



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	73001-33-33-753-2017-00068-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUIS ALFONSO GELVEZ VILLAMIZAR
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO:	REINTEGRO

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **LUIS ALFONSO GELVEZ VILLAMIZAR** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**.

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo Decreto No. 8168 del 14 de septiembre de 2016, emitido por el Ministro de Defensa, el cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios al señor Mayor Luis Alfonso Gélvez Villamizar.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a las entidades demandadas emitir los actos administrativos correspondientes a efectos de reintegrarlo al cargo que ocupaba o a otro igual o superior categoría sin solución de continuidad ni interrupción en el servicio.

1.3. Ordenar a la demandada el reconocimiento y pago de los salarios y demás haberes dejados de percibir desde la fecha del ilegal retiro por llamamiento a calificar servicios del mayor Gélvez Villamizar, es decir del 14 de septiembre de 2016, hasta la fecha en que sea reintegrado al cargo que tenía al momento de su desvinculación, o a otro similar o de igual categoría, teniendo en cuenta que percibía una asignación mensual de \$5.513.674,50, suma que deberá reajustarse a la fecha real de su reintegro.

1.4. Por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV.

1.5. Que la valoración de los daños atienda a los principios de reparación integral y equidad, que observe los criterios técnicos actuariales de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

1.6. Se ordene el ascenso al grado de Teniente Coronel con efectos jurídicos a la fecha retroactiva que le corresponda, incluidos salarios y prestaciones sociales causados por cumplir los requisitos establecidos en la ley y se ordene restablezca su antigüedad a la de sus compañeros ascendidos el 1º de junio de 2016.

1.7 Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso una relación de hechos, los cuales por su grado de relevancia se sintetizan así:

2.1. El Comandante del Ejército Nacional por medio de oficio 0831634 del 03 de septiembre de 2014, informa que de acuerdo con los resultados del estudio adelantado por el Comité, fue considerado para participar en la selección del personal de oficiales que integrarían el Curso de Estado Mayor 2015, indicando que el mayor Gelvez Villamizar debía presentar pruebas de admisión para iniciar el mencionado curso para ascenso al grado de teniente coronel, agregando que estaba sujeto a los artículos 51, 52 y 53 del decreto Ley 1790 de 2000.

2.2. Que el accionante aprobó los exámenes de admisión en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, donde logró finalizar todos los requisitos del curso de ascenso al grado de teniente coronel.

2.3. Que en el mes de diciembre de 2015, el demandante no pudo ascender al grado de teniente coronel toda vez que pesaba sobre él un pliego de cargos disciplinario formulado por la Procuraduría General de la Nación, lo cual conforme al literal F) numeral 2 del artículo 60 del Decreto 1799 de 2000, impedía el ascenso.

2.4. Que la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares mediante decisión del 16 de diciembre de 2015, resolvió declarar desvirtuado el cargo formulado y en consecuencia absolvió de responsabilidad disciplinaria al señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar.

2.5. Que el actor fue incluido para ascenso en el mes de junio de 2016, por lo que el Jefe de la Región, emitió concepto de idoneidad profesional para ascenso, pero para el mes de junio de ese año no apareció incluido en el decreto No. 1022 del 24 de junio de 2016.

2.6. En atención al hecho anterior, el demandante elevó petición para que se le indicaran los motivos por los cuales no fue ascendido y se le entregaran los respectivos actos administrativos.

2.7. Mediante respuesta del 09 de septiembre de 2016, el Oficial Sección Jurídica indica que lo solicitado no existe.

2.8. Que el 14 de septiembre de 2016, por medio de Resolución No. 8168 el Ministerio de Defensa Nacional retira del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios al señor Gelvez Villamizar.

