



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO:** *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*  
**RADICACIÓN:** *110013335-012-2021-00224-00*  
**ACCIONANTE:** *EDUARDO HERNAN GUTIÉRREZ FIERRO*  
**ACCIONADA:** *NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –  
EJÉRCITO NACIONAL*

**ACTA 012 – 2023  
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO  
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 DE 2011**

*En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de enero de 2023, siendo las 10:00 a.m., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretaria Ad Hoc declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma Lifesize, con la asistencia de los siguientes.*

**INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:**

- **APODERADO:** *Dr. Benito Dussán Triviño, identificado con la cédula de ciudadanía No. 83.085.372 T.P. 92.934 del C.S. de la J.*

**PARTE DEMANDADA:**

- **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO NACIONAL:** *Apoderada Dra. Rosa Esperanza Pineda Cubides, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.536.045 y T.P. 125893 del C.S. de la J. A quien se le reconoce personería para actuar.*

**MINISTERIO PÚBLICO:** *El doctor FABIO ANDRÉS CASTRO SANSA, Procurador 62 judicial para asuntos administrativos, acude a la audiencia.*

*Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.*

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 182ª del CPACA incorporado con la ley 2080 del 2021, se procede a dictar sentencia anticipada por cuanto el presente litigio porque no existen pruebas por practicar como se determinará en la etapa correspondiente. En consecuencia, se adelantarán las siguientes etapas:*

1. *Saneamiento del proceso.*
2. *Fallo*

## I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

### DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

## II. FALLO

### PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a determinar si la Resolución 00000066 del 8 enero de 2021, mediante la cual se retiró del servicio al suboficial Eduards Hernán Gutiérrez Fierro se expidió con desviación de poder o si, por el contrario, el referido acto se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

### CONSIDERACIONES

#### MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

#### **Facultad discrecional de retiro del servicio activo para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.**

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno expidió el Decreto Ley 1790 de 2000 mediante el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En relación con el retiro del servicio de estos, en su artículo 99 señala:

**“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.

Respecto de las causales de retiro del servicio el artículo 100 *ibidem* señaló:

**“ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir cuatro (4) años en el Grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

### 3. Por llamamiento a calificar servicios.”

En cuanto a esta última causal el artículo 103 del decreto aludido señaló que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrían ser retirados por llamamiento a calificar servicios “cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”.

Conforme al anterior referente normativo, el llamamiento a calificar servicios corresponde a una causal para el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, siempre y cuando el respectivo servidor público haya cumplido con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación de retiro. En estos casos, el retiro de los oficiales, excepto los de rango de general o de insignia, requiere del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, por así ordenarlo el artículo 99 del decreto citado.

De acuerdo con el precedente en la materia, el llamamiento a calificar servicios implica el ejercicio de una facultad discrecional que ejerce el gobierno nacional, dentro de un margen de oportunidad, necesidad y conveniencia, para facilitar el relevo en la línea de jerarquía de las instituciones militares. De este modo se permite el ascenso de algunos de sus miembros y el retiro de otros, pero sin que este mecanismo se pueda equiparar a una sanción. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1991 manifestó lo siguiente:

*“Calificar servicios”, acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio”.*<sup>1</sup>(Subrayado por fuera de texto)

En este orden de ideas, la motivación del acto administrativo por esta causal requiere, entonces, de los siguientes requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios, (ii) ser acreedor de la asignación de retiro y (iii) tener concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa en el caso de oficiales, excepto los de rango general o de insignia. Por tanto, la decisión no requiere de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos ya señalados.

### **De la desviación de poder en el llamamiento a calificar servicios y carga de la prueba**

En las sentencias SU- 091 y SU- 217 del 2016 la Corte Constitucional manifestó que “los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia.”

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Radicación: 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17). Actor: Juan Carlos Jaimes Bedoya. Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 4 de abril de 2019.

*Para dicha corporación “(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”*

*A su vez, el Consejo de Estado comparte el criterio de que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro, pues “el buen cumplimiento de las funciones ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo”<sup>2</sup>*

*No obstante, ello no quiere decir que el ejercicio de la facultad discrecional examinada pueda ser usada para la persecución o abusos de poder o como sanción y, por tal razón, quien se crea afectado por el respectivo acto de retiro puede impugnarlo en sede jurisdiccional. En relación con la desviación de poder, falsa motivación o cualquier fraude en la decisión de retiro por el llamamiento a calificar servicios, el Consejo de Estado ha sido de la posición de que es quien lo alega quien tiene la carga de demostrar su existencia<sup>3</sup>. En esa línea ha dicho que “en el evento que se estime que el llamamiento a calificar servicios se erige en una sanción, el interesado es quien tiene la carga de la prueba de demostrar que su desvinculación no obedeció al relevo de los mandos y a que cumplió el tiempo de servicios, sino a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura”<sup>4</sup>*

## **CASO CONCRETO**

*El señor Eduards Hernán Gutiérrez Fierro solicita se declare la nulidad de la Resolución 00000066 del 8 enero de 2021, mediante la cual se le retiró del servicio por llamamiento a calificar servicios. Considera que el retiro se debió al inicio de la indagación disciplinaria No. 013-2020, en su contra, que se fundamentó en el informe de auditoría oficio No. 2020320007858983: MDNCOGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-29.60 del 16 de septiembre de 2020.*

