

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

DEMANDANTE : GILBERT EDUARDO ARTEAGA ARÉVALO
DEMANDADO : NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA
NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN : 1500133330112016-00003-00
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda y tesis del demandante (fl. 2-49 y 203):

El ciudadano GILBERT EDUARDO ARTEAGA ARÉVALO, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

Solicitó el demandante la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 6208 del 22 de julio de 2015, a través del cual se le retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares, por llamamiento a calificar servicios. A título de restablecimiento del derecho pide se le reubique nuevamente en el cargo de miembro del estado mayor de la Primera Brigada del Ejército Nacional, repartición castrense con sede en la ciudad de Tunja, o en otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración, y se declare que no habido solución de continuidad ni interrupción en el servicio que venía prestando; se condene al pago de salarios y emolumentos que dejó de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha en que se dé cumplimiento al fallo, en forma actualizada de conformidad con el artículo 187 del CPACA y al pago de

perjuicios morales por la suma equivalente a 100 SMLMV o la más alta que jurisprudencialmente fije el Consejo de Estado.

Señala que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad bajo los siguientes argumentos: **i)** vulneró los artículos 100, literal a, numeral 3 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 (modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 1104 de 2006 respectivamente) y los artículos 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 y 75 del Decreto Ley 1799 de 2000, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia SU-053 de 2015, más exactamente el derecho a continuar al servicio de la institución y ascender al grado de Coronel ya que contaba con las calidades (estudios, calificaciones, felicitaciones, condecoraciones y clasificados) para que se procediera a su ascenso; **ii)** por falta de motivación conforme lo ordena la sentencia SU-053 de 2015, desconociendo el actor porque razón fue retirado, vulnerándose así su derecho al debido proceso; **iii)** la expedición fue irregular, toda vez que se desconoció las normas en que debía fundarse, se tuvo en cuenta las sentencias C-445 de 2011 y C-676 de 2001 que fueron reevaluadas por la Corte Constitucional en sentencia SU-053 de 2015 y además se sustentó en un acto preparatorio –concepto previo de la Junta Asesora- ineficaz de pleno derecho como quiera que este no se motivó en la necesidad, conveniencia u oportunidad del retiro; **iv)** la Junta Asesora no tiene competencia para valorar anotaciones negativas y de demérito, toda vez que su concepto debe fundarse en las listas de clasificación en estricto cumplimiento al mandato establecido en el artículo 53 del Decreto Ley 1799 de 2000; **v)** la Junta Clasificadora del Ejército fue suplantada por un comité sin competencia alguna para efectuar la selección de los oficiales de grado Teniente Coronel que cumplían antigüedad para ascenso en el mes de diciembre de 2014, comité de evaluación el cual sin motivación alguna recomendó no fuera ascendido y **vi)** fue expedido con desviación de poder y falsa motivación, ya que el retiro obedeció a animadversión de sus superiores por problemas que se presentaron con personal contratado con prestación de servicios y por mal uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios.

2. Contestación y tesis de la entidad demandada (fl. 110-130 y 203 vto.):

La entidad demandada compareció al proceso mediante apoderada, para oponerse a las pretensiones de la demanda, explicando lo siguiente: **i)** que la resolución acusada es legal toda vez que se cumplió con los requisitos exigidos para hacer uso de la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2011, modificado

por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, esto es, por tener derecho a la asignación de retiro y por concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, además se respetó el debido proceso del demandante; **ii)** en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios no requiere motivación adicional a la que prevé la ley para los actos administrativos de desvinculación por facultad discrecional los cuales no ameritan motivación; **iii)** la idoneidad y buen desempeño del demandante no es impedimento para que la entidad llame a calificar servicios pues así lo ha establecido el Consejo de Estado y **iv)** no se prueba que la entidad hubiese actuado con desviación de poder o falsa motivación, por el contrario afirma que esta actuó dentro de sus competencias y conforme a la ley.

3. Alegatos de conclusión:

En el término de traslado para alegar (fl. 402), las partes y el Ministerio Público se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.-Parte demandante (fl. 404 s): Reiteró lo manifestado en la demanda y concluyó que i) el acto administrativo fue expedido en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 100, literal a) numeral 3 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 1104 de 2006 y reglada por los artículos 53 y 99 del Decreto Ley 1799 de 2000; ii) respecto de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la H. Corte Constitucional recientemente en sentencia SU-091 de 2016 determinó que para el proferir el acto de retiro del oficial o suboficial, no se requería motivación extra textual, sin embargo el acto acusado fue falsamente motivado como quiera que se fundamentó en hechos del devenir profesional del demandante que ya habían sido evaluados, es decir, que habían hecho tránsito a cosa juzgada; iii) el Comandante del Ejército al no elaborar el estudio y/o propuesta para presentar el nombre del demandante a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, y este cuerpo colegiado, desconocieron abiertamente el deber que les imponía el artículo 53 del Decreto Ley 1799 de 2000 de fundamentar el concepto previo que sirvió como acto preparatorio para proferir el acto acusado, más aun cuando el demandante se ubicaba en la lista de clasificación "No. DOS: MUY BUENO" y iv) la aparente motivación del acto demandado como del acto preparatorio, infringe las normas en que debía fundarse, provocando trámite irregular, desviación de poder y falsa

motivación que da lugar a la declaratoria de nulidad y el consecuente reintegro del actor al Ejército Nacional.