2.9. Que el demandante solicitó mediante petición del 30 de noviembre de 2016, al Jefe de Historias Laborales del Comando de Personal los nombres de los oficiales que integran la Junta Clasificadora del Ejército Nacional, quien por medio de oficio del 20 de diciembre de 2016, informa que para el año 2016, de enero hasta junio, estaba como presidente el Mayor General Ricardo Gómez Nieto, como vocal el teniente coronel Heyner Cubides Roncancio y como secretario el Teniente coronel

William Chavarro Rojas, personas diferentes, afirma, a quienes realizaron y firmaron el acta No.10459 del 11 de abril de 2016, por lo que el acto administrativo demandado es ilegal por haber sido expedido con falta de competencia

2.10. Que el 11 de enero de 2017, el Jefe de la Sección Jurídica envió acta No. 10459 del 11 de abril de 2016, acta 07 del 29 de junio de 2016, pero no el acta del Ministerio de Defensa que recomienda el no ascenso del señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar.

2.11. Que el 30 de noviembre de 2016, el demandante solicitó al Comandante del Ejército certificación de las listas de clasificación en el grado de mayor en que fue calificado el señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar, copia de la propuesta de retiro del demandante presentada por el Comandante del Ejército a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, copia de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio en la que se exhorta su retiro.

2.12. Que la petición anterior fue resuelta por medio de oficio del 11 de enero de 2017, mediante el cual el Jefe de la Sección Jurídica, remite certificación de la clasificación del grado de mayor del señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar de los años 2011 a 2016 y copia del acta 07 del 29 de junio de 2016, por la cual se retira a un personal de oficiales del servicio activo.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Nación – Ministerio de Defensa – (fls 372-402).

Dentro de la oportunidad legal la entidad contestó la demanda y la reforma de la misma, manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones en atención a que el acto administrativo acusado se fundamentó en la facultad discrecional, regulada en el Decreto 1211 de 1990, ya que el demandante había cumplido más de 22 años de servicio, generándosele el derecho a la asignación de retiro previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

Afirma, que la evaluación que se realiza a todos los aspirantes no es solo de su desempeño en su última unidad militar o de los 2 o 3 últimos años, sino que por parte del Comité Evaluador y la Junta Calificadora se lleva a cabo un estudio minucioso de su historia laboral, desde el grado de subteniente hasta el grado de mayor.

Manifiesta la profesional, que el hecho de haber sido llamado el demandante a realizar curso de ascenso, haberlo realizado, finalizado y aprobado, no le otorga el derecho, *per se*, para ascender al grado inmediatamente superior, pues dicho curso es reglamentario y constituye uno de los requisitos mínimos para ello, conforme lo señala el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, indicando que adicionalmente debe dar cumplimiento a los requisitos comunes contemplados en el artículo 52 *ibídem*.

Señala que no es procedente acceder al ascenso solicitado, como quiera que éste supone una serie de presupuestos que solo se cumplen estando en servicio activo, ya que los mismos no son espontáneos ni automáticos y ello obedece al resultado de la reunión de los requisitos exigidos en la norma referenciada en el párrafo anterior.

Indica que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una decisión que si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en servicio activo que es llamado a finalizar sus actividades, éste hecho no constituye ni sanción, ni castigo ni despido, ni exclusión, ni deshonra, sino que se trata de un instrumento de la administración pública para relevar jerárquicamente a sus miembros en el evento de requerirse.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE

Alega la parte actora que hubo una indebida aplicación de los decretos 1790 y 1799 de 2000, ya que el acta No. 10459 del 11 de abril de 2016, ton solo tiene voz pero no voto, y no es tenida en cuenta para la clasificación definitiva regulada en el artículo 53.

Señala que el jefe de sección Jurídica frente a las listas de clasificación anexó certificación en la que consta que la junta clasificadora del Ejército Nacional catalogó en el grado de mayor al señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar en lista 2 para el año 2011-2012, lista 3 pata el año 2012-2013, lista 3 para el lapso 2013-2014, lista 3 para el año 2014-2015, lista 3 para el año 2015-2016.

Dice que de la lectura del numeral 3 del artículo 57 del Decreto 1512 de 2000, las Juntas Asesoras solo pueden aprobar o modificar clasificaciones, por lo que el Comandante del Ejército no tiene la facultad de modificar o crear nuevas estructuras.

Afirma, que la recomendación de no ascenso se profirió con infracción en las normas en que debía fundarse ya que las anotaciones negativas tenidas en cuenta en el acta 10459, no son causales de impedimento de ascenso; que se desconoció que las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelanten los comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre el ascenso de personal y retiro del servicio activo.

