



**JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
- SECCIÓN SEGUNDA -**

Bogotá, D.C., 28 de marzo de 2022

**Sentencia No.:** 4  
**Expediente:** 2017 – 00161  
**Demandante:** Oscar Enrique Rodríguez Castaño  
**Demandada:** Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional.  
**Asunto:** Reintegro – llamamiento a calificar servicios.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

**ANTECEDENTES**

**Pretensiones de la demanda:** Declarar la nulidad de la Resolución No. 10665 del 30 de noviembre de 2016, por la cual la demandada retira del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor Oscar Enrique Rodríguez Castaño a partir del 07 de diciembre de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar:

- i) Se ordene el reintegro del demandante, sin solución de continuidad, disponiendo el ascenso al grado que corresponda de manera que conserve su antigüedad y orden de prelación, una vez cumpla los requisitos necesarios, diferentes al tiempo de servicio en cada grado.
- ii) El reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, incluidos los valores que correspondan a la retroactividad en cada grado una vez se produzcan los ascensos.
- iii) Que los valores pagados sean reajustados conforme el artículo 4 del artículo 187 del CPACA, se dé cumplimiento en los términos del artículo 192 y 195 *ibidem* y se condene en costas a la entidad demandada.

**Hechos.**

- El demandante ingresó a la Armada Nacional el 08 de julio de 1994, como Alumno Oficial de la ENAP (Fl. 109).
- Mediante Oficio No.003/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-OPLADHU-DIVPED-62.8 el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional le informa al accionante que no fue preseleccionado para efectuar el Curso de Estado Mayor durante el año 2017 (Fl.24)
- Mediante Acta No.026/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA-2.25 del 27 de septiembre de 2016, la Junta para Ascenso de Oficiales Diciembre de 2016, señala que el demandante no cumple requisitos para ascenso de acuerdo al Decreto 1790 de 2000 artículos 68 - adelantar y aprobar Curso Estado Mayor- y 53 literal d – acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente- (Fls.99-104).
- La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, mediante Acta No. 008 del 14 de octubre de 2016, recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios del señor Oscar Enrique Rodríguez Castaño. (Fl. 105-107).

.- Mediante Resolución No. 10665 del 30 de noviembre de 2016 se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares, al señor Oscar Enrique Rodríguez Castaño, cuando ostentaba el cargo de Capitán de Corbeta (Fl. 2-5); esta resolución fue notificada el día 7 de diciembre de 2016 (Fl.6).

**Tesis del demandante:** Afirma que se configuran las causales de nulidad por **falsa motivación** por considerar que si el Oficial hubiere ingresado al Curso de Estado Mayor 2016, como era su derecho, el Ministerio de Defensa Nacional, no habría dispuesto su retiro por llamamiento a calificar servicios, siendo el no ingreso al curso de ascenso, lo que motivó realmente el acto administrativo objeto de control judicial. También propone el cargo de **infracción de las normas en que debía fundarse** el acto administrativo por cuanto el acto mediante el cual la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, recomendó que el demandante no ingresara al Curso de Estado Mayor, fue expedido por un estudio realizado al actor que se apartó ostensiblemente de los principios de legalidad y debido proceso, en contra de lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000.

Finalmente, expone que en la expedición del acto de retiro existió **desviación de poder**, cuando el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, dispone el retiro del servicio de activo del actor utilizando falsamente la potestad de Llamar a Calificar Servicios, en tanto la realidad muestra que esa decisión es consecuencia directa de la decisión de no recomendarlo para adelantar el Curso de Estado Mayor.

**Tesis de la demandada:** No contestó la demanda.

**Identificación del acto enjuiciado:** Se demanda la nulidad de la Resolución No. 10665 del 30 de noviembre de 2016 “Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial Superior de la Armada Nacional” (Fl. 02 a 05).

#### **Alegatos:**

**Demandante:** Con memorial allegado al buzón de correo electrónico del Despacho, la parte accionante alegó de conclusión manifestando que en el asunto debatido no se tuvieron en cuenta las reglas contenidas en el precedente judicial referido en la sentencia SU 354 de 2017, lo que necesariamente configuró un uso anormal de la facultad de llamamiento a calificar servicios. Refiere que Corte Constitucional estableció algunos criterios para la escogencia de los aspirantes al ascenso que están restringidos por el reconocimiento del mérito y por la proscripción de la discriminación, específicamente considerando: 1) El orden de las listas de clasificación elaborado por la Junta Clasificadora; 2) Excluirá cualquier criterio de diferenciación expresamente proscrito por la Constitución Política; 3) Se abstendrá de utilizar criterios subjetivos ajenos a la idoneidad profesional militar y ;4) Deberá considerar los elementos relevantes de la actividad militar.