3.2.-Parte demandada (fl. 434 s) Reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, resalta que el acto acusado fue proferido en ejercicio de las facultades legales y que el retiro estuvo precedido por la recomendación del comité de evaluación y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, cumpliéndose así los requisitos previstos en la norma.

Aclara que la facultad discrecional no implica explicar los motivos ni la finalidad buscada con la decisión administrativa, en razón a que se considera que se actuó por razones del buen servicio.

Indica que no existe nexo causal entre los hechos de la demanda y el retiro del servicio, como quiera que la Junta de Asesora realizó una evaluación exhaustiva y meticulosa de cada uno de los oficiales aspirantes al grado de coronel, tanto así, que la calificación dio como resultado concepto de no tener el perfil requerido; por lo que las felicitaciones y condecoraciones que hubiere recibido no pueden entenderse como una prerrogativa de permanencia dentro de la Fuerza Pública, en razón a que las mismas no impiden que el nominador haga uso de la facultad discrecional que la ley le otorga para retirar del servicio activo.

Considera que no existe soporte probatorio que demuestre lo manifestado en la demanda en relación a la supuesta orden emitida por el General Flórez frente al llamamiento a calificar servicios, como quiera que del documento suscrito por el mismo general y que reposa en el proceso de la referencia, se corrobora que éste no conoce ni de trato ni en persona al demandante y adicionalmente, de los demás documentos se advierte que el referido general no hizo parte de la Junta Asesora ni profirió concepto o estudio previo con referencia al demandante.

Refiere que en relación al testimonio de la señora Quiñonez Torres, este es irrelevante e insuficiente, toda vez que considera que no basta con la sola afirmación de los supuestos motivos que dieron lugar a la desvinculación, sino que se requiere que sean probados plenamente. Por lo que, solicita se nieguen las pretensiones.

3.3. -Ministerio Público (fl. 430 s) allega concepto en el que transcribe apartes de la sentencia SU-091 de 2016 de la Corte Constitucional y de la sentencia del 7 de abril de 2016 del Consejo de Estado. Concluye que el acto de llamamiento a calificar servicios

constituye una forma normal de dar por terminada la vinculación de un miembro de la Fuerza Pública por tener derecho a gozar de la asignación de retiro y previo concepto de la Junta Asesora de Ministerio de Defensa, según se desprende de los artículos 99 inciso 2 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Señala que para el caso en concreto se encuentra probado que la Entidad demandada agotó los requerimientos establecidos en la ley, los cuales por vía jurisprudencial se han concretado como se reseñó en precedencia, sin que se requiera una motivación expresa en los actos que formalizan el retiro; adicionalmente, indica que no advierte que la decisión que se pretende anular haya obedecido a consideraciones subjetivas constitutivas de arbitrariedad que ameriten el reproche endilgado, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho el estudio de legalidad del acto acusado Resolución No. 6208 del 22 de julio de 2015, por la cual se retiró del servicio activo al TC (RA) GILBERT EDUARDO ARTEAGA ARÉVALO por llamamiento a calificar servicios, a la luz de los cargos de nulidad propuestos en la demanda y que ya fueron reseñados en la tesis de las partes.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. Del retiro del servicio activo de los miembros de las Fuerzas Militares.

El Decreto 1790 de 2000, "por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.", dispone en su artículo 99 frente al retiro del servicio activo lo siguiente:

"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.” (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, el artículo 100 refiere a las causales de retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, entre las cuales está el llamamiento a calificar servicios, así:

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

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

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

b) Retiro absoluto:

(...)” (Negrilla fuera del texto)

Al respecto de dicha causal, el artículo 103 ibídem la consagra en los siguientes términos:

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

Así las cosas, es claro que para retirar a un oficial de la Fuerzas Militares en servicio activo por llamamiento a calificar servicios, se requiere que haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro y que además exista acto administrativo proferido por el Ministro de Defensa Nacional previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

2.1. Del llamamiento a calificar servicios.

Sobre esta causal de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública, el Consejo de Estado la ha definido: "(...) **como un instrumento mediante el cual se remueve al personal de las instituciones militares y de policía, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro**, con la finalidad de adaptarlas a nuevas necesidades de la sociedad y facilitar el ascenso de sus miembros."¹ De igual forma, ha precisado que la misma "(...) **no comporta una sanción o trato degradante**, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses."² (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que "El llamamiento a calificar servicios es **una manera normal de retiro del servicio activo** dentro de la carrera militar y de la Policía Nacional **que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro**. Esta modalidad especial de retiro del servicio obedece a la estructura piramidal de dichas carreras que no admite el ascenso al grado superior de todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior y la misma permite la renovación del personal uniformado, atendiendo a razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario."³ (Negrilla fuera del texto).