Alega, que se trasgredió el principio de legalidad y el principio del non bis in ídem, ya que el demandante fue juzgado dos veces por la misma conducta, pues fue sancionado al momento de la comisión de la conducta y nuevamente para el momento de la no recomendación para el ascenso, cuando realmente fue calificado como un oficial bueno.

Señala el profesional del derecho que en el presente asunto hubo violación al debido proceso administrativo ya que después de no ser recomendado el ascenso, posteriormente se hizo por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa el retiro por llamamiento a calificar servicios; así mismo, indica que el acto administrativo nace viciado por falsa motivación y que existió violación al principio de confianza legítima del actor.

4.2 PARTE DEMANDADA

4.2.1 Nación – Ministerio de Defensa

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y señaló que la demanda carece de fundamento jurídico como quiera que el demandante fue retirado del servicio activo mediante la Resolución 8168 de 2016, y que la decisión se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, como quiera que la misma tuvo origen en aspectos especiales de índole institucional, que irradian la carrera militar, en cuanto son necesarios para el cabal cumplimiento de las tareas institucionales.

Finalizó el solicitando disponer que no le asiste razón a la parte demandante en sus pretensiones, por lo que solicita se nieguen las mismas y se mantenga incólume el acto demandado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si ¿es procedente ordenar el reintegro del señor LUIS ALFONSO GELVEZ VILLAMIZAR en el cargo que ocupaba al momento de su retiro, o a otro igual o de superior jerarquía, en atención a que el acto administrativo de retiro no cumple con los requisitos legales para su procedencia, entre ellos el acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional en la cual se recomienda el no ascenso, o sí por el contrario el retiro del demandante se encuentra conforme a derecho por tratarse de una facultad legal que sirve de mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de carrera de los uniformados?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda como quiera que el acto acusado se emitió con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, con falta de competencia, falsa motivación, expedido irregularmente, con violación al debido proceso en el trámite de ascenso, así como del principio de legalidad.

6.2. Tesis de la parte demandada.

6.2.1. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Manifiesta que el acto acusado fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional otorgada a la Fuerzas Públicas y en el acta No. 07 del 28 de junio de 2016, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional recomendó el llamamiento a calificar servicios del demandante, por haber cumplido 22 años de servicio, por lo que pasó a gozar de asignación de retiro, constituyéndose en fuente de ingreso para solventar su vida en condiciones de dignidad.

6.3 Tesis del despacho

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda como quiera que el acto acusado, Resolución 8168 del 14 de septiembre de 2016, fue proferida por el Ministro de Defensa Nacional como autoridad competente en ejercicio de sus funciones, y con la recomendación emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, según obra en el Acta 07 de 28 de junio de 2016, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 del Decreto Ley 1790 de 2000, es decir con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa que regula el asunto del retiro en las Fuerzas Militares.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El Ministerio de Defensa Nacional ejecutó sanción impuesta al señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar en cumplimiento de un fallo disciplinario	Documental: Copia de acta No. 0637 del 29 de marzo de 2012 (Fl. 354)
2. El Comité de evaluación efectuó evaluación final de los oficiales de grado mayor considerados para ascenso al grado de teniente coronel en el mes de diciembre de 2015, decidiendo recomendar para ascenso al mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar	Documental: Copia de acta No. 8408 del 24 de septiembre de 2015 (Fl. 29-42)
3. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional relacionó al mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar con pliego de cargos.	Documental: Copia acta No. 09 del 07 de octubre de 2015 (Fl. 43-45)
4. La Dirección de Personal Sección de Ascensos del Ejército Nacional emitió instrucciones sobre la evaluación y estudio de los oficiales considerados para ascenso en el mes de junio de 2016.	Documental: Copia de Directiva Transitoria No. 0488 del 21 de diciembre de 2015 (Fl. 282-319)
5. El Ministerio de Defensa Nacional retiró del servicio activo al señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar, junto a otros, “por llamamiento a calificar servicios”	Documental: Copia de la Resolución No. 8168 del 14 de septiembre de 2016 (Fl. 4-8, 346-347 y 2-4 C2).
6. El accionante prestó un total de veintidós años nueve meses veinticuatro días de servicio, y se retiró por llamamiento a calificar servicios.	Documental: Copia de certificación expedida por sección atención al usuario (Fl.9).
7. El actor realizó curso de ascenso de mayor a teniente coronel en la Escuela Superior de Guerra de Bogotá	Documental: Copia de extracto hoja de vida (Fl. 11-17).
8. El Comité de Evaluación efectuó estudio final y recomendación de los oficiales de grado mayores considerados para ascenso en el mes de junio de 2016, decidiendo no hacerlo frente al mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar	Documental: Copia de acta No. 10459 del 11 de abril de 2016 (Fl. 21-26).
9. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional relacionó al accionante dentro de los recomendados para retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, teniendo en cuenta que tenía derecho a una asignación de retiro.	Documental: Copia acta No. 07 del 28 de junio de 2016 (Fl. 51-59, 3-11 C3, 5-13 y 23-31 C2)
10. En evaluaciones de desempeño en el cargo respecto del señor Gelvez Villamizar se efectuaron felicitaciones, anotaciones de	Documental: Copia de formularios 1, 2, 3 y 4 de los periodos 2010-2011, 2011-

