no se condenará en costas a la parte vencida en juicio.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

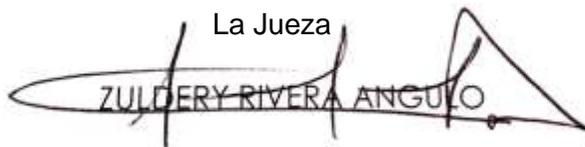
PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: carmario385@gmail.com, lizamoval@gmail.com, mapaz@procuraduria.gov.co, Notificaciones.Popayan@mindefensa.gov.co, mdnpopayan@hotmail.com

CUARTO: En firme esta providencia, liquídense los gastos del proceso y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

Zulderly Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Sentencia núm. 051 de 20 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008- 2021-00062-00
Demandante: SAMIR EMILIO TAPIA TORRES
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

15fcce9d67c64092a1cb79c3709dc9e70cdeda6af87ff62cc5828ef6b7922746

Documento generado en 20/05/2022 12:27:45 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**