### **De las pruebas aportadas al proceso se tiene lo siguiente:**

*El señor Eduards Hernán Gutiérrez Fierro, ingresó al Ejército Nacional el 5 septiembre de 2002, como alumno de la Escuela de Suboficiales Sargento Inocencio Chincá. Fue escalafonado como Suboficial en el grado de Cabo Tercero del arma de Infantería mediante Orden Administrativa de Personal (OAP) No. 1025 del 5 de marzo de 2004.*

---

<sup>2</sup> *Ibíd.* Criterio también esbozado en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicación 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), reiterado por la Subsección B, en la sentencia del 19 de enero de 2017.- Consejero ponente César Palomino Cortés. Radicación: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).

<sup>3</sup> *En la sentencia SU-091 de 2016 a la que se ha hecho referencia se afirmó lo siguiente: «En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (...). Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten» (Negrilla fuera de texto).*

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17). Actor: Ricardo Efraín Arcos Rosero. Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D. C. 19 de julio de 2019.

*Fue ascendido al grado de Sargento Viceprimero el día 21 marzo de 2019 mediante OAP No. 1159 del 18 de marzo de 2019. El 04 de noviembre del mismo año fue trasladado a la Dirección de Personal (DIPER) como analista de vacaciones de oficiales, cargo que desempeñó hasta el 08 de enero de 2021, acumulando un tiempo total de servicio de 19 años, 07 meses y 02 días.*

*Mediante Oficio Nro. 2020320007858983 del 16 de septiembre de 2020 se realizó informe de auditoría, en el cual se ponen de presente posibles actos de corrupción en los que presuntamente tuvo incidencia el señor Eduards Hernan Gutiérrez Fierro, los cuales consistieron en la realización de cambios en las vacaciones de funcionarios sin autorización del Director de Personal y/o Oficial de Ausencias Laborales. Asimismo, se indica que el usuario desde el cual se realizaron algunos movimientos pertenece al señor Eduards Hernán Gutiérrez Fierro.*

*Con Resolución No. 00000066 del 8 enero de 2021, el Comandante del Ejército retiró al actor del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios.*

*A través de la Resolución No. 5806 del 31 de marzo de 2021, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Eduards Hernán*

***En relación con la desviación de poder endilgada al acto de retiro por llamamiento a calificar servicios:***

*El actor considera que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una decisión arbitraria toda vez que fue utilizada con fines distintos a los establecidos por la ley. A su juicio el acto administrativo acogió de manera absoluta las recomendaciones del oficio Nro. 2020320007858983: MDNCOGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-29.60 del 16 de septiembre de 2020, expedido por el Oficial Área Administrativa de Personal con funciones de Director de Personal. De este oficio se lee:*

***“ACCIONES TOMADAS POR COMANDO DE PERSONAL***

- El Comandante del Comando de Personal, ordenó realizar las anotaciones de demerito en los folios de vida de los suboficiales, por faltas contra la seguridad informática, faltas contra la ética y la moral y faltas por pretermitir el conducto regular en el proceso de cargue de vacaciones.*
- Se dio la orden de la apertura de investigación disciplinaria con copia al Juzgado Penal Militar 84, con el fin de establecer responsabilidades y emitir fallos sancionatorios de acuerdo a las faltas establecidas.*
- Se ordenó el traslado de los suboficiales inmersos en las irregularidades, con el propósito de aislarlos de los procesos y evitar que continúen realizando malas prácticas.*
- Se tramitará, el retiro por llamamiento a calificar servicios a los dos suboficiales orgánicos de la Dirección de Personal y se solicitará el retiro por facultad discrecional al suboficial orgánico del Batallón de Artillería Nro. 1 “Tarqui”, el cual hacía las veces de enlace para realizar las irregularidades.*

***RECOMENDACIONES***

*(...)*

*Una vez realizada la auditoría al SV. GUTIÉRREZ FIERRO EDUARDS HERNAN identificado con cédula de ciudadanía Nro. 91.135.367, se evidenció que tiene movimientos no justificados en total (12), para meses de alta rotabilidad y los cuales a la fecha no ha*

*logrado soportar. De igual forma se logró evidenciar que ha prestado su usuario SIATH, faltando a las promesas de reserva, se le recomienda tomar acciones administrativas y/o disciplinaria.”*

*Pues bien, el vicio de desviación de poder ocurre cuando la intención del empleado público al expedir el acto se aleja del interés general y del contenido de las normas que autorizan proferirlo. Para que pueda hablarse de la configuración de este vicio es preciso que el servidor público que expide el acto actúe apegado a su competencia, a las formalidades y procedimientos previstos en la ley, es decir, con aparente legalidad; empero, que su propósito no sea el buen servicio público. En este evento, a la parte actora le correspondía demostrar (i) la competencia del ente que expide el acto, (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y, en especial, (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto. En el presente caso el demandante solo aduce como causal de nulidad la desviación de poder con el que presuntamente se expidió el acto.*