mérito, conceptos negativos, conceptos positivos, entre otros.	2012, 2012-2013, 2013-2014, 2014-2015 y 01-12-15 a 04-04-16 (Fl. 183-242)
11. El Comité de evaluación efectuó evaluación final de los oficiales de grado mayor considerados para ascenso al grado de teniente coronel en el mes de junio de 2016, decidiendo el comité no ascender al mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar por sanciones en el folio de vida	Documental: Copia de acta No. 10459 del 11 de abril de 2016 (Fl. 320-322 y 18-19 C2)
12. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional no recomendó el ascenso del mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar al grado inmediatamente superior, como causal de no ascenso "comité".	Documental: copia de acta No. 04 del 11 de abril de 2016 (Fl. 329-331)
13. La Dirección de Sanidad en razón al llamamiento a calificar servicios del señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar, expidió la correspondiente hoja de servicios.	Documental: copia de la hoja de servicios No. 3-5441278 (Fl. 343-344)
14. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar asignación de retiro a partir del 14 de diciembre de 2016.	Documental: copia de la resolución No. 8217 del 09 de diciembre de 2016 (Fl. 369-371)

8. De la motivación de los actos que retiran del servicio a los miembros de la Fuerza Pública.

Ha de señalarse que la discusión de la motivación o no de los actos administrativos de desvinculación del servicio activo de los miembros de cualquier fuerza ha sido variada, como amplias han sido las tesis desarrolladas por parte de las Altas Corporaciones Judiciales, a título de ejemplo la posición de la Corte Constitucional quien en Sala Plena mediante sentencia de unificación SU - 053 de 12 de febrero de 2015, refiere entre otros aspectos el precedente jurisprudencial relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, y en esas decisiones judiciales, señaló que su desconocimiento vulnera los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral, advirtiendo que dichas decisiones no deben equiparse a arbitrariedad.

En tal sentido, son susceptibles del control de constitucionalidad o legalidad y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, pues de lo contrario la decisión administrativa es arbitraria.

De igual manera en el mencionado fallo, se unificó el estándar mínimo de motivación de los actos de retiro de los miembros activos de las fuerzas en ejercicio de la facultad discrecional, para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de servidores, de la siguiente manera:

"(...)

Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

...De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución..." (Negrillas del Despacho)

Posteriormente, fue emitida la sentencia SU 091 de 2016, donde la Corporación guardiana de la Constitución unificó los criterios de motivación, control de legalidad y discrecionalidad de los retiros en las Fuerzas Militares y la Policía, en esa ocasión señaló, que existía una clara diferencia entre llamamiento a calificar servicios y el retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional y, frente al deber de motivación en ambos casos, para concluir que el acto que retira a un miembro de la Fuerza Pública, en uso de la facultad discrecional de llamamiento a calificar servicio, no exigía motivación. La mencionada providencia señaló:

*"...3.9.13.1. No se le puede otorgar igual tratamiento a ambas figuras (retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General), pues sus finalidades y efectos son diferentes. **En el caso del llamamiento a calificar servicios es una terminación normal de la carrera de oficial dentro de la institución, con base en las dos (02) causales establecidas en la ley** y, en el caso del retiro por voluntad se produce cuando por razones de "Mejoramiento del Servicio", forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad de los miembros de la Policía, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de esta Institución para el desempeño de sus funciones".*

3.9.13.2. En cuanto la exigencia de "motivación" frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro. *En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015, dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que "tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad*

judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada".

3.9.13.3. *Por otro lado, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del llamamiento a calificar servicios, este retiro no es absoluto, pues tal y como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia quien es retirado del servicio invocando esta causal ingresa a ser parte de la reserva activa de la institución y en cualquier momento por necesidades del servicio se puede solicitar su reincorporación como fue el caso del General Retirado Teodoro Campo Gómez, quien fue nombrado durante el periodo del Expresidente Álvaro Uribe Vélez como Director General de la Policía Nacional.*

3.9.13.4. *El retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad la renovación del personal de los cuerpos armados y la manera corriente de terminar la carrera oficial, que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por este motivo no puede ser ejercida con otra finalidad, como por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta.*

3.9.13.5. *Al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal. El primer "filtro" se presenta en el ascenso de Mayor a Teniente Coronel, y que ha sido denominado en el Código Militar como "suerte de código de honor", la cual todos tienen conocimiento desde su ingreso a la institución.*

3.9.14. *En síntesis, la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto. Para lo cual, se deben observar dos requisitos: 1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), mientras que en el retiro por voluntad de la administración, existe la necesidad de motivar expresamente el acto, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro, mientras que en el retiro por voluntad, no siempre sucede ast(...)*3

En sentencia de Unificación SU- 217 de 28 de abril de 2016, la H. Corte Constitucional señaló:

"...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..."
Negrillas del Despacho.

Sobre el tema en comento, el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de junio de 2018, dentro del expediente 0667-15 con ponencia del Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, señaló:

*“...De lo anterior se puede afirmar que el llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como manifestación del ejercicio de la 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, que atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados y facilita el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera de oficial, 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 y personales.***

*Además, debe insistirse en que **la figura jurídica de llamamiento a calificar servicios no implica un castigo sino que es una manera legal y corriente de salir de las fuerzas armadas, que permite la renovación de su personal, con garantía de la subsistencia a los sujetos que se les aplica, cuando ya no estén en el ejercicio de sus funciones.***

...De lo anterior, es posible afirmar que existe una presunción legal, en el sentido de que los actos de llamamiento a calificar servicios son expedidos en aras del buen servicio, y que no requieren ser motivados, toda vez que ésta se encuentra prevista en la ley...”

9. CASO CONCRETO.

Debe señalarse en primer lugar que la parte demandante en el escrito de demanda señala una gran cantidad de comentarios y afirmaciones en lo que respecta a las normas violadas y concepto de violación, de los cuales el Despacho precisa los siguientes:

i) Indebida aplicación de los decretos 1790 y 1799 de 2000, para lo cual realiza la transcripción de varios artículos, sin embargo, en nada explica ni argumenta las razones por las cuales considera que existe una incorrecta aplicación de las normas referenciadas, olvidando el actor que a más de indicarse los supuestos normativos presuntamente vulnerados por el acto acusado, también debe explicarse con precisión y claridad los aspectos concretos en que recae la trasgresión normativa, debidamente demostrados, y como quiera que ello no ocurre en el presente asunto, es claro que el Despacho no puede asumir tal carga procesal y por ende, dicho cargo no puede ser objeto de estudio.

Por otra parte, señala que ii) el acto administrativo de clasificación y recomendación fue expedido por un funcionario sin competencia, argumentando que los oficiales que integraron la Junta que emitió el acta No. 10459 del 11 de abril de 2016, fueron unos, cuando debió ser integrada por otros de acuerdo con lo señalado en el artículo 39 del Decreto 1799 de 2000.