2.2.-De la motivación y la facultad discrecional de los actos de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios

Al respecto el Consejo de Estado indicó "(...) que el llamamiento a calificar servicios, **corresponde al ejercicio de una facultad discrecional**, y por ello, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad".⁴ (Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, precisó que dicha modalidad de retiro "(...) se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de tutela del 7 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Ver también providencias de la Sección Segunda, Subsección "B", del 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11) y del 20 de marzo de 2013, número interno: 0357-12. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² *Ibidem*. Ver también providencia de la Sección Segunda, Subsección "A", del 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), M.P. Alfonso Vargas Rincón.

³ Corte Constitucional. SU-091 del 25 de febrero de 2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de tutela del 16 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00385-00(AC). C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Ver también providencia de la Sección Segunda. Subsección B del 11 de junio de 2009. Radicación No. 250002325000200101287 01.Expediente: No. 2368-2008. M.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre (...)”⁵.

Luego, aclaró que “(...) **para la procedencia de la causal de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no se requiere motivación** en los términos que él plantea **sino que (a) exista concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional y; (b) que la persona sobre quien se dispone el retiro cumpla requisitos para acceder a la asignación de retiro. Ello es así porque se trata de una facultad discrecional, que se presume ejercida en aras del buen servicio. La existencia de otras razones que configuren una desviación de poder, debe demostrarse.”**⁶ (Negrilla fuera del texto)

No obstante, indicó que dicha facultad discrecional debía obedecer a unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su aplicación⁷, esto es, que la decisión este precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos.

Por su parte, la Corte Constitucional sobre este punto unificó jurisprudencia mediante sentencia SU-053 de 2015⁸ en la que señaló que si bien es cierto que los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública expedidos mediante la figura del llamamiento a calificar servicios y proferidos en virtud de la facultad discrecional no requieren motivación adicional a la que está prevista en la Ley, también lo es, que deben cumplir con un estándar de motivación, es decir, basados en razones objetivas y hechos ciertos, posición que fue reiterada en las sentencias SU-172⁹ y 288¹⁰ de 2015, esta última que recopiló las pautas mínimas de motivación que deben tenerse en cuenta y que no solo son aplicables a la Policía Nacional sino también a las Fuerzas Militares, a saber:

“8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados 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.

⁵ *Ibidem*. Ver también providencias de la Sección Segunda, del 8 de abril de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06200-01(0505-04) y del 30 de octubre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de tutela del 17 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01434-01(AC). C.P.: Gabriel Valbuena Hernández.

⁷ *Ibidem*. Ver también providencia de la Sección segunda -Subsección B. del 17 de noviembre de 2011. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Del 12 de febrero de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ Del 16 de abril de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Del 14 de mayo de 2015. M. P. Mauricio González Cuervo.

8.2. 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.

8.3. 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.

8.4. 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 legamente 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.

8.5. **El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora**, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

8.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tiene carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

8.7. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal específica (sic) de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.

A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional. (...).¹¹ (Negrilla fuera del texto).

Sobre dichas sentencias de unificación el Consejo de Estado¹² se pronunció indicando que dicho "estándar de motivación" a que se refiere la Corte Constitucional, si bien no implica en un principio que los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública deban

¹¹ Corte Constitucional. SU-288 del 14 de mayo de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de tutela del 05 de octubre de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02207-00(AC). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Ver también sentencia de tutela del 7 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC), del mismo ponente.

contener en "su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones...",¹³ también lo es, que "... los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública"¹⁴. Que en otras palabras se traduce en: i) la proporcionalidad y razonabilidad que deben direccionar el ejercicio de la facultad discrecional, ii) "la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo...", los cuales "tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos"¹⁵, lo anterior con el fin de que puedan ser controvertibles en sede judicial los móviles que determinaron el retiro del servicio activo.

En reciente providencia, la Corte Constitucional en sentencia SU-091¹⁶ del 2016 vuelve y reitera su jurisprudencia frente al estándar de motivación de los actos proferidos bajo la figura del llamamiento a calificar servicios y la posibilidad de ejercer un control jurisdiccional sobre los mismos, en los siguientes términos:

"(...) No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

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."

13 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de tutela del 7 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Ver también sentencia de tutela del 21 de julio de 2016. Expediente núm.: 1001-03-15-000-2016-01704-00. C.P.: William Hernández Gómez (E).

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

16 Del 25 de febrero de 2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado¹⁷ reseñó lo siguiente: "... la Corte precisó que la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en la Ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto. Expresó que, sin embargo, ello no puede conducir a que esa figura se utilice como una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo de retiro el cual sería, entonces, susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Frente a lo cual puntualizó que "**(...) no es necesario expresar las razones por las que se desvincula (...) bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley.**"

Así las cosas, para el Despacho dafe concluir que el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios es de naturaleza discrecional, no obstante, dicho acto requiere de un estándar mínimo de motivación que dé cuenta de las razones objetivas del retiro, pues en el caso contrario se incurre en arbitrariedad¹⁸ o desviación de poder; a su vez, para su materialización se debe cumplir con unos requisitos, esto es, que exista concepto previo de la Junta asesora o del Comité de evaluación según el caso, el cual debe ser suficiente y razonado. Adicionalmente, ha de exigirse que la persona sobre quien se dispone el retiro cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro, sin que dicho tiempo de servicio cumplido implique obligatoriamente la aplicación de la referida causal, pues se hace necesario evaluar además la trayectoria profesional y los motivos por lo que ha de recomendarse el retiro¹⁹; sin embargo, se advierte que las calidades excepcionales del uniformado, como la buena conducta, las excelentes calificaciones y las condecoraciones, no le confieren una garantía de permanencia en la institución²⁰, sumado al hecho de que las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora deben ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro.

