



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ –
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4°
Correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Carlos Eduardo Portilla Vidal¹
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional²
Radicación:	11001333501620190025900
Asunto:	Sentencia Primera Instancia

1. Asunto a decidir

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. Antecedentes

2.1. Pretensiones³. El señor TC® **CARLOS EDUARDO PORTILLA VIDAL**, por conducto de apoderada judicial y, en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 2490 de 22 de abril de 2019 por medio del cual fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional, del Oficio N° 20183056171553 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 26 de octubre de 2018 mediante la cual se confirma la manifestación del comité de evaluación de no recomendarlo para ascenso al grado de Coronel, del Oficio N° 20193050175331 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 1° de febrero de 2019 por medio del cual remiten copia parcial del acta de comité No 161226 del 3 de octubre del 2018, y adjunta copia de planilla del estudio realizado por el Comité de Evaluación folio 14, del Decreto N° 2175 de 28 de noviembre de 2018 por el cual se asciende a unos oficiales de las Fuerzas Militares, mediante el cual de forma

¹ saydagalvezchavez@hotmail.com; luisacrane2403@gmail.com

² norma.silva@mindefensa.gov.co; Notificaciones.judiciales@mindefensa.gov.co

³ Folios 1-2 archivo 04 expediente electrónico

ficta resolvieron no llamarlo a ascenso y de las actas N° 121226 y 161228 de 3 y 20 de octubre de 2018 por medio de las cuales el Comité de Evaluación del Ejército Nacional deciden no recomendar su ascenso.

2.2. Hechos⁴.

De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a.** Indicó que es oficial del Ejército Nacional desde el 1° de agosto de 1993 y el último grado obtenido fue el de Teniente Coronel, observando durante toda su carrera un alto grado de responsabilidad y sentido de pertenencia, que lo llevaron a recibir condecoraciones y premios dentro de la institución.
- b.** Señaló que represento al país en competencias internacionales de las Fuerzas Militares con alto rendimiento.
- c.** Que bajo su mando diferentes unidades, batallones y brigadas obtuvieron altos reconocimientos a nivel nacional.
- d.** El último cargo desempeñado fue el de JEM de la BRIGADA CONTRA LA MINERÍA ILEGAL – BRCMI.
- e.** El 12 de junio de 2018 la Dirección de Personal del Ejército Nacional expidió circular para ascenso de oficiales en el mes de diciembre y lo citaron, no obstante, el 5 de octubre de 2018 le comunicaron vía correo electrónico que no había sido tenido en cuenta para el ascenso al grado de CORONEL.
- f.** El 9 de octubre de 2018 solicitó la reconsideración de la evaluación de ascenso, respaldando la misma en los apoyos favorables dados por el Comandante División de Aviación Asalto Aéreo y el Comandante Brigada contra la Minería Ilegal.
- g.** El 26 de octubre de 2018 el Director de Personal del ejército expidió comunicación en la que le indicó que con Acta No 162228 del 20 de octubre el 2018, el comité no recomendó el ascenso.

⁴ Folios 3-7 Archivo 04 expediente electrónico.

- h. El 28 de noviembre de 2018 mediante Decreto Presidencial N° 2175 se enunciaron los uniformados ascendidos, entre los cuales no fue llamado para ascenso.
- i. El 30 de enero de 2019 solicitó al Comandante del Ejército Nacional la entrega del motivo por el cual no fue considerado para ascenso al grado de Coronel, junto con el estudio detallado y fundamentado del análisis juicioso y metódico, y los argumentos que tuvo el comité para no acceder a la solicitud de reconsideración.
- j. El 1 de febrero del año 2019, el oficial Sección Jurídica DIPER da contestación a la solicitud anterior, mediante la cual anexa copia parcial del acta de comité N° 161226 del 3 de octubre del año 2018, que trata sobre la evaluación final del estudio y recomendación por parte del Comité de Evaluación y se envía copia de la planilla del estudio realizado por el Comité Evaluador al demandante en la cual se encuentra los ítems evaluados por parte del comité y la decisión final.
- k. A través de Resolución N° 2490 de 22 de abril de 2019 fue retirado del servicio por la causal *llamamiento a calificar servicios*.
- l. El 10 de mayo de 2019 presentó derecho de petición solicitando certificaciones sobre antecedentes de inteligencia o reportes de actividades ilícitas en su contra y en la respuesta brindada mediante oficio No. 2228 de fecha 20 de mayo de 2019 se acogen a la Constitución Política de 1991, en su artículo 248 y a la Ley Estatutaria 1621 de 2013 en su artículo 2 y mencionan en cuanto a que el comité de evaluación haya conceptuado que, del estudio realizado a su historia laboral, la considere plana y que no genera confianza para asignarles cargos de mayor responsabilidad y complejidad en el área administrativa operacional, y que para ellos no es claro cuál es el nexo que el potente pretende forzosamente crear con la contrainteligencia militar, ya que esa no hace parte de dicho comité, ni tiene puntaje asignado en las evaluaciones para ascenso.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Constitución Política, Ley 1437 de 2011, Decreto 1512 de 2000 y Decreto 1790 de 200.