Frente a ello, es preciso indicar que tales aspectos no pueden ser objeto de estudio por parte de esta falladora judicial en atención a que la falta de competencia

alegada, lo es respecto del contenido del acta No. 10459 del 11 de abril de 2016, por medio de la cual el Comité de Evaluación decidió no ascender al demandante al grado de teniente coronel y cuya legalidad no fue demandada en el presente asunto, pues el acto administrativo acusado por el demandante corresponde a la Resolución No. 8168 del 14 de septiembre de 2016, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional retira del servicio activo al Mayor Luis Alfonso Gelvez Villamizar “por llamamiento a calificar servicios”, luego no es posible realizar un control de legalidad respecto de un acto administrativo que no fue atacado en nulidad, ni sirvió de fundamento para la expedición del acto enjuiciado, ello por cuanto, los cargos alegados o invocados en la demanda deben ser respecto del acto enjuiciado conforme se establece en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, garantizando de esta manera en su integridad el debido proceso y el derecho de defensa.

A más de lo anterior, se debe precisar que tanto el acta 10459 y la resolución 8168 son actos administrativos independientes, uno no depende del otro, pues el acto acusado no es consecuencia directa de la primera mencionada, ni ésta a su vez constituye requisito para la expedición del acto administrativo de retiro, por cuanto dicha decisión, obedece a la facultad discrecional de la administración, donde a más de ello se evidencia que tuvo como fundamento lo señalado en el acta 07 del 28 de junio de 2016, proferida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, sin que la legalidad de ésta última tampoco fuera demandada por el actor en el presente asunto.

Así las cosas, es claro que la falta de competencia alegada por la parte actora no es frente al acto administrativo objeto de reproche, Resolución No. 8168 del 14 de septiembre de 2016, ni tampoco respecto de aquel que le sirvió de fundamento, acta 07 del 28 de junio de 2016, sino respecto de otra serie de actos administrativos que no fueron objeto de demanda y frente a los cuales el Despacho no puede deliberadamente realizar un control de legalidad.

Ahora, es necesario recordar que la facultad discrecional ha sido concebida como una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar la permanencia o retiro del servicio, cuando a su juicio las necesidades del servicio así lo exijan, y en tales 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 posibilidades¹; por tanto, se trata de un instrumento idóneo 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 al interior de los mismos, conforme los apartes jurisprudenciales señalados en párrafos anteriores.

Igual situación acontece respecto del argumento consistente en que **iii)** la recomendación de no ascenso se realizó con infracción a las normas que debería fundarse, ya que dicha afirmación lo es respecto del acta 10459 del 11 de abril de

¹ Sentencia de 17 de noviembre de 2011. Sección Segunda – Subsección «B» C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: Mario Alberto Cañas Ortega. Demandado: Ministerio De Defensa – Ejército Nacional.

2016, la cual como ya se dijo, no fue objeto de reproche ni sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo demandado.

También señala el actor que **iv)** se vulneró el debido proceso administrativo en atención a que se emitió el Decreto de ascenso 1022 del 24 de junio de 2016, sin existir acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa que recomendara el no ascenso del mayor Luis Alfonso Gelvez y la que se anexó fue emitida de forma posterior, esto es, el acta 07 del 28 de junio de 2016.

Es claro para el despacho, que el actor presenta serias inconformidades respecto de varios actos administrativos emitidos dentro del proceso que surtió la entidad demandada para realizar ascensos dentro de la carrera militar, pero los mismos no fueron objeto de reproche por el demandante en el libelo demandatorio dentro del presente proceso, luego no puede pretender controvertir su legalidad en esta instancia judicial cuando el acto administrativo acusado corresponde a otro, el cual valga la aclaración, fue emitido de forma posterior y no corresponde al resultado final del proceso de ascenso, tal y como ya se había explicado anteriormente.