*El Despacho pudo constatar que en la expedición de la Resolución No. 00000066 del 8 enero de 2021 se cumplieron los presupuestos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000: i) el retiro fue realizado mediante resolución expedida por el Comandante del Ejército dada su condición de suboficial y; ii) el actor cumplía con el tiempo de servicio requerido para acceder a la asignación de retiro, esto es, 15 años.*

*Además de la motivación legal que es la necesidad de realizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros militares, la decisión del retiro por llamamiento a calificar servicios debe obedecer a un estudio pormenorizado de la hoja de vida del actor para poder determinar quiénes son los que ofrecen mayor confianza para poder acceder a cargos más altos.*

*En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia citada en precedencia fue enfática en señalar que esta facultad es inherente al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, y se constituye en una herramienta de poder que permite sustituir al personal en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.*

*Quiere decir lo anterior que una vez se determine por razones de seguridad, confianza, moralidad o cualquier otra que correspondan al mejoramiento del servicio, que un oficial o suboficial no puede ser ascendido en la escala de mando y por el contrario está generando en la institución afectación en la prestación del servicio, el comando correspondiente está autorizado para hacer uso de la medida del retiro por llamamiento a calificar servicios como herramienta de mando y conducción que le ha sido otorgada. En ese sentido, las apreciaciones y evaluaciones que se tengan de la persona son el motivo último de la decisión. Esta motivación no tiene que estar consignada en el acto, pero definitivamente debe existir porque no de otra manera debe ser seleccionado el personal que merece ser ascendido.*

*Esta conclusión se soporta en el requisito exigido para la misma figura tratándose de los oficiales por cuanto para ellos se exige el concepto previo de Junta Asesora que sin lugar a dudas tomará su decisión con fundamento en apreciaciones y evaluaciones.*

*Siendo entonces el retiro por llamamiento a calificar servicios una facultad discrecional y que por lo tanto no requiere motivación, corresponde determinar qué sucede cuando esas evaluaciones o apreciaciones son dadas a conocer.*

*En esta circunstancia el actor debe demostrar que las apreciaciones o evaluaciones que realizó la Junta o el Comandante del Ejército obedeció a una persecución, discriminación o fraude, buscando obtener un fin diferente al mejoramiento del servicio o a la renovación de la escala de mando.*

*En el presente caso el actor aduce que la figura del llamamiento a calificar servicios fue adoptada por la recomendación plasmada en la auditoría del 16 de septiembre de 2016, realizada por el director de personal coronel Carlos Eduardo Vanegas Ávila, dirigida al Brigadier General Mauricio Moreno Rodríguez, Comandante Comando de Personal. En dicho documento se pone de presente que, mediante el usuario institucional del aquí demandante, se realizaron cambios no justificados en las vacaciones de algunos funcionarios, situación que conllevó a que se le abriera el respectivo proceso disciplinario.*

*Para el Despacho, independientemente de que el actor sea sancionado o no en el proceso disciplinario, el hecho objetivo de la utilización de su usuario pone en evidencia una irregularidad bien sea por ignorancia, falta de cuidado, culpa o dolo, lo que desvirtúa que la decisión de retiro obedezca a una persecución, discriminación, abuso o fraude.*

*En estos términos, la medida del llamamiento a calificar servicios fue adoptada dentro de un margen de necesidad y conveniencia para la correcta conducción del Comando pues es evidente que el actor no podía ser llamado a asumir un cargo de superior responsabilidad, pues para ello se requiere la plena confianza de los superiores.*

*De acuerdo con lo expuesto, la parte actora no pudo demostrar que el acto impugnado contiene motivaciones ocultas o distintas a las previstas en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, en la medida que, es claro que en la expedición del acto administrativo se acataron estos presupuestos y se verificó la acreditación de los dos requisitos referidos por la norma. Por lo anterior se negarán las pretensiones de la demanda.*

### **CONDENA EN COSTAS**

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo. En este orden de ideas el Despacho se abstendrá de condenar en costas comoquiera que no se observaron actuaciones de mala fe o dilatorias de las partes en el desarrollo del proceso. Lo anterior aplicando la línea jurisprudencial trazada por la mayoría de las Salas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

### **REMANENTES DE LOS GASTOS**

*Toda vez que no se acreditó en el expediente que se hayan consignado gastos procesales, no hay valores pendientes para liquidación por este concepto.*

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en este fallo.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS**

**TERCERO:** No hay lugar a liquidación de remanentes.

**CUARTO: EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

El apoderado de la parte actora manifiesta que interpondrá y sustentará el recurso dentro del término que indica la Ley.

Fungió como secretaria Ad-Hoc: Greissy Fernanda Palacios Moreno

<https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/7e04a419-55de-4443-9589-a430d02b50ed?vcpubtoken=00a19ff8-63a3-4963-bbe4-bb63e3e42ea7>

Firmado Por:

Yolanda Velasco Gutierrez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

Sala 012 Contencioso Adm sección 2

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **1b8942c3fbb0fa72ab1f15dffa33950dd3f82ec676d0ec5c8cfb4f8f0fbc397**

Documento generado en 02/02/2023 03:50:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>