En su concepto de violación indicó que las razones aducidas por la demandada para no llamarlo a curso de ascenso están revestidas de situaciones subjetivas y desviación de poder, que además los actos administrativos atacados infringen as normas en que debieron fundarse en tanto el Comité de Evaluación no tenía la competencia para

haber decidido si lo ascendía o no al no estar conformada por los integrantes que la ley señala y que existió falsa motivación al indicar que su historia laboral era plana y que no se observaban acciones de relevancia, y no contaba con la confianza del mando para asignarle cargos de mayor responsabilidad y complejidad en el área administrativo operacional, pues las múltiples distinciones obtenidas en forma personal y colectiva a través de las Unidades y Batallones a su cargo prueban lo contrario.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 10 de junio de 2019⁵ y mediante auto del 3 de julio de 2020⁶, se admitió por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; ante la reforma presentada en tiempo por la apoderada del demandante, el 16 de noviembre de 2021⁷ fue notificada mediante correo electrónico la entidad demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En el término de traslado de la demanda, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, dio contestación a la misma ejerciendo su derecho de defensa y contradicción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Posteriormente, mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2º de la Ley 1437 de 2011 y 110 del Código General del Proceso, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, las que fueron resueltas mediante auto del 8 de abril de 2022.

Posteriormente, el 14 de junio de 2022 se llevó a cabo la audiencia inicial donde se fijó el litigio, se decretaron las pruebas y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas.

El 19 de julio de 2022 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, pero debido a un problema técnico se reconstruyó la misma el 21 de febrero de 2023.

Evacuado el recaudo probatorio se cerró la respectiva etapa y se concedió el termino para presentar por escrito las respectivas alegaciones, dentro del cual las partes allegaron los memoriales respectivos.

2.5. Sinopsis de la respuesta.

2.5.1. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.⁸ En su escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de demanda, indicó para

⁵ Folio 27 Archivo 01

⁶ Fls 29-30 archivo 01

⁷ Archivo 13 expediente electrónico

⁸ Archivo N° 09 del expediente electrónico

el efecto que el hecho de ostentar un grado en la carrera militar no lo hace acreedor al ascenso, que las FF.MM tienen una estructura piramidal lo que implica que no todos pueden llegar a ascender al grado más alto y no todos los miembros tienen calidades para ser General de la República, pese a que sí las tengan para ser Coronel o simplemente Mayor; circunstancia que es plenamente conocida por todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Armadas, desde que inician su carrera militar.

Que la Corte Constitucional en Sentencia SU – 091 /16 precisó que la modalidad especial de retiro por LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, “ (...) obedece a la estructura piramidal de dichas carreras que no admite el ascenso al grado superior de todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior y la misma permite la renovación del personal uniformado, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. (...)” y que las decisiones que tome el Ministerio de Defensa no son resultado de un procedimiento arbitrario, sino de una evaluación hecha por la Junta Asesora establecida para tal efecto, que además los ascensos son una potestad discrecional de los Comandantes de Fuerza, lo cual está supeditado a la proyección que tenga el personal militar.

Que en los actos atacados existió sustentación jurídica y fáctica de los mismos y que el demandante contaba con un tiempo de servicio superior a veinticuatro (24) años al momento de su retiro que lo hicieron acreedor de la respectiva asignación de retiro y los correspondientes servicios médicos.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial allegado al correo electrónico del Despacho, el cual se encuentra incorporado en el archivo 44 del expediente electrónico.

En síntesis, indicó que a través del respectivo recaudo probatorio se logró demostrar que nunca se le indicaron las razones por las cuales no había sido considerado para ascenso, que el comité de evaluación no tenía la competencia para haber decidido si los ascendía o no al no estar conformada por los integrantes que la ley señala y que en efecto fue falsamente motivado el acto que no recomendó su ascenso pues su hoja de vida no fue plana por el contrario presenta múltiples reconocimientos por su impecable desempeño.

Que los conceptos deben ser sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, para motivar el acto administrativo de retiro y la demandada no aportó pruebas que

demuestren la proporcionalidad y razonabilidad que debe guiar el ejercicio de la facultad discrecional, por lo que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

2.6.2. Alegatos de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional. La entidad presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial remitido al correo electrónico de este juzgado, que reposan en el archivo 45 del expediente electrónico insistió en que la estructura piramidal de las FF.MM. genera que no todos los miembros accedan al ascenso al grado superior y que su posibilidad de ascenso no esté sujeta exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario, sino atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio (SU – 091 de 2016).

La selección para adelantar cursos de ascenso es una potestad discrecional de los comandantes de Fuerza, lo cual está supeditado a la proyección que tenga el personal militar, que la figura del LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, de los miembros de la Fuerza Pública no requiere de motivación expresa, pues esta está dada por la ley, es decir 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 estos está prevista en la ley y que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas al querer del legislador, corre con la carga de la prueba, cuestión que no se dio en este asunto, por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3. Consideraciones

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar:

- a) ¿Los actos acusados, mediante los cuales se negó el ascenso al grado de coronel y se retiró del servicio activo al actor por llamamiento a calificar servicios, se ajustan al ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, fueron expedidos con falsa motivación y con falta de competencia?

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** Régimen de carrera de las Fuerzas Militares; **ii)** Ascensos en la Carrera Militar, **iii)** El retiro de las FF.MM por llamamiento a calificar servicios, **iv)** Falsa motivación de un acto administrativo, y **v)** Caso concreto.

4. Normatividad y jurisprudencia aplicable.

4.1. Régimen de carrera de las Fuerzas Militares.

El régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares por expresa disposición Constitucional, es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos debido a las funciones que le fueron otorgadas, entre otras, la materialización de un orden justo, tendientes a obtener un mejor servicio según lo indican los artículos 216,⁹ 217,¹⁰ y 220¹¹ superiores.

En atención a los principios que rigen la función pública, el personal dedicado a la actividad militar debe acreditar ciertas calidades para su ejercicio, como son “...la eficiencia, la moralidad y una ética a toda prueba”¹².

4.2. Ascensos en la Carrera Militar¹³.

En desarrollo del régimen de carrera especial de origen constitucional que asiste a los miembros de las Fuerzas Militares, el Decreto 1790 de 2000, *«por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares»*, dispuso:

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

⁹ Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

¹⁰ Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

¹¹ Artículo 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley.

¹² Ver sentencia C-525 de 1995.

¹³ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 11 de noviembre de 2021, radicado 25000-23-42-000-2016-02813-01 (1135-19) Demandante Hiznardo Alberto Bravo Zambrano. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

A su vez, en lo relativo al ascenso de los oficiales, los artículos 51 y 53 de la citada norma establecieron:

ARTÍCULO 51. 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 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 alternativo que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares.

Por tanto, uno de los requisitos para ser llamado a curso de ascenso, es el concepto favorable de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

De igual forma, la obligación de cumplir la totalidad de los requisitos prescritos en la ley se infiere de los artículos 65, 66 y 67¹⁴ del Decreto 1790 de 2000, los cuales disponen que el Gobierno nacional escogerá entre quienes reúnan las condiciones allí establecidas.

En tal sentido, acerca de la facultad discrecional para la escogencia de los miembros de las fuerzas militares para ascenso, El Consejo de Estado, en concepto de 3 de julio de 2015¹⁵, sostuvo:

[...]

Así, la facultad discrecional del Ejecutivo se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas Militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el Ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las respectivas promociones.

A juicio de la Sala no existe la mencionada obligación de ascenso por las siguientes razones:

*i) Los ascensos se encuentran condicionados a la existencia de vacantes, tal como se desprende del ya mencionado artículo 51 del Decreto 1790 de 2000*¹⁶.

ii) Los ascensos se confieren dependiendo de las necesidades o conveniencias de las Fuerzas Militares [...].

*Igualmente, el artículo 4º del Decreto 1790 de 2000 estableció que el Gobierno Nacional tiene la facultad de determinar la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en atención a las necesidades de estas*¹⁷.

De esta suerte, si existiera la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas que cumplan los requisitos establecidos en la ley, sería esta circunstancia la que determinaría el ascenso, más no la prerrogativa del Ejecutivo y las necesidades

¹⁴ «Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina» (sic).

¹⁵ Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, expediente 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

¹⁶ «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». Decreto 1790 de 2000, artículo 51. En la sentencia T-941 de 2009, al estudiar el caso de un miembro de la Policía Nacional, la Corte Constitucional indicó: «A pesar de estas consideraciones, para la Corte es claro que no todos los aspirantes a un cargo superior que cumplan con los requisitos objetivos señalados para el ascenso, pueden acceder al mismo, toda vez que existen razones de índole administrativa y presupuestaria que lo impiden. Sobre el particular, es pertinente tener en cuenta que el artículo 20 del Decreto 1791 de 2000, al determinar las condiciones para los ascensos señala que los mismos se conferirán “de acuerdo con las vacantes existentes”, aspecto que no puede ser desconocido por las autoridades involucradas en el proceso de escogencia del personal uniformado ni por éste último”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de diciembre de 2009, T-941/09. (Referencia de la sentencia en cita).

¹⁷ «La planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional revisado anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza». Decreto 1790 de 2000, artículo 4º. (Referencia de la sentencia en cita).

del servicio, criterios estos que son, desde el punto de vista jurídico, los que se deben tener en cuenta para el efecto¹⁸.

iii) Los ya mencionados artículos 54, 65, 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000 disponen con claridad que para los ascensos de los rangos identificados allí, la autoridad competente escogerá entre quienes hayan cumplido la totalidad de los requisitos determinados por el Decreto. En consecuencia, el cumplir con los requisitos habilita al uniformado para ser parte de los candidatos a ser ascendidos, pero de ningún modo significa que debe ser obligatoriamente promovido¹⁹.

iv) La necesidad de que el Ejecutivo tenga absoluta confianza en los integrantes de las Fuerzas Militares. Así, en atención a que la decisión de ascenso de sus miembros se enmarca dentro del ámbito del orden público, asuntos cuya dirección corresponde al Presidente de la República, y que estos se encuentran dentro de la línea de mando que ejecuta sus órdenes, es fundamental que el Ejecutivo confíe plenamente en los integrantes de estas Fuerzas²⁰.

[...]

v) La estructura vertical y jerarquizada de las Fuerzas Militares²¹, la cual envuelve necesariamente una disminución ascendente del número de grados militares²²,

vi) La existencia de diferencias individuales entre los aspirantes²³, y

¹⁸ “En la misma línea, la existencia de vacantes en la línea correspondiente determina el número de promociones al grado de que se habla, pues es probable que el número de aspirantes sea superior a las plazas disponibles según el decreto de planta respectivo (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05. (Referencia de la sentencia en cita).

¹⁹ Esta postura ha sido sostenida anteriormente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en sentencia de 1976, la Sección Segunda de esta corporación indicó: “Que en virtud de la ley, el Estado no adquiere obligación alguna, ni nace obligación que se encuentre frente a un derecho. Es algo completamente potestativo, no obstante se cumplan por un oficial los requisitos para el ascenso. Es decir, el Estado, por intermedio del Gobierno, no puede hacer ascensos sino dentro del orden jerárquico establecido por la ley y tampoco puede hacerse sino en las personas que llenen los requisitos legales, pero no está obligado a decretar el ascenso para una persona determinada que cumpla los requisitos en una determinada fecha”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 1976, Radicación número: 2831. (Referencia de la sentencia en cita).

²⁰ En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-1140 de 2004: “Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.)” Corte Constitucional. Sentencia del 12 de noviembre de 2004, T-1140/04. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05. (Referencia de la sentencia en cita).

²¹ “Ahora bien, tratándose de instituciones jerarquizadas como lo son las Fuerzas Armadas, el derecho aludido ha de atemperarse, pues por su propia esencia y para llevar a cabalidad sus objetivos, se requiere de una cabeza que guíe y una tropa que obedezca; vale decir que gozan de un régimen especial y propio que implica una pirámide estructural y por ende, una disciplina particular a la que todos deben someterse hasta el de más alto rango, como se exige en un Estado Social y Democrático de derecho y en donde para ascender, se requiere que el seleccionador cuente con cierto grado de discrecionalidad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 10 de marzo de 2005, Radicación número: 12139. (Referencia de la sentencia en cita).

²² “Finalmente, debe señalarse que no existe violación al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas por el hecho de que el Comité de Estado Mayor, no hubiere seleccionado al demandante para el Curso de 2005, por cuanto la estructura de mando de la Fuerza Pública se va estrechando en la medida en que se asciende y debe reducirse como efectivamente sucedió en el sub lite, en donde los Comandantes valoraron 270 hojas de vida y seleccionaron 147, dejando de lado 123 aspirantes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08). (Referencia de la sentencia en cita).

²³ En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad C-819 de 2005, señaló: “Teniendo en cuenta que no todos los aspirantes a la promoción militar pueden ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes, esta Corporación reconoce que el Comando de la Fuerza es el encargado de seleccionar aquellos aspirantes que, luego de haber aprobado los requisitos objetivos exigidos por la legislación pertinente, pueden recibir el grado inmediatamente superior. (...)”

La Corte reconoce que en el grupo de aspirantes que han sido calificados óptimamente para el ascenso existen diferencias individuales. La homogeneidad absoluta en las condiciones personales de los sargentos primeros que cumplen con todos los requisitos para recibir la promoción a Sargento Mayor y que han recibido una calificación satisfactoria para ser promovidos es imposible. Incluso entre los más destacados existen diferencias. Por ello, con fundamento en esas diferencias, que deben ser evaluadas e interpretadas a la luz de los cánones militares, se justifica que el Comando disponga la elección final de los aspirantes”.

vii) El propio texto de los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, los cuales señalan que los oficiales y suboficiales “podrán ascender” cuando cumplan los requisitos dispuestos en la norma.

[...]

De este modo, resulta evidente para la Sala, que el artículo 52 del Decreto Ley 1791 de 2000 no contiene un mandato u orden inequívoca que imponga a la entidad demandada un deber imperativo, inobjetable y exigible, toda vez que, deja en libertad a la administración de decidir si asciende o no a los uniformados restablecidos, previo el cumplimiento de los requisitos legales”²⁴.

Dentro de este marco, a juicio de la Sala, la expresión “podrán ascender” contenida en los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, no impone la obligación al Ejecutivo de promover al uniformado, sino que le permite decidir ascenderlo o no, sin que en todo caso sea posible que se exijan requisitos diferentes a los establecidos en la ley “ (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, la selección de los uniformados convocados a cursos de capacitación para ascenso, implica el ejercicio de una facultad discrecional sometida a las necesidades del servicio y a las vacantes existentes.

Ahora bien, en lo concerniente a la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas militares que adopta la aludida decisión de recomendación para curso de ascenso, el Decreto 2565 de 1968²⁵ indicó:

ARTÍCULO 54. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares está integradas por:

- a) El Ministro de Defensa, quien la preside*
- b) El comandante General de las Fuerzas Militares;*
- c) Los Comandantes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea;*
- d) Los Oficiales Generales y de Insignia de la Armada en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá; y*
- e) El Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional.*

Parágrafo 1º Cuando la Junta Asesora deba estudiar ascensos y retiros de Oficiales pertenecientes a las distintas Fuerzas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), formará también parte de ella el Jefe del respectivo Departamento de Personal, con derecho a voz pero no a voto.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02024-01(ACU). (Referencia de la sentencia en cita).

²⁵ «Por el cual se reorganiza el Ministerio de Defensa Nacional y se determinan sus funciones».

Parágrafo 2º Los Comandantes de las Fuerzas estarán exentos de concurrir a las reuniones de la Junta, cuando se trate de ascensos de oficiales que dependan de otras Fuerzas, salvo citación especial hecha por el Presidente de la Junta.

Parágrafo 3º Los miembros que integran la Junta Asesora no tienen suplentes y en consecuencia, no pueden ser reemplazados en sus funciones por otros oficiales.

ARTÍCULO 55. Son funciones de la Junta Asesora:

a) Asesorar al Ministro en todos los asuntos relativos a la organización y preparación de las Fuerzas Militares para la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden legal;

b) Asesorar al Ministro en la preparación de los planes referentes a la administración de los bienes destinados a la Defensa Nacional, y en la aplicación de los fondos que se incluyan anualmente en el presupuesto nacional para el sostenimiento de dotación de las Fuerzas Militares y el mantenimiento y renovación de los armamentos de las mismas Fuerzas y en los demás asuntos que el Ministro someta a su consideración; y

c) Aprobar y modificar las clasificaciones de los oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los ascensos, llamamientos al servicio y retiro de los oficiales de las Fuerzas Militares, de acuerdo con las normas legales sobre la materia.

De acuerdo con lo señalado, una de las funciones principales de la junta asesora del Ministerio de Defensa para el Ejército Nacional, consiste en recomendar el ascenso de los oficiales, así como su retiro, con fundamento en las normas pertinentes.

4.3 El retiro de las FF.MM por llamamiento a calificar servicios²⁶

El artículo 99 del Decreto 1790 de 2000 «*por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*» contempló el retiro de las Fuerzas Militares en los siguientes términos:

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

²⁶ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 22 de septiembre de 2022, radicado 25000-23-42-000-2016-03930-01 (4119-2021) Demandante Carlos Enrique León Soto. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.

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 el artículo 100 ibidem,²⁷ contempla el llamamiento a calificar servicios. Dispone la norma lo 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:

Artículo 100. Causales del retiro. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

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

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.

²⁷ Texto modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006.

9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.

2. Por conducta deficiente.

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.

4. Por muerte.

5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.

6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.

A su vez, el artículo 103 del decreto aludido señaló que²⁸ *«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».*

De esta manera, procede el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares cuando el respectivo servidor público ha cumplido con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación de retiro. Además, para el caso de los oficiales, excepto los de rango de general o de insignia, se requiere para el retiro, por ordenarlo el artículo 99 del decreto citado, concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

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 modo que permite el ascenso de algunos de sus miembros y conlleva también el retiro de otros, pero sin que este mecanismo se pueda equiparar a una sanción.

El retiro por llamamiento a calificar servicios no es más que la materialización del poder de mando dentro de la fuerza pública que, por razones de necesidad y

²⁸ Texto modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006

conveniencia, permite el relevo del personal tanto del mando superior como medio y, en palabras de la Sección Segunda del Consejo de Estado, *«atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las fuerzas armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal»*.²⁹

En lo que respecta a la motivación del acto administrativo que dispone el retiro del servicio por la causa que se analiza, la jurisprudencia ha sido del criterio que ella *«está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro»*.³⁰

En ese sentido, la decisión no requiere de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y, en el caso de los oficiales de que trata el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, se exige también el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa.³¹ 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 ello, quien se crea afectado por el respectivo acto puede impugnarlo en sede jurisdiccional.

La posición aludida fue ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 217 de 28 de abril de 2016³², en la que, la Corte aclara dos aspectos que también son fundamentales en el trámite administrativo: i) que el buen desempeño en el servicio no otorga una estabilidad absoluta, de modo que limite la facultad discrecional aludida, y ii) que la carga de probar que el acto contiene otras motivaciones ocultas a las que autoriza la norma es del afectado.

En lo que al primer punto se refiere el Consejo de Estado³³ ha indicado que *«un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro»*, puesto que *«el buen cumplimiento de las funciones ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no*

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2019, radicado: 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17), actor: Juan Carlos Jaimes Bedoya, consejero ponente: William Hernández Gómez.

³⁰ Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016, magistrado ponente: Jorge Pretelt Chaljub

³¹ «Por su parte, esta Subsección, en fallo de tutela de 7 de abril de 2016, afirmó que los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de octubre de 2018, radicado: 25000-23-42-000-2013-01997- 01(0631-15), actor: David Antonio Vargas Ibáñez, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

³² : (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

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2019, radicado: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17), actor: Ricardo Efraín Arcos Rosero, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Criterio también esbozado en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado: 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), reiterado por la Subsección B, en la sentencia del 19 de enero de 2017, radicado: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014), consejero ponente César Palomino Cortés.

genera fuero e inamovilidad en el empleo».

En relación con el segundo punto, debe decirse que el acto administrativo se presume legal (artículo 88 del CPACA) y que es deber de quien alega desviación de poder, falsa motivación o cualquier fraude en la decisión demostrarlo.³⁴

En esa línea se 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»*³⁵.

4.4. La falsa motivación del acto administrativo

El artículo 137 del CPACA estableció como causal de nulidad de los actos administrativos, entre otras, la falsa motivación, vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los fundamentos de hecho y de derecho que se tienen en cuenta para su expedición.³⁶ Su contenido permite conocer las causas que impulsaron la exteriorización de la voluntad de la administración.

La Corte Constitucional la ha definido como *«la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad»*.³⁷ En ese orden, los actos administrativos al expedirse deben cumplir ciertos presupuestos entre los que se encuentran los siguientes: i) tener su origen en hechos veraces que los soporten y; ii) estar sustentados en normas constitucionales, legales o reglamentarias, según sea el caso.

La falsa motivación, entonces, ocurre cuando no existe concordancia entre la realidad fáctica y jurídica en la que debió fundamentarse el acto administrativo y las razones de esta índole que quedaron consignados en la decisión.³⁸ En otros

³⁴ 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»

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2019, radicado: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17), actor: Ricardo Efraín Arcos Rosero, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D. C. 19 de julio de 2019

³⁶ En relación con el vicio de falsa motivación puede examinarse la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 19 de julio de 2018, radicado: 110010325000201600089 00 (0461-2016), suspensión provisional; actor: Nación, Fiscalía General de la Nación, consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero

³⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 2017. Procesos acumulados con los siguientes radicados: 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034- 2016) Acumulados: 11001-03-25-000-2016-00025-00 (0052-2016) 11001-03-25-000-2016-00048-00 (0156-2016) 11001-03-25-000-2016-00064-00 (0271-2016)

términos, esta causal de nulidad tiene su origen en la falta de veracidad de las razones de hecho y de derecho que sustentaron el acto y que contradicen las que sí corresponden con la realidad.³⁹ Jurisprudencialmente se afirma que esta se configura cuando concurren los siguientes elementos:⁴⁰

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Es claro así, que para la configuración de este vicio es preciso que se cumplan los presupuestos enunciados. De otro lado, quien alega la existencia de esta causal de nulidad tiene la carga probatoria de demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad (artículo 88 CPACA).⁴¹

En lo que se refiere al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, no tiene que ser motivado por la administración, dado que su motivación la contiene la ley y consiste en la acreditación de que el militar retirado cumple los requisitos para acceder a la asignación de retiro y, cuando es procedente, que existe concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo cual es aplicable para los Oficiales, por así ordenarlo el Decreto 1791 de 2000.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, pasa el Juzgado a resolver el,

5. CASO CONCRETO:

5.1 Hechos Probados

- Que el accionante ingresó al Ejército Nacional el 1º de agosto de 1993 como Cadete de la Escuela Militar y en su carrera como oficial de obtuvo varios ascensos siendo el último de ellos el de Teniente Coronel el 6 de diciembre de 2013. (Fls 5-16 Archivo 35 expediente electrónico)

11001-03-25-000-2016-00052-00 (0184-2016) 11001-03-25- 000-2016-00047-00 (0155-2016) 11001-03-25-000-2016-00026-00 (0053-2016) 11001-03-24-000-2016- 00002- 01 (0310-2016); consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de junio de 2012, radicado: 2006-00348.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2017, radicado: 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14), actor: Carlos Mario David Pérez, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁴¹ Ver la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 1999, radicado: 3.443, consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa. En la providencia se indicó «tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos».

- Que fue retirado con efectos fiscales a partir del 23 de abril de 2019 contando para la fecha con 25 años, 7 meses y 22 días de carrera militar (Fl. 5 Archivo 35 expediente electrónico)
- Que en su hoja de vida cuenta con 13 condecoraciones militares nacionales, 9 condecoraciones gubernamentales, 3 distintivos militares, 194 felicitaciones, de las cuales 77 fueron en el ejercicio de sus funciones como Teniente Coronel, incluidas 8 entre la expedición de la circular que lo invita a participar de la convocatoria de ascenso y su llamado a calificar servicios, y sólo una sanción (reprensión simple) en el año 2005) (fls 8-16 Archivo 35 expediente electrónico)
- Que a través de Acta 161226 de 3 de octubre de 2018 el Comité Evaluador del Ejército Nacional al efectuar el estudio final del personal de Tenientes Coroneles considerados para ascenso en el mes de diciembre de 2018 recomendaron ascender 130 oficiales de un total de 209 candidatos, dentro de los cuales no se encontraba el aquí demandante, quien no fue tenido en cuenta por las siguientes razones (pgs 14 y 19 del Acta):

PERSONAL QUE NO SE RECOMIENDA ASCENDER ATENDIENDO A LA DISPONIBILIDAD DEL CUPO EN LA PLANTA DE PERSONAL Y A LAS DETERMINACIONES DEL COMANDANTE DE LA FUERZA.

DICIEMBRE DE 2018.

11	TC	INF	PORTILLA VIDAL CARLOS EDUARDO	79683300	EL COMITÉ DE EVALUACIÓN TOMANDO EN CONSIDERACIÓN QUE DEL ESTUDIO REALIZADO EN SU HISTORIA LABORAL, LA MISMA ES PLANA NO SE OBSERVAN ACCIONES DE RELEVANCIA, NO CUENTA CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD Y COMPLEJIDAD EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA OPERACIONAL.
----	----	-----	----------------------------------	----------	--

(Folios 4-39 archivo 38 Expediente electrónico)

- Que mediante Resolución N° 2490 de 22 de abril de 2019 el Ministro de Defensa Nacional retiró al TC Portilla Villamil del servicio activo y para el efecto indicó que *la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, en sesión ordinaria de fecha 28 de noviembre de 2018, registrada en el Acta N°13, recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por “Llamamiento a Calificar Servicios” de unos Oficiales Superiores, así:*

Que de lo descrito se concluye, que si la ley está exigiendo como requisito indispensable de procedencia para que pueda operar la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, el haber cumplido un tiempo mínimo de servicio, con el fin de garantizar el acceso a una asignación mensual de retiro, como reconocimiento a la labor desempeñada y al servicio prestado, este mecanismo de terminación normal de la carrera militar procederá por la sola prestación del servicio dentro del lapso preestablecido por la normatividad, requisito único además para hacerse acreedor a la asignación de RETIRO, es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución Castrense.

*Que de lo anterior se colige, ciertamente, que la exigencia de haberse cumplido como mínimo dicho tiempo de servicio activo dentro de la Institución –circunstancia que no conlleva el retiro del servidor – antes que ir en contra del mismo, constituye una limitante a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que y tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución, período que le asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, **equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral público equivale a la pensión de jubilación.***

Que la figura del "retiro por llamamiento a calificar servicios", ha sido objeto de estudio por parte del máximo órgano de jurisdicción constitucional, y quien conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad, cuyo análisis le confía la Carta Política y establece en su condición de interprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de normas contenidas en la Constitución.

Que los Oficiales relacionados, cuentan con más de quince (15) años de servicios, tiempo que los hace acreedores a una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 de 15 de mayo de 2015.

A solicitud del Ministro de Defensa Nacional, en el evento de existir algún tipo de investigación penal o disciplinaria contra alguno de los Oficiales de cuyos casos tenga conocimiento la Junta Asesora, el Comando de Personal de cada Fuerza remitirá dicha información a las autoridades competentes de conformidad con lo establecido en la norma y en el acto administrativo de retiro de las Fuerzas, se ordenará copia del mismo a las instancias que llevan las investigaciones.

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional (sic) para las Fuerzas Militares, después de estudiar las propuestas sometida (sic) a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5º, de la Ley 1792 de 2016) literal a) numeral 3 y el 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, recomendando por unanimidad el retiro del servicio activo por Llamamiento a Calificar servicios de los Oficiales citados anteriormente..."

Que según certificación de fecha 14 de marzo de 2019, suscrita por el Oficial de Ascensos y Retiros de la Dirección Personal del Ejército Nacional, los señores Oficiales que se relacionan en el presente acto administrativo cuentan con un tiempo de servicio de más de quince (15) años.

Que de conformidad con lo anteriormente indicado se considera procedente retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, al personal de Oficiales que se relacionan en el presente acto administrativo.

(Folios 10-14 y 39-48 archivo 06 expediente electrónico)

- Que fue notificado personalmente del anterior acto el 24 de abril de 2019 (Fls. 17-18 archivo 06 expediente electrónico)
- De conformidad con la Directiva Permanente 0379 de 2016 el Comité de Evaluación o de selección de personal para cursos de ascenso es nombrado mediante orden del día por el Jefe del Estado Mayor, debe ser presidido por el Oficial más antiguo, el número de sus miembros puede cambiar de acuerdo con las necesidades que se presenten y para el caso de los ascensos de Teniente Coronel a Coronel debe estar conformado:

a) Para ascenso al Grado de Coronel

- 1) Un (01) Mayor General (presidente).
- 2) Cuatro (04) Brigadier General (ponentes).
- 3) Director de Personal Ejército Nacional (Asesor).
- 4) Jefe de la sección Jurídica DIPER.
- 5) Jefe de Medicina Laboral DISAN.
- 6) Jefe de la Sección Historias Laborales DIPER.
- 7) Un (01) vocal Junta Clasificadora.
- 8) Delegado Jurídico COPER, DIPER, DISAN.