Así las cosas, si el demandante se encontraba inconforme con el contenido del acta 10459 del 11 de abril de 2016 y el Decreto de ascenso 1022 del 24 de junio de 2016, debió atacar en nulidad los mismos, expresando los argumentos aquí traídos, y no como erradamente lo hizo, demandando el acto administrativo de retiro, pues los cargos invocados como causal de nulidad deben serlo frente al acto o actos acusados, y no frente a otros, así se desprende del contenido de los artículos 137 y 138 del CPACA. , ello en ejercicio de los principios de legalidad y congruencia.

También indica el profesional que **v)** el acto administrativo demandado nació viciado de nulidad por violación al debido proceso y al principio de legalidad haciendo referencia nuevamente a la falta de competencia del comité evaluador, luego tal argumento se controvierte fácilmente con lo expuesto en párrafos anteriores; acto seguido y dentro del mismo cargo realiza una mezcla confusa sobre la presunta vulneración de los derechos de defensa, audiencia y debido proceso, non bis in ídem sin explicar de forma clara, precisa y ordenada en qué consiste la vulneración de cada uno de éstos, ni mucho menos demostrando en qué sentido se violaron, olvidando que es deber de la parte que alega un hecho, probar el mismo, conforme la carga de la prueba que establece el artículo 167 del Código General del Proceso, y cuyo deber no puede ni debe ser asumido por el juez.

Así mismo argumenta el abogado que **vi)** el acto administrativo censurado nace viciado por falsa motivación bajo el argumento que no existen elementos que permitan establecer los motivos que determinaron la conveniencia de la desvinculación del actor del Ejército Nacional, cuando el demandante fue calificado en el grado de mayor como MUY BUENO y BUENO.

Dichos argumentos han sido objeto de estudio por parte de nuestro órgano de cierre en múltiples providencias, sosteniendo de manera clara, continua y uniforme que, la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esas condiciones del buen desempeño constituyen la manifestación del deber de todo

servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente, luego no puede pretender la parte actora que al tener buenas calificaciones en el cargo de Mayor, ello le otorgue por sí solo un ascenso en la carrera militar, o por el contrario, inhabilite a la administración de ejercer sus potestades discrecionales.

Igualmente señala el profesional que **vii)** el acta 007 del 28 de junio de 2016, de la Junta Asesora es inexistente de pleno derecho al no estar suscrita por todos los intervinientes, desconociendo que las actas de las decisiones de los cuerpos colegiados de cualquier naturaleza, se validan como medio probatorio siempre y cuando tengan las firmas de quienes participaron en las deliberaciones.

Al respecto, el Decreto 1799 de 2000 *“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”* y el Decreto 1512 de 2000, *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”*, en nada se pronuncia sobre quienes deban suscribir las respectivas actas, por el contrario, éste último tan sólo indica en su artículo 54 que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares está integrada por: *“1. El Ministro de Defensa Nacional 2. El Comandante General de las Fuerzas Militares 3. Los Comandantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea 4. Los Oficiales Generales y de Insignia en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá”*.

Ahora, de la lectura del acta No. 07 del 28 de junio de 2016, la cual fue tenida en cuenta para la expedición del acto acusado, resolución 8168 del 14 de septiembre de 2016, se evidencia que dicho acto estuvo presidido por el Ministro de Defensa y contó con la asistencia de 46 oficiales, entre ellos el Comandante del Ejército Nacional, el Comandante de la Armada Nacional, el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor y Fuerza Aérea Colombiana, luego su constitución y conformación se encuentra conforme los lineamientos acabados de referenciar.

Es de advertir que los 46 oficiales relacionados en el texto del acta lo hicieron en calidad de asistentes, luego es claro que para la validez de dicha acta no se requiera de forma obligatoria la firma de éstos, sin embargo, la misma fue suscrita por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como se puede ver en su texto, esto es, por el Ministro de Defensa Nacional, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandante de la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y del Ejército Nacional.

Ahora, la Resolución 8168 del 14 de septiembre de 2016, por medio de la cual se retiró del servicio activo al actor, fue proferida por el Ministro de Defensa en ejercicio de las funciones conferidas por el artículo 90 del Decreto Ley 1790 de 2000, y se expidió previa recomendación que emitiera la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional en acta 07 del 28 de junio de 2016, cumpliendo así lo señalado en dicha disposición, que a la postre reza:

“...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...” Negrillas por fuera de texto.