Afirma que se demostró que la entidad desconoció que los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen de carrera administrativa que le es propio. Que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Que la entidad demandada suscitó decisiones administrativas de personal de forma irregular y antecedente al acto administrativo demandado, con el propósito de afectar la continuidad del demandante en la Fuerza, hecho que quedó demostrado con la emisión del oficio No.003 de fecha 20 de junio de 2016 y el oficio No.20160004230346501 de fecha 19 de julio de 2016 que reitero el contenido del primero como respuesta a la solicitud de reconsideración presentada por el Oficial, ambos suscritos por la Jefatura de Desarrollo Humano y de Familia en los que le fue comunicado al Oficial no haber sido preseleccionado para Curso de Estado Mayor, sin argumentación alguna y sin brindarle al oficial la posibilidad de recurrirlos puesto que consisten en meros actas de comunicación.

Refiere que no medió evaluación de méritos alguna propia de las carreras administrativas, puesto que la misma entidad acepta que no existió un acta donde se plasmará el resultado de la evaluación para este

curso y la falta de argumentación de los oficios citados son la prueba que dicha decisión no se encuentra fundamentada en los criterios de evaluación signados en los Decretos 1790 y 1799 de 2000. Que esta irregularidad administrativa es utilizada por la misma Fuerza para luego emitir el Acta No. 026 de Septiembre de 2016, mediante la cual afirman que el Oficial no cumple los requisitos para ser ascendido por no haber realizado el Curso de Estado Mayor para el ascenso al grado de Capitán de Fragata, no puede la entidad demanda privar al demandante de la realización del Curso de Estado Mayor, para luego determinar que el Oficial no cumplió con este requisito. Que dicha acta le reprocha al demandante no acreditar aptitud psicofísica sin ningún documento, folio de vida o extracto que repose en el proceso.

Que no es cierto que la decisión de retiro del demandante se haya expedido por la falta de cupos en la planta de oficiales, pues no se aportó ninguna prueba relacionada con los antecedentes administrativos del acto, como tampoco fue esgrimido ningún hecho o argumento en el que se indicará que la decisión haya sido adoptada por ausencia de cupos en la planta de oficiales.

Que el proceso de evaluación del oficial no cumplió con las fases descritas en el Decreto 1799 del 2000 y que fueron reiteradas por la Corte Constitucional en Sentencia C- 819 de 2005. Dice que el acto administrativo demandado no se adoptó con la finalidad de mejorar el servicio pues si bien es cierto, el debido cumplimiento de las funciones no es garantía de estabilidad laboral, si constituyen un punto de ponderación para evaluar si con el retiro del oficial, la administración persiguió el mejoramiento del servicio.

Que en el presente proceso la entidad demandada no respondió de manera adecuada sobre los alegatos que sobre el uso fraudulento de la facultad de llamamiento a calificar servicios se esbozaron en la demanda, siendo su deber procesal referirse a los mismos.

Afirma que existe nexo temporal entre la decisión de no considerar al oficial para curso de ascenso al Oficial y el retiro por llamamiento a calificar servicios unos meses después de que al Oficial se le haya negado su derecho a ascender en su carrera militar de manera irregular.

Que la entidad demandada sistemáticamente oculta información que permite demostrar su actuar irregular y amañado. Que como prueba de ello omiten el deber de dar a conocer a los evaluados y a las autoridades judiciales los documentos sobre la evaluación, argumentando reservas legales, con las cuales se demuestra el desconocimiento del proceso de evaluación y la vulneración al debido proceso y los principios de publicidad y contradicción que legalmente le asiste a los miembros de las Fuerzas Militares.

Que se probaron actos de discriminación como consecuencia del retiro irregular del accionante, como quiera que al mismo le fue negado el ingreso al Club Militar, hecho que fue conocido por el actor cuando intentó hacer uso del mismo. Al respecto trae a colación lo dispuesto en el Estatuto de Socios del Club Militar que se encuentra consignado en el Acuerdo No.05 del 10 de octubre de 2018, el cual señala *“Capítulo VII Artículo 23 Limitaciones para ser socio: No podrán ser socio en ninguna de las categorías: Literal E: Los Oficiales que se retiren por llamamiento a calificar servicios”*.

Afirma que el perjuicio material quedó probado si se tienen cuenta que, debido al retiro, el accionante no está percibiendo los salarios que en derecho le corresponden y si se considera que la asignación de retiro reconocida resulta ser inferior al monto percibido en servicio activo.

Que ninguno de los hechos esbozados fueron tachados de falsos por la entidad demandada ni se allegó prueba alguna que los controvierta, pues la presunción de legalidad del acto administrativo quedó desestimada con las pruebas legalmente aportadas y admitidas por el Despacho.

Concluye indicando que existe un nexo de causalidad probado entre la decisión ilegal de no ascender al demandante y su posterior retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

**Demandada:** Con memorial remitido al correo electrónico del Despacho, la entidad accionada alegó de conclusión reiterando que el actor cumplió los criterios necesarios para ejercitar el llamamiento a calificar servicios pues cumplió un tiempo de servicios superior a 15 o 18 años, adquirió derecho a la asignación de retiro y se emitió concepto favorable para su retiro por parte de la Junta Calificadora.

Dice que el retiro por Llamamiento a Calificar servicios, implica una Facultad Discrecional que si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo que es llamado a cesar sus actividades, no constituye ni sanción, ni castigo, ni despido, ni exclusión deshonrosa, sino es una figura que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a sus miembros, en el evento de requerirse.

Que el acto administrativo con el que se decidió retirar del servicio activo al demandante, se generó por parte de la Administración con el lleno de los requisitos, siendo un acto legítimo y desprovisto de características que lo pudieran viciar.

Que en el presente caso, es claro que el Gobierno Nacional, tuvo en cuenta las necesidades del servicio, así como, el escalonamiento piramidal, lo cual no obedeció a intereses particulares como quiere hacerlo ver el demandante.

Referencia lo expuesto en la Sentencia SU091 del 2016, emitida por la H. Corte Constitucional, para concluir que dicho acto administrativo, teniendo en cuenta su modalidad, no requiere motivación expresa haciendo una distinción entre el retiro por llamamiento a calificar servicios, el retiro por voluntad del gobierno y, el retiro discrecional en las fuerzas militares.

Expresa que en el caso bajo análisis no se dan los presupuestos para que se configure la desviación de poder señalada por el demandante, ya que la misma se configura a través de aquellos elementos directos e indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que motivó al funcionario a expedir el acto administrativo cuestionado. Dice que el actor no aportó prueba que demostrara la desviación de poder o falsa motivación por parte del señor Ministro de Defensa Nacional, ya que lo único que se observa es que actuó dentro de sus competencias y conforme a la ley, incumpliendo entonces la carga probatoria que le compete como demandante.

Concluye indicando que la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador. Por lo expuesto, solicita negar las pretensiones de la demanda.

#### **A. PROBLEMA JURÍDICO**

Consiste en establecer si el señor Oscar Enrique Rodríguez Castaño, tiene derecho al reintegro en la forma y términos solicitados por la parte demandante, con el consecuente pago de salarios y demás emolumentos percibidos en actividad, desde su desvinculación.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho estudiará si el acto administrativo demandado fue expedido con infracción a las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y/o desviación de poder.

**Solución al problema jurídico:** Los cargos de nulidad del acto administrativo por infracción a las normas en que debería fundarse, falsa motivación y desviación de poder, que sirvieron de fundamento para las pretensiones no se configuraron, por lo tanto, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara la Resolución No. 10665 del 30 de noviembre de 2016.

Conforme con la conclusión que se extrae de la sentencia SU 217 de 2016 se negarán las pretensiones de la demanda “en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos

requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.

## B. ANÁLISIS DEL DESPACHO

**Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa:** El Decreto 2335 de 1972 “por el cual se reorganiza el Ministerio de Defensa Nacional” modificado en sus artículos 8, 35 y 36 por el Decreto 2218 de 1984, establece todo lo relacionado con las Juntas Asesoras, definición, organización y funciones, en los siguientes términos:

*“Artículo 8. Juntas Asesoras. Son las entidades asesoras del Ministerio de Defensa en todos los asuntos relativos a la organización y preparación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden interno.*

**Artículo 31. De la Organización de la Junta Asesora para la Policía Nacional.** La Junta Asesora para la Policía Nacional estará integrada por:

- A. El Ministro de Defensa Nacional;
- B. El Jefe del Estado Mayor Conjunto;
- C. El Secretario General del Ministerio de Defensa;
- D. El Director General de la Policía Nacional;
- E. El Subdirector de la Policía Nacional;
- F. Los Oficiales Generales de la Policía Nacional en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá.

**Artículo 32. Presidencia de las Juntas.** El Ministro de Defensa presidirá las Juntas Asesoras tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional.

*Parágrafo. Cuando se trate de asuntos de personal, el Ministro podrá delegar esta función, en el Comandante General de las Fuerzas Militares para la Junta Asesora de las Fuerzas Militares y en el Oficial más antiguo de los miembros permanentes para la Junta Asesora de la Policía Nacional.*

**Artículo 33. Funciones de las Juntas Asesoras.** Son funciones comunes de las Juntas Asesoras las siguientes:

1ª (...);

3ª. Aprobar o modificar las clasificaciones de los Oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa, los ascensos, llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, así como recomendar los nombres de los Oficiales superiores que deban asistir a los cursos reglamentarios de acuerdo con las normas legales sobre la materia. (...).

**Artículo 35. De la asistencia de Jefes de Personal.** Cuando las Juntas Asesoras deban estudiar ascensos, retiros, llamamientos a cursos o al servicio u otros movimientos de personal formarán, también parte de ella los Jefes de Personal de la respectiva Fuerza, con derecho a voz pero sin voto. Cuando se trate de personal de la Policía, asistirá el Director de Personal, con voz pero sin voto.

**Artículo 36.** De las recomendaciones de las Juntas. Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el ministro de Defensa. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta.”

**Llamamiento a calificar servicios:** El Decreto 1790 de 2000, “[p]or el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, en el Título IV “De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación” de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al “**retiro**” como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente en la obligación de prestar servicios en actividad.

**“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”.

Dentro de las causales de retiro del servicio activo, el artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, contempla la siguiente:

**“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: (...)

3. Por llamamiento a calificar servicios.”

El *eiusdem* supeditó el llamamiento a calificar servicios al hecho de que el retirado haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro de la forma que sigue:

**“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”.

Por su parte el artículo 1º del Decreto 0991 de 2015 “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares” estableció:

**“Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.** Fijese 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 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, de según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al Cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto (...).*

De las disposiciones transcritas se deduce que los artículos 100, literal a) numeral 3, y 103 del Decreto 1790 de 2000, así como el artículo 3º de la Ley 857 de 2003, que disciplinan la figura del retiro por llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares, deben ser analizados de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido en que solo procede el retiro por llamamiento a calificar servicios, si se cumplen los requisitos allí establecidos, para acceder a la asignación de retiro.

Es indudable que la causal de retiro denominada llamamiento a calificar servicios posee, entre otros, un requisito de orden cronológico que se refiere al mínimo de 15 años de servicio (artículo 1º del Decreto 0991 de 2015), pero también contiene un elemento discrecional<sup>1</sup> que es el que debe evaluar la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares (artículo 99 del Decreto 1790 de 2000) en orden a consignar en el acta respectiva la recomendación de retiro.

Al respecto, la Corte Constitucional en reciente sentencia<sup>2</sup> extrajo un cuadro comparativo en el cual se diferenciò el retiro por voluntad del Gobierno, del retiro por llamamiento a calificar servicios, así:

<b>“RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES</b>	<b>RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA</b>
<i>La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.</i>	<i>La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.</i>
<i>Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a la asignación de retiro. (...)</i>	<i>Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.</i>
<i>Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las</i>	<i>Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro (<b>requisito sine quanon</b>), prestación</i>

<sup>1</sup> Al respecto, véase la sentencia del 17 de noviembre de 2011 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado: 07779-2011.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016.

<p>normas prestacionales previstas para cada escalafón<sup>3</sup>.</p>	<p>reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)</p>
<p>Este retiro <b>es de carácter definitivo</b>, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.</p>	<p>Este retiro <b>no es de carácter definitivo ni absoluto</b>, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.</p>
<p>Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.</p>	<p>Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.</p>
<p>Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.</p>	<p>Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.</p>
<p>El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.</p>	<p>No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.</p>
<p>El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).</p> <p>Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, 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.</p> <p>Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de</p>	<p>Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</p> <p>Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es</p>

<sup>3</sup> Cita interna de la sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016. "Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014".

*retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.*

*normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. 4”*

En la misma providencia la Corte Constitucional concluyó del cuadro transcrito que las dos figuras difieren sustancialmente en su contenido, requisitos, efectos o consecuencias, pero que son similares en cuanto a la intención de retirar del servicio activo de la Fuerza Pública a quienes cumplan unos requisitos específicos, como en el caso del retiro por llamamiento, o se encuentren inmersos en circunstancias especiales por razones del servicio, como en el caso del retiro discrecional en las Fuerzas Militares o del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional, que generen el ejercicio de la facultad “discrecional” prevista en la normatividad vigente<sup>5</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido en su jurisprudencia similares conclusiones, al efecto ha considerado que:

i) El llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional que conduce necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, y a los desafíos a los que se enfrenta una institución. Es una causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública, que sirve como instrumento para remover al personal de las instituciones militares y de policía, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro<sup>6</sup>. Por tanto, constituye un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.<sup>7</sup>

ii) El retiro por llamamiento a calificar servicios 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<sup>8</sup>.

iii) Por regla general, el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, ya que se presume expedido con la finalidad de modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones<sup>9</sup>.

iv) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional que se presume ejercida en aras del 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<sup>10</sup>.

**Estado de la cuestión:** En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta la obligatoriedad de su motivación<sup>11</sup> pero entraña el cumplimiento de algunos requisitos por parte del militar para acceder a la asignación de retiro, acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva, que permite a las Fuerzas Militares un relevo generacional dentro de la línea

<sup>4</sup> Cita interna de la Sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016. “Cuadro extraído del oficio OPTB-708115 del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), enviado por la Policía Nacional”.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

<sup>6</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 7 de abril de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00 (ac).

<sup>7</sup> Sobre el particular el Consejo de Estado (Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01. v.et Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).

<sup>11</sup> A juicio de la Corte Constitucional al exigir motivación expresa a estos actos de retiro se desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, así como la facultad discrecional de estos organismos de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Cfr. Sentencia SU 091 de 2016.

jerárquica institucional sin que ello implique una sanción, pues el retiro dado en esta forma no es de carácter definitivo.

**Del cargo de infracción a las normas en que debería fundarse:** De lo anotado se colige que, de acuerdo con las normas citadas que además sustentan el presente cargo, los requisitos formales para retirar del servicio al actor se encuentran cumplidos en el *sub lite*, sin que se exijan requerimientos adicionales como los señalados por el actor al momento de sustentar el cargo, pues está probado que a la fecha de retiro del servicio el actor cumplía con más de 22 años de servicio excediendo lo requerido para oficiales de las fuerzas militares que ingresaron antes del 2004, que es 15 años de servicio, para tener derecho a la asignación de retiro (Fl.165 PDF “01ExpedienteDigital”); que existe **Acta No.008 del 14 de octubre de 2016** en la que se determinó que por contar el oficial RODRÍGUEZ CASTAÑO OSCAR ENRIQUE “...con más de quince (15) años de servicio, tiempo que lo hace acreedor a una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015”, se aprobó por unanimidad el retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios, citando dentro de sus consideraciones las sentencias de la Corte Constitucional SU-091/2016 y T-107/2016 (fls.159-163 PDF “01ExpedienteDigital”), el cual se hizo efectivo mediante **Resolución No. 10665 del 30 de noviembre de 2016** (fls.04-07 PDF “01ExpedienteDigital”) notificada el día 7 de diciembre de 2016 (fl. 08 PDF “01ExpedienteDigital”).

Aunado a lo anterior, respecto de las calidades del demandante en la prestación de sus servicios, este Despacho solamente se remitirá a lo consignado en precedencia y que fue considerado por la Corte Constitucional en la SU-091 de 2016 en la cual se expuso que la aplicación del retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro, destacando que:

*“Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público”<sup>12</sup>.*

En consecuencia, es la misma Constitución Política de Colombia la que estableció este sistema para las Fuerzas Militares en razón a la especialidad e importancia de su servicio; destacándose además, que del discurrir normativo y jurisprudencial del acápite precedente, resulta más que evidente que la aplicación de la causal de llamamiento a calificar servicio no comporta ningún tema castigo o sanción por el no ascenso ni una disposición deshonrosa, en palabras de la Corte, ésta, es tan solo una manera corriente de culminar la carrera oficial. Por lo cual, el cargo de violación de normas invocado no prospera.

**Desviación de poder y falsa motivación. Del acto acusado y de la facultad discrecional:** El apoderado de la parte demandante señaló que el accionante fue retirado del servicio sobre la consideración de que no fue recomendado para ingreso al Curso Estado Mayor 2016, evidenciándose esta motivación en que la decisión de retiro fue tomada dos meses después de que la Junta Clasificadora de la Armada Nacional recomendara que el señor RODRÍGUEZ CASTAÑO “no debía ascender al grado de Capitán de Fragata”.

Sobre este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el llamamiento a calificar servicios, si bien es una causal de retiro del servicio activo “(...) no comporta una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

*en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales (...)*<sup>13</sup>

Así, el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el funcionario público, pues es desvinculado, en este caso, de la Armada Nacional para disfrutar su asignación de retiro así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación<sup>14</sup>.

Ahora bien, 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.

En este sentido, como el accionante alega que fue retirado a través de llamamiento a calificar servicios por cuanto no fue ascendido, le correspondía probar los motivos ocultos por los cuales, en su sentir, conllevaron a su desvinculación.

En razón a que los argumentos del accionante insisten en la tesis según la cual al no haber sido convocado para la realización del curso de ascenso, tal situación se erigió como único y verdadero motivo para su retiro; por lo tanto en el puntual es pertinente señalar que:

El artículo 217 Constitucional, señala que la Ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como en los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio. El Decreto 1790 de 2000, ya citado el cual es la norma que regula la carrera de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En los artículos 51 y siguientes, consagra lo pertinente a ascenso y sus requisitos así:

**“ARTÍCULO 51. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS.** *Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares”.*

**“ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO.** *Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.*

**PARÁGRAFO.** *El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.*

**PARÁGRAFO 2.** *<Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad competente, serán ascendidos al Grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de noviembre de 2011, proceso con radicado 68001-23-31-000-2004-000753-01 (0779-11).

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 217 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los Grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente”.*

**“ARTÍCULO 53. REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES.** *Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:*

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.*
- b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.*
- c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.*
- d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.*
- e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.*
- f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.*
- g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.*

**PARÁGRAFO.** *El requisito de curso de que trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares”.*

A su vez, el artículo 68 *ídem*, dispone que para ascender al grado de teniente coronel o capitán de fragata se requiere adelantar y aprobar un curso denominado “Curso de Estado Mayor”, el cual se llevará a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia. Para ingresar al curso, los aspirantes seleccionados por los Comandos de Fuerza deberán someterse a prueba de admisión.

Precisamente, a este “Curso de Estado Mayor” es al que no fue seleccionado el actor y sobre lo cual se edifica la nulidad por violación a ley y tangencialmente la falsa motivación y desviación de poder del acto que llamo a calificar servicios por considerar este que es este motivo el que lo soporta.

De estas disposiciones se puede extraer, que los ascensos en tratándose de oficiales y suboficiales les exige, estar en actividad, acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas, satisfacer los requisitos legales dentro del orden jerárquico, además, deben existir vacantes conforme a la planta, al escalafón de cargos y a la clasificación para ascenso. Lo anterior denota, que hay requisitos objetivos evaluables y otros, como la selección por parte del comandante de la fuerza y el concepto de la Junta Asesora o del Comité de Selección, que obedece a la facultad discrecional.

Siendo los actos anteriormente descritos susceptibles de control judicial autónomo, razón por la cual ante la inconformidad del accionante respecto a la no escogencia para el curso de ascenso, decisión que le fue debidamente informada mediante Oficio No.003/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-OPLADHU-DIVPED-62.8 en el que el Jefe Desarrollo Humano y Familia Armada Nacional le informa al Capitán de Corbeta accionante que no fue preseleccionado para efectuar el Curso de Estado Mayor durante el año 2017 (fl.38 PDF “01ExpedienteDigital”), este tenía la potestad de adelantar las actuaciones judiciales respectivas.

Lo anterior, por cuanto doctrinalmente se ha sostenido que el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales solo puede extenderse:

*“...al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que se derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control de respeto a los principios generales de derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como a control de cumplimiento de las*

*garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales”<sup>15</sup>*

Significa entonces, que los actos que determinan la facultad discrecional para la escogencia o no para ascensos, no debe hacerse un control en positivo de la actuación administrativa discrecional. En el estudio de un caso sobre ascensos de oficiales, el Consejo de Estado señaló que en tratándose de la fuerza castrense y dada su especialidad, el control de la facultad discrecional sobre ascensos no debe estar radicado en criterios de proporcionalidad y oportunidad, sino en el contexto de la decisión porque el acto así producido constituye la solución justa y correcta<sup>16</sup>.

En tanto, pudiendo atacar el acto que provoca su inconformidad ante la jurisdicción, provocando así su firmeza al no oponerse a este, no le es dable a este Despacho judicial atender las acusaciones contra un acto administrativo diferente al que le fue sometido a su control, debiendo entonces someternos al marco jurídico propuesto por el demandante, entendido como la determinación de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicio, así entonces se atenderán los argumentos del demandante pero solo desde la óptica restricta del acto administrativo demandado.

En consecuencia, cuando se alega la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad<sup>17</sup>.

Al expediente se allegaron las siguientes pruebas documentales: **(i)** Resolución 10665 del 2016 por la cual se retira del servicio activo a un oficial superior de la Armada Nacional (Fl. 04-08 PDF “01ExpedienteDigital”). **(ii)** Solicitud de programación de ascenso suscrito por el Inspector General de las Fuerzas Militares de fecha 09 de junio de 2014, a favor del actor (Fl. 09 PDF “01ExpedienteDigital”). **(iii)** Solicitud del accionante para ser tenido en cuenta para el Curso de Estado Mayor 2015, dirigida al Comandante de la Armada Nacional de fecha 06 de octubre de 2015 (Fl. 11 PDF “01ExpedienteDigital”). **(iv)** Hoja de vida del actor (Fl. 12-34 PDF “01ExpedienteDigital”). **(v)** Concepto de desempeño del accionante del 15 de junio de 2016, suscrito por el Inspector General de las Fuerzas Militares (Fl. 36-37 PDF “01ExpedienteDigital”). **(vi)** Oficio No. 003 del 30 de junio de 2016, por medio del cual le notifican al actor que no fue preseleccionado para efectuar el Curso de Estado Mayor 2017 (Fl. 38 PDF “01ExpedienteDigital”). **(vii)** Oficio 20160004230346501 del 19 de julio de 2016 reiterando el oficio No. 003 del 2016 (Fl. 64 PDF “01ExpedienteDigital”). **(viii)** Certificado de haberes por concepto de salario a diciembre de 2016 (Fl. 67-68 PDF “01ExpedienteDigital”). **(ix)** 2011-2012, 2013-2014, 2014, 2015, 2015-2016, (Fl. 70-104 y 118-140 PDF “01ExpedienteDigital”). **(x)** Certificado de última unidad de servicio – Inspección General de las Fuerzas Militares ubicada en Bogotá (Fl. 150 PDF “01ExpedienteDigital”). **(xi)** Certificado suscrito por el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, en el que refiere que “No existe Comité de Evaluación de Oficiales de grado capitán de corbeta para ingresar curso CEM-CIM y por ende no existe acta al respecto” (Fl. 152 PDF “01ExpedienteDigital”). **(xii)** Acta No. 26 expedida por la Junta para ascenso de oficiales de diciembre

<sup>15</sup> Cita de Parejo Alfonso y Sánchez Morón, en el libro de Discrecionalidad Administrativa. Hugo Alberto Marín Hernández. Universidad Externado de Colombia. Pág. 560

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia del veinticinco (25) noviembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08), Actor: Antonio José Cote Gómez, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 13001-23-31-000-2003-01692-01(4383-15), Actor: Ever Paulino Zambrano Niño, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia. Asunto: Establecer si el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra viciado de desviación de poder.

de 2016 (Fl. 154-158 PDF “01ExpedienteDigital”). (xiii) Acta No. 008 del 14 de octubre de 2016, expedida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional (Fl. 159-163 PDF “01ExpedienteDigital”). (xiv) Constancia de tiempos de servicio – 22 años, 07 meses y 28 días (Fl. 165 PDF “01ExpedienteDigital”). (xv) Extracto de hoja de vida del actor, donde se puede observar la clasificación en lista “3” del demandante desde el año 2003-2004 al 2012-2013 y concepto “BUENO” (Fl. 168-177 PDF “01ExpedienteDigital”).

Revisadas la pruebas allegadas bajo la óptica del cargo ahora analizado se encuentra que más allá de la afirmación del demandante, no obran pruebas que permitan establecer que la finalidad del acto demandando fue diferente al previsto en ley y la jurisprudencia; como por ejemplo, que la recomendación de la Junta para Ascenso de Oficiales que para el período de Diciembre de 2016 que consideró que el accionante no cumplía con los requisitos de ascenso pues no había adelantado el curso de estado Mayor<sup>18</sup> y para el comité a la fecha no acreditaba la aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente<sup>19</sup>, fue la intensión ajena al buen servicio que motivó el retiro del actor por llamamiento.

De acuerdo con el planteamiento de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se advierte que el problema a desarrollar se centró en el retiro del accionante bajo la causal de llamamiento a calificar servicios, óptica desde la cual el juez ordinario debe hacer el correspondiente análisis como en efecto se está aplicando.

Siendo pertinente precisarle al actor que así hubiera sido recomendado para el ascenso, tal situación no es óbice para la aplicación de la determinación de llamamiento a calificar servicio, pues como ya lo señalamos el accionante cumplía con los requisitos para que esta proceda, es decir, tiempo suficiente para acceder a asignación de retiro (fl.165 PDF “01ExpedienteDigital”), y recomendación de la Junta Asesora del Ministerio para ello (fls.159-163 PDF “01ExpedienteDigital”).

Debe señalarse, además, que por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 166 y 167 del Código General del Proceso, aplicables al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, por regla general, incumbe a las partes probar el supuesto fáctico normativo del cual se persigue un efecto jurídico deseado. Y atendiendo a que en el caso del llamamiento a calificar servicios por ser un acto recubierto de presunción de legalidad y con una motivación en el texto legal, le compete entonces a quien lo acusa acreditar la existencia de razones diferentes al buen servicio que a su juicio hayan determinado tal decisión de la administración.

La jurisprudencia al desarrollar la noción de carga de la prueba, también ha tenido en cuenta las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden; así por ejemplo, ha dicho: “(...) «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota» (...) quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones,

<sup>18</sup> Decreto 1790 de 2000. Artículo 68. **CURSO DE ESTADO MAYOR.** Para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata; se requiere adelantar y aprobar un curso que se denominará «Curso de Estado Mayor», el cual se llevará a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia.

**PARÁGRAFO.** Para ingresar al curso de qué trata este artículo, los aspirantes seleccionados por los comandos de fuerza, deberán someterse a pruebas de admisión, de acuerdo con las disposiciones que para el efecto expida el Ministro de Defensa Nacional.

<sup>19</sup> Decreto 1790 de 2000. Artículo 53. **REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES.** Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.

b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.

c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.

**d. Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.**

e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.

f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

**PARÁGRAFO.** El requisito de curso de qué trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierto, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares.

*en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi...*<sup>20</sup>. Razones por las que se concluye que pese a que corresponde al actor acreditar con suficiencia y certeza, que el acto de llamamiento a calificar servicios es contrario a derecho por encubrir motivos diversos al buen servicio, a fin de conseguir el amparo; en el presente caso el demandante no lo hizo.

Así pues, en este caso, como el demandante no probó de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desbordaron la facultad que tiene el nominador para separar del servicio activo a quien cumplió más de 15 años en la institución, el cargo alegado no puede prosperar.

Entonces, como en el sub judice está acreditado el citado presupuesto, no se desvirtúa la motivación, ni se prueba ningún motivo adicional, a que el señor RODRÍGUEZ CASTAÑO OSCAR ENRIQUE prestó sus servicios en la Armada Nacional como Oficial por más de 22 años.

Finalmente es necesario argumentar, en cuanto a las manifestaciones que destacan las calificaciones, menciones honoríficas y estudios del demandante, que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>21</sup>, este tipo de razonamientos no son de recibo, por cuanto la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario.

El buen desempeño del actor en la Armada Nacional no genera un fuero de inamovilidad, como lo ha considerado el Alto Tribunal de lo Contencioso en un caso similar contenido en sentencia del 1º de marzo de 2012, así:

*“(...) Adicionalmente, las circunstancias de buen desempeño en el ejercicio del cargo, que según el actor debieron pesar su permanencia en la entidad, como lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Corporación, no generan por sí solas, fuero de estabilidad en el empleo (...)”*<sup>22</sup>

Por consiguiente, la idoneidad del actor en su trayectoria profesional como integrante de la Fuerzas Militares Armada Nacional, no inhibe el ejercicio de la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios.

Además el acto demandado se fundamentó de conformidad con la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y esta a su vez en las normas establecidas para el efecto, entre ellas se encuentra los artículos 217 de la Constitución Política, artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 14 de septiembre de 2000, que señala “*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*”, la cual es una causal de retiro del servicio activo. Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor OSCAR ENRIQUE RODRÍGUEZ CASTAÑO dentro de las Fuerzas Militares Armada Nacional, siendo esta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. Lo anterior, atendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, tal como en múltiples pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado se ha señalado.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 17720.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proceso con radicado N° 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11).

Al respecto, es importante advertir, que el llamamiento a calificar servicios es procedente en los casos de quienes no son ascendidos al grado inmediatamente superior, en razón a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, pues por lógica no es posible materialmente que todos los oficiales logren el ascenso hasta el grado de General, en atención a que el número de vacantes en grados superiores es menor. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 10 de octubre de 2018, con ponencia de la Doctora Amparo Oviedo Pinto, Expediente 11001333500820170000301 indicó:

*“(…) Así las cosas, el hecho de que algunos uniformados no sean ascendidos al grado inmediatamente superior y en consecuencia, son retirados por llamamiento a calificar servicios, no quiere decir que carecen de las condiciones personales y profesionales requeridas para desempeñar el cargo, tampoco que la administración los desconoció, habida cuenta que es imposible materialmente ascender a todos los uniformados al grado inmediatamente superior y mantenerlos en servicio activo.*

*En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el ascenso a los grados superiores, es una expectativa, pero no un derecho, misma razón por la cual el decreto ley 1791 de 2000 en sus artículos 20 y 21 establece que los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo “podrán” ser ascendidos previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, dentro del orden jerárquico de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación de Desempeño.*

*(…) estructura jerárquica piramidal conlleva necesariamente, por un lado, el ascenso de unos uniformados a las pocas vacantes que se presentan en el grado inmediatamente superior y por tanto el retiro del servicio activo de quienes no son ascendidos y cumplen las condiciones para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, habida cuenta que los miembros del grado inmediatamente inferior, también deben ser promovidos con el fin de renovar el personal en servicio activo”*

Lo referenciado previamente, se estructura como razón suficiente para que estimar que la entidad demandada se encuentra facultada para decidir el llamamiento a calificar servicios de los uniformados que no fueron convocados a curso de ascenso y cumplan con el requisito de tiempo de servicios exigido para obtener una asignación de retiro, pues en tal caso, la demandada solo está dando aplicación a la normatividad que prevé su aplicación en esta específica situación.

Por lo que cabe reiterar que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, por su simple parecer o especulación, sino que tiene que demostrar suficientemente la misma. No puede el demandante decir que por no ser recomendado para ascender al grado siguiente de Capitán de Fragata, fue ese el motivo principal para que la Armada Nacional lo retirara del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, sin pruebas fehacientes que demuestren esa falsa motivación que él predica en la demanda y demás actuaciones en este proceso.

La Corte Constitucional, en sentencia SU- 217 de 28 de abril de 2016, sobre este tema de la motivación del acto de retiro, precisó:

*“(…) 20. En conclusión, la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por*

voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.

**En particular, la Sala quiere ser enfática en advertir que la ley no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar, de manera decorosa y con derecho a una asignación de retiro, a un oficial.**

Tal y como lo advirtió la sentencia SU-091 de 2016 los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación expresa más allá de la extratextual contemplada en la ley y que el buen desempeño laboral de los oficiales no representa una estabilidad laboral absoluta que impida la renovación de los cuadros de mando en las Fuerza Pública. Es así, como la providencia también incurrió en el defecto sustantivo en la medida en que señaló que se debía motivar la recomendación de la Junta de Asesores cuando la misma es un acto discrecional que goza de la presunción de legalidad. En ese sentido, como lo dijo esta Corporación en su reciente sentencia de unificación, solo es posible desvirtuar la legitimada del acto si se llegara a probar que el mismo fue el resultado de un acto de discriminación o fraudulento, cosa que no se probó en durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)<sup>23</sup>

En consecuencia, tal como lo ha concluido el Consejo de Estado: “...se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley”<sup>24</sup>.

En conclusión, en el *sub lite*, el actor no acreditó los fundamentos de sus pretensiones, lo que permite afirmar que al demandante no le asiste razón en lo pretendido con su demanda, pues no logró desvirtuar la presunción de legalidad propia del acto administrativo, por tanto, este continúa surtiendo sus efectos jurídicos y se considera expedido conforme a las disposiciones normativas. En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

**Conclusión:** Los cargos de nulidad del acto administrativo por infracción a las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y desviación de poder que sirvieron de fundamento para las pretensiones no se configuraron, por lo tanto, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara la Resolución 10665 del 30 de noviembre de 2016.

Conforme con la conclusión que se extrae de la citada SU 217 de 2016 se negarán las pretensiones de la demanda “en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.

**Costas:** El Despacho, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

<sup>24</sup> Cfr. Consejo de Estado, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

<sup>25</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2006. Subsección B, C.P. Jesús María Lemos. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”.

**I. DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- NEGAR LAS PRETENSIONES** de la demanda, de acuerdo con las consideraciones hechas en precedencia.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

**TERCERO.-** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias a que hubiere lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

Jara

**Firmado Por:**

**Luz Matilde Adaime Cabrera**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado Administrativo**  
**Sala 017 Contencioso Admsección 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:

**d38a7f618be52ccea27726c837f56e9920e87c0822b60a2b4f327ca441c3e25e**

Documento generado en 29/03/2022 12:14:20 PM

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