2.3.- De la desviación de poder y la falsa motivación.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencias de tutela de fechas 7 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; ver también providencias del 16 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00385-00(AC). C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; 21 de julio de 2016. Expediente núm.: 1001-03-15-000-2016-01704-00. C.P.: William Hernández Gómez (E).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de tutela del 05 de octubre de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02207-00(AC). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de tutela del 19 de mayo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00377-01 (AC). C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

El Consejo de Estado²¹ ha definido la falsa motivación como *"...un vicio del acto administrativo, denominado vicio material, es decir, que se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto"*. Y de otra parte, ha señalado que la desviación de poder *"...consiste, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario."* Los cuales como ha reiterado la jurisprudencia deben ser acreditados por la parte actora correspondiéndole a esta la carga de la prueba.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado que el señor TC (RA) GILBERT EDUARDO ARTEAGA ARÉVALO ingresó al Ejército Nacional a partir del 01 de marzo de 1989, en el grado de Cadete y, con posterioridad, ocupó los grados de Alférez, Subteniente, Teniente, Capitán, Mayor y finalmente Teniente Coronel de Infantería (fl. 55), cumpliendo como tiempo de servicios 25 años, 10 meses y 21 días.

Durante los años 2009-2014 según se desprende de su folio de vida, del extracto de su hoja de vida y de la planilla de calificación del Comité de Evaluación el actor fue evaluado de la siguiente manera:

1. En el grado de Mayor para los años -2009-2010-, donde se observa que alcanzó el distintivo de curso de estado mayor por sus condiciones profesionales; fue ascendido al grado Teniente Coronel; recibió felicitaciones por sus condiciones personales, profesionales, por su desempeño en el cargo, en el ejercicio del mando; conceptos positivos en el ejercicio del mando, por su responsabilidad como evaluador y revisor, por sus condiciones personales y obtuvo como calificación final lista uno (fl. 319-324 y 325-333).
2. En el grado de Teniente Coronel para los años -2010-2014-, donde se observa felicitaciones por sus condiciones profesionales, personales, en el ejercicio del mando, en el desempeño en el cargo, por su ética militar; conceptos positivos en el desempeño en el cargo, en el ejercicio del mando, por ética militar, por sus condiciones personales, profesionales, por su competencia administrativa; anotaciones de mérito en el desempeño en el cargo, por sus condiciones profesionales, personales, por su responsabilidad como evaluador y revisor, por su ética militar; que le fue conferida orden del mérito militar

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 11 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00468-00(1797-11). C.P.: Gabriel Valbuena Hernández.

"ANTONIO NARIÑO", medalla militar "FE EN LA CAUSA", medalla por tiempo de servicios, medalla "SIMONA DUQUE DE ALZATE" y medalla militar "INOCENCIO CHINCA". Sin embargo, tiene anotaciones administrativas en el ejercicio del mando por personal herido a su cargo; una (1) **anotación administrativa** donde se le exhorta a cumplir las metas; una (1) **anotación de demérito** en el desempeño en el cargo por presentar falencias en su labor como Jefe de Operaciones de la Unidad Operativa Menor en aspectos relacionados con el control a los procesos propios de la sección que repercuten en la falta de obtención de resultados, además de contar con cuatro (4) anotaciones de demérito más cinco (5) anotaciones negativas para los años 1998 a 2002 y 2004-2005. Finalmente, obtuvo como calificación final para los años 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013 y 2013-2014 la lista dos, tres, dos y dos respectivamente (fl. 159-162, 240-242 y 300-304), sin embargo estos dos puntajes finales fueron calificados por la Junta Clasificadora en tres, quedándole la definitiva en lista tres (fl. 57, 81, 336-346, 349-359, 363-369 y 70-75)

El 10 de octubre de 2014, el Comité de Evaluación, mediante Acta No. 4382 efectuó la evaluación final del personal de Oficiales de Grado Tenientes Coroneles considerados para ascenso a Coronel en el mes de diciembre de 2014, entre ellos, del señor Gilbert Eduardo Arteaga Arévalo recomendando no ascenderlo señalando como causa "COMITÉ" (fl. 87-93, 133-136, 243-249, 305-318, 379 vto. 386 y 390-396). El Comité al evaluar el desempeño profesional del Teniente Coronel según se desprende la planilla de calificación conceptuó que: *"el oficial según criterio del comité de evaluación no tiene el perfil requerido actualmente el comando de la fuerza, presenta una serie de anotaciones negativas afectando su puntaje siendo de esta forma deficiente. Su historia laboral en calidad exigida."* (fl. 162, 242 y 304).

Por su parte, la Junta Clasificadora a través del Acta No. 4817 del 31 de octubre de 2014 definió la clasificación definitiva de ascenso, estableciendo para el caso del señor Arteaga Arévalo que se clasificaba de forma definitiva en la lista (3) tres (fl. 80-82)

Es así que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, mediante Acta No. 10 del 26 de diciembre de 2014, recomendó el llamamiento a calificar servicios del señor Gilbert Eduardo Arteaga Arévalo, como Teniente Coronel de Infantería del Ejército Nacional, en los siguientes términos:

"ACTA No. 10 DEL 26 DE DICIEMBRE DEL 2014 REUNIÓN EXTRAORDINARIA DE LA HONORABLE JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PARA LAS FUERZAS MILITARES

(...) B. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS (Aplicación artículo 103 del Decreto Ley 1790/2000).

1. Teniente Coronel INF. ARTEAGA AREVALO GILBERT EDUARDO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 12.992.085.

(...) Que nombrado el Comité de Evaluación respectiva del personal de Tenientes Coroneles considerados para ser estudiados para ascenso al grado inmediatamente superior, este no lo recomendó, tomando en consideración que del estudio de la historia laboral, se encontró que el señor Teniente Coronel **ARTEAGA AREVALO GILBERT EDUARDO**, presenta una serie de anotaciones negativas y de demérito, que afectaron su puntaje final, lo que le impide tener el perfil requerido por el Comando de la Fuerza, además que la misma se encontró en calidad exigida. Lo que le impide contar con la confianza de sus superiores y compañeros para desempeñar un cargo de mayor envergadura.

(...) La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, después de estudiar la propuesta sometida a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los Oficiales que se relacionan anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y artículo 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, recomendando por unanimidad el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.". (fls. 76-79, 137-154 y 250 vto. - 259) (Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, el 22 de julio de 2015, mediante Resolución No. 6208²² el Ministro de Defensa Nacional ordenó el retiro del actor, por llamamiento a calificar servicios, de acuerdo a lo previsto en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto 1790 de 2000 (fl. 50-51, 156-158, 387-388 y 398-400).

Acreditado lo anterior, es del caso analizar cada uno de los cargos de nulidad propuestos en la demanda, así:

i) Aduce que se vulneró los artículos 100, literal a, numeral 3 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 (modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 1104 de 2006 respetivamente) y los artículos 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 y 75 del Decreto Ley 1799 de 2000, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia SU-053 de 2015, más exactamente el

²² Que fue notificada personalmente al demandante, el día 23 de julio de 2015 (fl. 52).

derecho a continuar al servicio de la institución y ascender al grado de Coronel ya que contaba con las calidades (estudios, calificaciones, felicitaciones, condecoraciones y clasificación dos) para que se procediera a su ascenso.

Sobre el particular, advierte el Despacho que de ninguna manera se encuentra vulneradas dichas normas, como quiera que: a) Es la misma ley la que faculta al nominador para retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, sin que dicha causal implique una sanción o trato degradante, sino un instrumento válido de renovación del personal de la Fuerza Pública en procura del mejoramiento del servicio, pues así lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado como quedo reseñado en renglones anteriores; b) Dicha causal de retiro exige para su habilitación que el oficial que se va a retirar haya cumplido con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, que para el caso que nos ocupa se observa que el señor Arteaga Arévalo al haber ingresado a la Fuerzas Militares en 1991 y al encontrarse escalafonado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, esto es, a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 su situación prestacional se regula por lo dispuesto en el Decreto No. 0991 de 2015²³, tal como se reseñó en el acto acusado, y que en su artículo 1, señala:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.

Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro (...).

Por lo que, es claro que el demandante al ser retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios ya superaba el tiempo mínimo que se requiere para tener derecho a la asignación de retiro, toda vez que tal como se desprende del extracto de su hoja de vida llevaba veinticinco (25) años de servicios (fl. 54), cumpliéndose por tanto con dicha condición; c) En cuanto a la regulación que hace el Decreto Ley 1799 de 2000 frente al sistema de evaluación y clasificación de los oficiales

²³ "Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"

no se observa vulneración a dichas normas, toda vez que la trayectoria militar del demandante y por ende su desempeño profesional ha sido objeto de evaluación permanente tanto así que ha recibido felicitaciones, condecoraciones, conceptos favorables y hasta anotaciones de demérito y negativas, situaciones todas estas que fueron valoradas en conjunto por la Junta de Clasificación (*órgano encargado de ratificar o modificar las clasificaciones anuales y efectuar las clasificaciones para ascenso*) como de la Junta Asesora para tomar la determinación de no ascenderlo al grado inmediatamente superior y de retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios respectivamente; d) Tampoco se encuentra vulneración alguna al artículo 3 del CPACA que refiere a los principios que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, por el contrario se observa que se respetó el debido proceso del actor, en razón a que se dio aplicación a las normas que regulan la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios y una vez se profirió el acto de retiro éste le fue notificado en debida forma como los demás documentos que sustenta la decisión sin existir reserva alguna; e) Por último, respecto de la sentencia SU-053 de 2015, tampoco se avizora quebrantó alguno a dicho precedente judicial, pues tal como lo adujo la Corte Constitucional si bien los actos proferidos en virtud de la facultad discrecional mediante la figura de llamamiento a calificar servicios no requieren motivación adicional a la prevista en la ley, es decir, no se requiere explicar las razones del retiro en el acto propiamente, también lo es, que si deben cumplir un estándar de motivación, el cual se cumple en el presente caso, a saber:

- La decisión se basó en razones objetivas y hechos ciertos, pues se encuentra acreditada la existencia de anotaciones de demérito y negativas que influenciaron la decisión de no recomendar su ascenso, además el demandante cumplía con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro por lo que fue retirado del servicio.
- El acto estuvo fundamentado en el concepto previo que emitió el Comité de Evaluación, la Junta Clasificadora y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares (fl. 87-93, 80-82 y 76-79).
- Fue proporcional y razonable la decisión adoptada como quiera que se presume que se tomó en el marco del mejoramiento de servicio y de renovación del personal militar, no demostrándose lo contrario por la parte actora, teniendo el deber de la carga de la prueba.
- El concepto emitido por el Comité de Evaluación se fundó en una planilla de evaluación donde analizó el desempeño profesional y personal del actor desde que ostentó el cargo de

subteniente hasta el de teniente coronel, teniendo en cuenta aspectos positivos, negativos, cargos desempeñados, capacitación y preparación profesional y donde se consignó las anotaciones de demérito y negativas realizadas en los folios de vida del demandante que se tuvieron en cuenta para no recomendar el ascenso (fl. 159-162).

- Razones de las cuales tuvo conocimiento el actor al momento que fue retirado, tanto así que con la demanda allegó copia del concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares donde se aduce que su puntaje final se vio afectado por las anotaciones de demérito y negativas que le impiden tener el perfil requerido por el Comando de la Fuerza y por lo cual ha perdido la confianza de sus superiores para ocupar altos cargos (fl. 78).

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

Al respecto, es del caso citar pronunciamiento del Consejo de Estado²⁴ donde reitera: ***“En efecto, en el sub-lite, las autoridades judiciales accionadas concluyeron que el retiro del actor estuvo sustentado en el mejoramiento del servicio, pues para el momento en que fue llamado a calificar servicios, aquel acumulaba un tiempo superior a 18 años de servicios, y a pesar de que contaba con excelentes calificaciones y condecoraciones en su hoja de vida, lo cierto es que esas circunstancias per se no implicaban su permanencia indefinida en la institución, máxime si había cumplido con los requisitos para empezar a percibir su asignación de buen retiro.”*** (Destacado por la Sala)

ii) Es nulo por falta de motivación conforme lo ordena la sentencia SU-053 de 2015, desconociendo el actor porque razón fue retirado, vulnerándose así su derecho al debido proceso.

Al respecto dirá el Despacho que este cargo carece de fundamento habida cuenta que no es cierto que el actor no conociera de los motivos de su retiro por llamamiento a calificar servicios pues del concepto mismo expedido por la Junta Asesora del Ministerio de

²⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 10 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02518-01. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y que fue aportado con la demanda se observan claramente las razones que llevaron a su desvinculación, concepto el cual soporta el acto administrativo acusado el cual no está viciado de falsa motivación pues cumplió con el estándar de motivación previsto por la Corte Constitucional y fue puesto en conocimiento del actor.

iii) La expedición fue irregular, toda vez que se desconocieron las normas en que debía fundarse, se tuvo en cuenta las sentencias C-445 de 2011 y C-676 de 2001 que fueron reevaluadas por la Corte Constitucional en sentencia SU-053 de 2015 y además se sustentó en un acto preparatorio –concepto previo de la Junta Asesora- ineficaz de pleno derecho como quiera que este no se motivó en la necesidad, conveniencia u oportunidad del retiro.

Carece de fundamento este cargo, en la medida en que la expedición del acto acusado fue conforme a derecho, esto es, fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 100, literal a) numeral 3 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 1104 de 2006 y reglada por los artículos 53 del Decreto Ley 1799 de 2000 y 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, cumplió con el estándar mínimo de motivación que prevé la sentencia SU-053 de 2015 y se sustentó en un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, que contrario a lo manifestado por el actor, sí se motivó en la necesidad de mejoramiento del servicio que se presume, salvo prueba en contrario, a cargo de la parte que demanda; en la conveniencia del servicio de renovar la estructura piramidal de las fuerzas militares y en la oportunidad del retiro, pues una vez se presentó la circunstancia de ascenso a grado de Coronel no solo se analizó su trayectoria profesional y calidades personales para efectos de si se recomendaba o no su ascenso, sino que también se verificó si cumplía con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro para proceder a retirarlo mediante la figura de llamamiento a calificar servicios.

iv) La Junta Asesora no tiene competencia para valorar anotaciones negativas y de demérito, toda vez que su concepto debe fundarse en las listas de clasificación en estricto cumplimiento al mandato establecido en el artículo 53 del Decreto Ley 1799 de 2000.

Tal afirmación, no es cierta, como quiera que la Junta Asesora sí es competente para valorar dichas anotaciones negativas y de demérito más aun cuando las mismas son tenidas en cuenta en el estudio que hacen del desempeño profesional el Comité de Evaluación y la Junta

Clasificadora, esta última que tiene entre otras funciones, clasificar para ascenso a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como determinar la lista de clasificación anual definitiva (Art. 44-51 del Decreto 1799 de 2000).

Por ende ha de señalarse que la clasificación definitiva de la lista que haga la Junta Clasificadora sobre el desempeño profesional del oficial constituye base fundamental para los estudios que adelanten los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre ascensos de personal y/o retiros del servicio (Art. 53 del Decreto 1799 de 2000), como en efecto fue valorado para el caso que nos ocupa, pues se insiste dichas listas de clasificación son el reflejo de lo que arroje el desempeño profesional del militar, el cual se expresa en forma numérica, esto es, lista: uno, dos, tres, cuatro y cinco y constituye el conjunto de condiciones éticas, profesionales, conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes que debe poseer el Militar con el fin de lograr un comportamiento adecuado y un eficiente desempeño profesional para ocupar un determinado cargo (Art. 74 del Decreto 1799 de 2000), valoración del desempeño que se puede ver influenciada por la existencia de anotaciones positivas, de felicitaciones, de mérito como de demérito y aun negativas, tanto así que de lista dos pasó a lista tres.

v) La Junta Clasificadora del Ejército fue suplantada por un Comité sin competencia alguna para efectuar la selección de los oficiales de grado Teniente Coronel que cumplían antigüedad para ascenso en el mes de diciembre de 2014, Comité de Evaluación el cual sin motivación alguna recomendó no fuera ascendido.

Tal argumento tampoco es cierto, en razón a que en ningún momento la Junta Clasificadora fue suplantada, pues se advierte que por un parte el Comité de Evaluación emitió el Acta No. 4382 de 2014 por medio de la cual efectuó el estudio final del personal de tenientes coroneles considerados para ascenso a Coronel en el mes de diciembre de 2014 (fl. 87-93) y por otro lado, la Junta Clasificadora también en uso de facultades emitió el Acta No. 4817 de 2014 a través de la cual realizó estudio y definió la clasificación definitiva para ascenso y novedades de justicia del personal de oficiales considerados para ascenso en el mes de diciembre de 2014 (fl. 80-82). Adicionalmente, el Comité de Evaluación si expresó los motivos por los cuales no recomendaba el ascenso.

vi) El acto acusado fue expedido con desviación de poder y falsa motivación, ya que el retiro obedeció a animadversión de sus superiores por problemas que se presentaron con personal contratado

con prestación de servicios y por mal uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios.

Sobre el particular, se observa que el demandante adujo en la demanda que *"fue excluido de la lista de sus compañeros que fueron ascendidos, y obtuvo como información que se debió a la gestión efectuada por el señor General Javier Flórez Aristizabal, para darle juicio de reproche por los contratiempos surgidos con la Doctora Andrea Gómez Pardo odontóloga vinculada mediante contrato de prestación de servicios profesionales a la primera zona de reclutamiento, repartición castrense que comandaba el demandante..."* (fl. 4).

Así mismo, en su declaración juramentada el demandante (fl. 63-64) señaló que fue excluido para el ascenso de Coronel por diferencias presentadas con una odontóloga vinculada mediante contrato de prestación de servicios quien se escudaba en que era la protegida del General Javier Flórez Aristizabal y que nadie le podía hacer nada.

Además, la señora Olga Patricia Quiñonez Torres²⁵ en su testimonio indicó que no entendían por qué a su esposo el señor Arteaga Arévalo no se le había ascendido al grado de Coronel, sí el cumplía con las condicionamientos profesionales y personales para el efecto, y que además se le hubiera retirado del servicio activo sin explicación alguna. Hace resaltar al igual que el demandante que tales decisiones que considera injustas obedecieron a la intervención del General Flórez como retaliación por los inconvenientes que tuvo el demandante con una odontóloga que decía ser la protegida del referido general y que era intocable.

De las anteriores, afirmaciones no encuentra el Despacho sustento probatorio alguno y si por el contrario se advierte que el General Javier Flórez Aristizabal mediante oficio radicado No. 20161190384211 del 22 de junio de 2016 frente a lo endilgado en su contra, contestó y reiteró que *"no conozco al señor TC ® GILBERT ARTEAGA AREVALO, que no he emitido concepto de ningún tipo en contra del mencionado oficial, y que los hechos relatados en la demanda, donde me involucran como causante del NO ascenso carecen de todo sustento legal y probatorio para que sean tenidos en cuenta dentro de un proceso judicial."* (fl. 222).

Es de resaltar, que la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶ frente a la desviación de poder ha indicado que *"debe tener un definido*

²⁵ (Min 00:07:29 a 00:30:59)

²⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02777-00(AC). C.P.: María Elizabeth García González.

respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.", lo cual no se encuentra acreditado pues solo se tiene las manifestaciones de que no fue ascendido y que fue desvinculado por represalias que ejerció un General, las cuales no prueban que la decisión adoptada hubiese perseguido un propósito particular, personal o arbitrario, sino por el contrario, con la documental obrante en el expediente se advierte que se buscó el mejoramiento del servicio y la renovación de las filas castrenses.

En cuanto a la falsa motivación ha señalado la Corporación que consiste en un error de hecho o derecho que vicia el acto, situaciones estas que no se advierten por este juzgador, por el contrario se encuentra acreditado que el acto se fundó en hechos ciertos, objetivos y verificables, como lo fue por un lado cumplir el actor con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro y por lado el concepto previo de la Junta Asesora que estuvo a su vez sustentado en conceptos emitidos por el Comité de Evaluación y la Junta Clasificadora que dan cuenta del desempeño profesional del actor, de la existencia de anotaciones de demérito y negativas, que obran en los folios de vida y en la planilla de evaluación, situaciones que redundaron en la pérdida de confianza por parte de sus superiores para poder ejercer un alto cargo, como lo sería el ascenso a grado Coronel.

Tampoco se encuentra acreditado que se haya hecho mal uso de la figura de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, antes bien se realizó en uso de la facultad discrecional y de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por último, la parte actora dentro de sus alegaciones indica que el acto acusado fue falsamente motivado como quiera que se fundamentó en hechos del devenir profesional del demandante que ya habían sido evaluados, es decir, que habían hecho tránsito a cosa juzgada, situaciones que no habilitan el ejercicio de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ya que contrarían lo señalado por la Corte Constitucional en reciente sentencia SU-091 de 2016 que determinó que para el proferir el acto de retiro del oficial o suboficial, no se requería motivación extra textual.

Discrepa el Despacho de los anteriores argumentos de la parte actora, como quiera la evaluación del desempeño profesional de un oficial, implica un estudio juicioso e integral de su carrera militar desde su

ingreso a la institución y no respecto de los últimos años de servicio, más aun cuando del mismo depende la adopción de decisiones como los ascensos o retiros del servicio, por lo que las anotaciones que haya tenido en su momento, más si son negativas o de demérito, no pueden tener la connotación de cosa juzgada. Además se le recuerda a la parte, que una de dichas anotaciones de demérito es reciente y corresponde al periodo en que ostentó la calidad de Teniente Coronel, último cargo desempeñado en la Fuerzas Militares al momento del retiro.

Se reitera entonces, que dicha causal de retiro por llamamiento a calificar servicios se habilita en un primer momento al ejercerse la facultad discrecional, luego cuando se cumpla con el derecho a recibir asignación de retiro y finalmente previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, por lo que la motivación del acto está dada por la ley, sin que se requiera que se consignen las razones o motivación extra textual; no obstante, como ya se dijo, se requiere el cumplimiento de unos requisitos previos a la adopción de la decisión que hacen parte del denominado estándar de motivación que nuevamente fue reiterado por la Corte Constitucional en sentencia SU-091 de 2016, que implica entre otras, la existencia de razones ciertas y objetivas orientadas al mejoramiento del servicio como el análisis de la trayectoria militar, por lo que no se advierte que el acto acusado hubiera quebrantado dicho precedente judicial.

Sumado a lo anterior, alega la parte actora que el Comandante del Ejército al no elaborar el estudio y/o propuesta para presentar el nombre del demandante a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, y este cuerpo colegiado, desconocieron abiertamente el deber que les imponía el artículo 53 del Decreto Ley 1799 de 2000 de fundamentar el concepto previo que sirvió como acto preparatorio para proferir el acto acusado, más aun cuando el demandante se ubicaba en la lista de clasificación "No. DOS: MUY BUENO".

Al respecto, de lo anterior se observa que mediante oficio No. 20163131155611 del 02 de septiembre de 2016 el Oficial Sección Jurídica DIPER informó que *"para el retiro por llamamiento a calificar servicios no se exige estudio previo por parte de un Comité especial designado para el efecto. La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa recomienda al Gobierno Nacional el retiro del servicio"* (fl. 239 y 298)

En efecto, considera el Despacho que el Comandante del Ejército no requiere realizar un estudio previo para presentar a consideración la

trayectoria militar del demandante, pues es la Junta Asesora en uso de sus facultades la llamada a recomendar o no el retiro, decisión que fue adoptada bajo el análisis del desempeño profesional del oficial, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por el Comité de Evaluación y por la Junta Clasificadora, sin que se requiera algo adicional, fuera de cumplir con el tiempo para tener derecho a la asignación de retiro. Se reitera a la parte, que las excelentes calidades del militar o ubicación en la lista uno, dos a un tres no generan estabilidad laboral y por ende un perpetuamiento en la Fuerza Pública siendo razonable el uso de dicha causal de retiro.

En consecuencia, el Despacho denegará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró acreditar que el acto acusado estuviera viciado de falsa motivación o de desviación de poder, por el contrario se demostró que la decisión se fundó en la ley y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

5. De las costas y agencias en derecho.

Se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de un millón tres mil seiscientos veintiún pesos con ochenta y siete centavos m/cte. \$1.003.621,87.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

TERCERO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003²⁷, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones negadas en la sentencia, esto es, la suma de un millón tres mil seiscientos veintidós pesos con ochenta y siete centavos m/cte. \$1.003.621,87²⁸.

CUARTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

QUINTO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

²⁷ "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

²⁸ Valor que corresponde a los perjuicios materiales y morales solicitados en la demanda, estos es: la suma de \$31.416.687,35 más 100 SMLMV al 2016 (\$689.455).