Así las cosas, y dando un alcance amplio a los argumentos señalados por el apoderado de la parte actora, se tiene que los actos acusados fueron expedidos por funcionarios investidos de competencia y en ejercicio de sus funciones, y los demás cargos no fueron demostrados, por lo que la presunción de legalidad de la cual gozan no fue desvirtuada, conservando así su validez y eficacia, razones suficientes para declarar desde este momento la negativa de declaratoria de nulidad de los mismos.

Por otra parte, y como quiera que no hay lugar a establecer perjuicios en el presente asunto en razón a que el acto acusado mantiene su presunción de legalidad, el Despacho se abstiene de pronunciarse frente al testimonio de la señora Paula Andrea Portela Franco, esposa del demandante por considerarlo innecesario.

Ahora bien, como quiera que el actor fue retirado del servicio activo por “llamamiento a calificar servicios”, es preciso señalar que dicha causal se encuentra regulada en el artículo 103 del referido Decreto 170, el cual señala.

“...ARTÍCULO 103. 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...”

Conforme a lo visto en el proceso, se evidencia que el señor Luis Alfonso Gelvez Villamizar para el año 2016 tenía más de 15 años de servicio, exactamente contaba con 22 años, y le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 8217 del 09 de diciembre de 2016, a partir del 14 de diciembre de 2016, luego es claro que la administración hizo ejercicio de la facultad discrecional de que goza, la cual ha sido objeto de estudio en múltiples providencias por parte de las Altas Cortes.

Es el caso de la sentencia del 27 de junio de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado dentro del proceso 17001-23-33-000-2013-00602-01(0667-15), Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, dijo:

“...Además, debe insistirse en que la figura jurídica de llamamiento a calificar servicios no implica un castigo sino que es una manera legal y corriente de salir de las fuerzas armadas, que permite la renovación de su personal, con garantía de la subsistencia a los sujetos que se les aplica, cuando ya no estén en el ejercicio de sus funciones.

(...) Es pertinente recordar que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, lo que implica que en la medida en que se asciende, se restringe

progresivamente el número de cupos, razón por la cual no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

(...)De lo anterior, es posible afirmar que existe una presunción legal, en el sentido de que los actos de llamamiento a calificar servicios son expedidos en aras del buen servicio, y que no requieren ser motivados, toda vez que ésta se encuentra prevista en la ley... Resaltado fuera de texto.

Así las cosas y conforme todos los argumentos señalados, se encuentra establecido que el acto administrativo acusado se expidió conforme a las leyes preexistentes, fue proferido en procura del buen servicio, y por parte del Ministro de Defensa Nacional con motivo de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, según obra en el Acta 07 de 28 de junio de 2016.

10. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda como quiera que el acto administrativo acusado, fue proferido por el Ministro de Defensa Nacional como autoridad competente en ejercicio de sus funciones, y con la recomendación emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, según obra en el Acta 07 de 28 de junio de 2016, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 1790 de 2000.

11. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

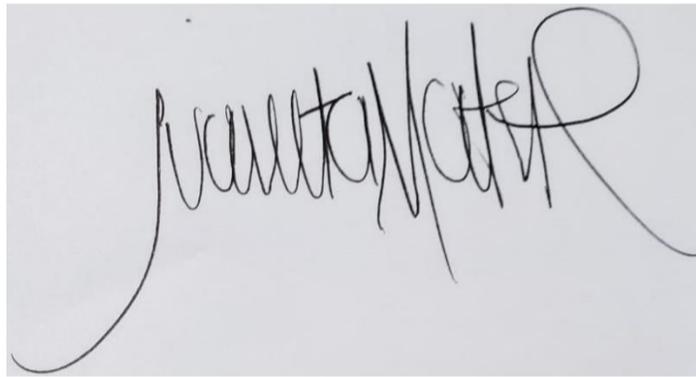
SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija como agencias en derecho el 4% de lo pedido.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvase a la parte demandante.

QUINTO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes'.

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ**