



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

PROCESO: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
RADICACIÓN No.: **110013335-012-2018-00451-00**
ACCIONANTE: **JOHN HENRY JIMENEZ VERANO**
ACCIONADOS: **LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO**

AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 373 -2020

En Bogotá D.C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020) siendo las diez y media de la mañana (10:30 a.m.), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc, se constituyó en audiencia pública virtual en la plataforma Microsoft Teams, con la asistencia de los siguientes

INTERVINIENTES

*La apoderada demandante: **YINNETH MOLINA GALINDO**, identificada con C.C. No. 1.026.264.577 y T.P. 271.516 del C.S. de la J., a quien se le reconoce personería jurídica (fl.377-378).*

*La apoderada entidad demandada: **ANGELICA MARIA VELEZ GONZALEZ**, identificada con la C.C. No. 52.852.174 y T.P. 158.365 del C.S. de la J., a quien se le reconoce personería jurídica, según poder obrante al folio 360 del expediente físico.*

Verificados los archivos de Antecedentes del Consejo Superior de la Judicatura de las apoderadas, no aparece sanción disciplinaria alguna.

*Comparece a la audiencia el Doctor **FABIO ANDRÉS CASTRO SANSA**, Procurador 62 judicial para asuntos administrativos.*

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- 1. Saneamiento del proceso.*
- 2. Alegaciones Finales.*
- 3. Fallo*

1. 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 las apoderadas con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.*

Como las apoderadas no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

2. ALEGACIONES

El Despacho corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, la intervención queda registrada en la videograbación digital de la presente audiencia.

Parte Demandante: Inicia Min. 3:15– Termina Min.21:22

Parte Demandada- Ministerio de Defensa- Ejército: Inicia Min. 21:30– Termina Min.30:52.

Procurador 62 Judicial para asuntos Administrativos: Inicia Min. 30:58– Termina Min.36:27.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

3. FALLO

Teniendo en cuenta que hasta esta etapa procesal no se advierte vicio o irregularidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar la correspondiente sentencia.

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

*Corresponde al Despacho determinar si la Resolución No. 9475 del 22 de diciembre de 2017, por la cual el señor **JOHN HENRY JIMENEZ VERANO** fue llamado a calificar servicios, incurrió en falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder, al ser usada presuntamente, como una herramienta de persecución por razones de discriminación y abuso de poder.*

3.2. TESIS

El Despacho acogerá el concepto rendido por el Procurador judicial y denegará las pretensiones de la demanda, por cuanto se demostró que la Resolución No. 9475 del 22 de diciembre de 2017, cumplió con los presupuestos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, es decir, i) el retiro fue recomendado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa (ff. 38-43) y; ii) el actor cumplió el tiempo de servicio requerido para acceder a la asignación de retiro, esto es, 15 años (fl. 10).

Como quiera que el retiro por llamamiento a calificar servicios se presume legal y conforme con el interés general, y la parte demandante no demostró que el acto impugnado fue proferido con un fin diferente y espurio, se concluye que no existió nulidad por falsa motivación o desviación de poder.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El retiro de oficiales del Ejército por llamamiento a calificar servicios

El artículo 99 del Decreto 1790 de 2000 contempló el retiro de las Fuerzas Militares como 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”. Dentro de las causales que originan el retiro, el artículo 100 ibidem contempló el llamamiento a calificar servicios. En relación con esta 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 1995¹ 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”.²

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 retiro³ 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.

4.2. 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.”

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

¹ Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

² 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.

³ Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016, magistrado ponente Jorge Pretelt Chaljub.

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 retiro⁴, 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”⁵

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 existencia⁶. 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”.⁷

5. CASO CONCRETO

5.1. Del acervo probatorio

Verificadas las pruebas documentales aportadas al plenario, se tiene lo siguiente:

- 1) El señor **JOHN HENRY JIMENEZ VERANO**, ingresó el 03 de marzo de 1995 a la Escuela Militar de Cadetes, José María Córdoba, para iniciar la carrera de oficial del Ejército (fl. 18).
- 2) Durante su permanencia en el Ejército Nacional el actor laboró durante más de 15 años de servicio (fl. 10), obteniendo los siguientes ascensos (fl. 18):

Grado	Fecha de Ascenso	Acto Administrativo
Alferez	01 de diciembre de 1996	Resolución Ejecutiva 1004 del 28 de noviembre de 1996
Subteniente	01 de diciembre de 1997	Resolución MDN 4 del 6 de enero de 1998
Teniente	02 de diciembre de 2000	Decreto 2512 del 30 de noviembre de 2000
Capitán	01 de diciembre de 2005	Decreto 4314 del 25 de noviembre de 2005
Mayor	02 de diciembre de 2010	Decreto 4489 del 01 de diciembre de 2010
Teniente Coronel	04 de diciembre de 2015	Decreto 2317 del 27 de noviembre de 2015

⁴ 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.

⁵ Ibídem. 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).

⁶ 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).

⁷ 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.

- 3) Según consta en acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017 (ff. 38-43), la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares recomendó, por unanimidad, el llamamiento a calificar servicios del actor.
- 4) Mediante Resolución No. 9475 del 22 de diciembre de 2017 el actor fue retirado del servicio (fl. 55-57). Acto notificado el 4 de enero de 2018 (fl. 53).

Así mismo, en audiencia de pruebas realizada el 26 de octubre de 2020 se practicó el testimonio del señor **Iván Darío Rey Suarez**, quien manifestó lo siguiente:

Informó que el demandante fungió como comandante del Batallón de Actividad No 9 de Tenerife en la ciudad de Neiva (Huila) en el año 2017, siendo su jefe. Que para la época referida él se desempeñaba como Ejecutivo, manejando la parte administrativa del Batallón. Afirmó que en dicho periodo tuvo conocimiento de algunas irregularidades presentadas por parte de los Comandantes de Brigada y División. Sostiene que el demandante, como comandante del Batallón, nunca fue una persona conflictiva, por el contrario, marcaba el ejemplo como persona y profesional. En la parte administrativa y operativa el actor siempre cumplió con los estándares de calidad exigidos. No conoce de quejas presentadas en contra del demandante, mientras fue su jefe. En cuanto al llamamiento a calificar servicios, sostiene que se encuentra en la misma posición del actor y, actualmente, tiene en curso una demanda en contra del Ejército Nacional por su retiro bajo esta causal.

Por otra parte, sostuvo que entre el señor Jiménez Verano y el señor Oscar Armando Rodríguez Arévalo, jefe del primero, no existió altercado de palabra ni de obra; sin embargo, refirió que en el año 2017 el trabajo fue difícil. En lo poco que pudo ver en el año 2017, el señor Teniente coronel Jiménez tuvo inconvenientes con un grupo escoltas a raíz de una situación que se presentó con su esposa, situación que pudo entorpecer el tema operacional o administrativo.

Finalmente, refirió que no le consta qué documentos tuvo en cuenta la DIPER para dar por terminado el servicio del actor. Tan sólo que el coronel Bautista, Director de Personal del Ejército, entregó el cargo al señor coronel Jiménez, con unas inconsistencias en armamentos, inconsistencias que estimó pudieron ser uno de los motivos de su retiro.

5.2. En relación con la motivación del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios:

El Despacho pudo constatar que en la expedición de la Resolución No. 9475 del 22 de diciembre de 2017 se cumplieron los presupuestos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000: i) el retiro fue recomendado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa dada su condición de oficial (ff. 38-43) y; ii) cumplió el tiempo de servicio requerido para acceder a la asignación de retiro, esto es, 15 años (fl. 10).

De acuerdo con lo expuesto, es claro que en la expedición del acto administrativo se acataron los presupuestos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, en la medida que, previo a emitirlo, se verificó la acreditación de los dos requisitos referidos, única motivación que exigen las normas.

5.3. Frente a la falsa motivación y la desviación de poder endilgada al acto de retiro

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 corresponde 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.

Verificados los cargos de la demanda, la apoderada del actor aduce que la Resolución No. 9475 del 22 de diciembre de 2017 incurrió en falsa motivación y desviación de poder, por cuanto la razón real del retiro de su mandante se debió a 2 eventos: un altercado con uno de los altos mandos del Ejército y las actuaciones desplegadas por tropas a su cargo en operación militar del 7 de noviembre de 2017 (fl. 60). Así mismo, en los hechos expuestos en el libelo se afirmó que el actor había sido amenazado con el retiro de las Fuerzas Militares, en la fecha de ceremonia de entrega de la unidad, realizada el 20 de diciembre de 2017 (fl.59), sin precisarse la autoridad de quien presuntamente provino la amenaza. Al revisar el acervo probatorio, el Despacho tampoco encuentra elementos de juicio que corroboren tales afirmaciones.

El testimonio rendido por el señor Iván Darío Rey Suarez tan sólo advierte que el señor Teniente Coronel Jiménez tuvo inconvenientes con un grupo de escoltas a raíz de una situación que se presentó con su esposa. No obstante, el testigo no precisa cuáles fueron tales inconvenientes, las autoridades involucradas y su relación causal con el retiro por llamamiento a calificar servicios. Por otra parte, el testigo se limita a plantear situaciones hipotéticas que pudieron ser la razón de una presunta persecución en contra del demandante y que aparentemente desencadenaron en su retiro, sin que ninguna de estas situaciones le consten de manera directa.

Adicionalmente, el Despacho ha de restar credibilidad a este testigo, por cuanto en la actualidad se encuentra demandando al Ejército Nacional, según él, por las mismas causas que el demandante en el proceso de la referencia. En relación con las razones que adujo motivaron la presentación de su demanda, insistió en que el retiro tanto del aquí demandante como el suyo fueron injustos por cuanto sirvieron bien a la entidad. Esta manifestación pone en evidencia que le asiste un interés común en la resulta del proceso.

Visto lo anterior, se advierte que en el expediente no reposa ningún documento que le permita a esta Censora tener certeza sobre las afirmaciones efectuadas en la demanda. Por tanto, la parte actora incumplió su deber de probar que el acto impugnado contiene motivaciones ocultas, distintas a las previstas en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000. En consecuencia, el Despacho concluye que el acto demandado se ajusta a derecho, conservando la presunción de legalidad que lo ampara, lo que conlleva a negar las súplicas de la demanda.

6. Condena en Costas

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y bajo la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁸, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

En el presente caso el Despacho condenará en costas a la parte actora a la suma de 20% de un (1) SMLMV, habida cuenta que hizo incurrir en gastos a la entidad

8 Consejo de Estado. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

demandada, sin prueba alguna que respaldara la acusación formulada en contra del acto administrativo impugnado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte actora a la suma de 20% de un (1) SMLMV.

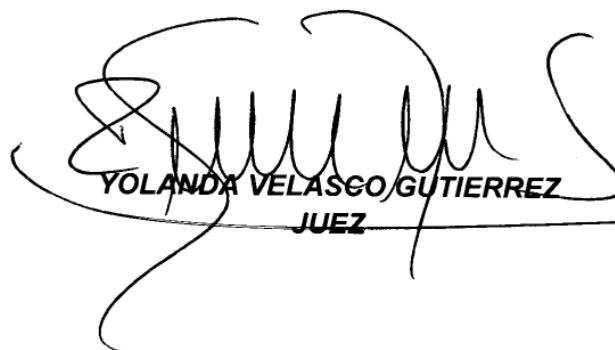
TERCERO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

LA APODERADA DE LA PARTE ACTORA INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN, EL CUAL SUSTENTARÁ DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


KATHERINE MÜLLER RUEDA
SECRETARIA AD-HOC