Las funciones del mencionado comité son:

12. Funciones del Comité para seleccionar el personal para Ascenso (Estudios de las Escuelas)

- a) Inicia el proceso de estudio del personal de Oficiales considerados para ascenso en los meses de Diciembre y Junio y para el personal de Suboficiales en los meses de Marzo y Septiembre.
- b) Asisten a las reuniones programadas en el auditorio del edificio del Comando de Personal en coordinación con la Sección de Ascensos de la Dirección de Personal en las cuales se debe rendir información completa y detallada del personal en estudio para ascenso discriminando cada una de las novedades de sanidad y justicia.
- c) Los estudios que realiza el Comité son de carácter CONFIDENCIAL no se debe divulgar información acerca de los aspectos estudiados so pena de la sanción a la que haya lugar.
- d) Se deben programar reuniones internas con el propósito de verificar el avance del estudio, que permitan corregir las observaciones que se puedan presentar.
- e) El resultado del estudio deberá entregarse de acuerdo con el formato establecido (plantillas de estudio), a la Sección Ascensos de la Dirección de Personal.
- f) Los Comités de evaluación de ascensos de Oficiales y Suboficiales están en la obligación de observar todas las pautas establecidas de acuerdo con la normatividad vigente, durante el estudio para hacer una recomendación veraz al Comandante del Ejército, sobre el ascenso o no ascenso de cada postulado.
- g) Los Comités deben entregar los soportes del personal que no se proponen para ascenso debidamente motivados.
- h) Una vez finalizado el estudio los Comités de evaluación de ascensos deben entregar a la Dirección de Personal un BACKUP con la información del resultado que permita su consulta en cualquier momento (medio físico y magnético) adjuntando mediante oficio los aspectos positivos, negativos y aspectos por mejorar dando las respectivas recomendaciones con el propósito de retroalimentar el proceso y así corregir y mejorar futuros estudios para ascenso.
- i) Teniendo en cuenta las necesidades de la Fuerza y las plantas de personal vigentes, se deben observar las condiciones personales y el desempeño institucional del personal considerado para ascenso.
- j) Coordina la Prueba Física de los Oficiales de grado Teniente Coronel considerados para ascenso al grado de Coronel.
- k) En la reunión con el señor General Comandante del Ejército Nacional se debe llevar el acta debidamente firmada por los integrantes del Comité, donde se especifique el personal que cumplió los requisitos y las novedades del personal pendiente por sanidad, justicia, clasificaciones y cursos.

(folios 25-36 archivo 06 expediente electrónico)

- Que de conformidad con el Decreto 460 de 9 de marzo de 2018 la planta de Oficiales y Suboficiales para la vigencia diciembre del año 2018 esta constituida por 947 Tenientes Coroneles y 636 Coroneles, advirtiéndose del mencionado acto administrativo que la cantidad de oficiales varía durante el año. (Fls 61-69 Archivo 06 expediente electrónico)
- Mediante Decreto 2175 de 28 de noviembre de 2018 se ascendieron a unos oficiales de las FF.MM. dentro de los que no se encontraba el accionante. (Archivo d) carpeta CdAnexosDemandaInicial)
- De conformidad con la plantilla del estudio realizado por el Comité Evaluador respecto del accionante, obrante a folios 5-18 archivo e) carpeta CdAnexosDemandaInicial del expediente electrónico, en el que se consignaron aspectos positivos y negativos como aspirante y se consignaron entre estas últimas:

03/12/2004 ANOTACION NEGATIVA (CT) SE LE HACE UNA ANOTACION NEGATIVA POR LA BAJO NUMEROS DE INSCRITOS QUE TIENE EL DISTRITO MILITAR PARA LA INCORPORACION IC-05 Y DONDE TIENE UN BAJO PORCENTAJE DE UN 27,56% SOBRE LA CUOTA(ZONAS)
15/05/2006 CONCEPTO NEGATIVO (CT) DESEMPEÑO EN EL CARGO A FTSAR DE HABER INFORMADO EN VARIOS PROGRAMAS RADIALES C Y HABER EMITIDO LA ORDEN DEL DIRECTOR DE RECLUTAMIENTO MEDIANTE RADIOGRAMA N°425-JEDH-DIROR-53-375 DEL 22 DE MARZO DE EL OFICIAL NO CUMPLIO ALA CUOTA ASIGNADA A DISTRITO CONSISTENTE EN 30 ASPIRANTES A SOLDADOS PARA EL BATALLON DE ALTA MONTAÑA N°7 DEMOSTRANDO FALTA DE CAPACIDAD PARA FORMULAR Y APLICAR ESTRATEGIAS PARA MENCIONADO INCORPORACION LO ANTERIOR DA MUESTRA DE SU FALTA DE LIDARAZGO ANTE SUS SUBALTERNOS PARA CUMPLIR LA MISION ASIGNADA (BACOT45)
26/03/2011 ANOTACION DE DEMERITO (MY) COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN LA FECHA SE ELE CONSIGNA LA SIGUIENTE ANOTACION DE DESMERITO POR SU FALTA VIDE APLICACION ENE ELK (SITEMA DE CONTROL INTERNO FALTA DE DIRECCION ADMINISTRATIVA INCUMPLIMIENTO FALTA DE OPORTUNIDAD CONTENIDO Y PULCRITUD EN LA RENDICION DE DOCUMENTACION FALTA DE ORIENTACION DE ACTIVIDADES HACIA EL CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS PUESTOS DE MANIFESTO EN LA EVALUACION DEL CUMPLIMIENTO DE PLAZOS Y DOCUMENTACION ENVIADAS EN LA DIRECCION DE GAULAS MILITARES MEDIANTE OFICIO NUMERO 150600 MD-CG-DIGAU-DIPLA DE FECHA 22 DE MARZO DE 2011 ESSAU MANUEL NARVAEZ QUINONEZ DIRECTOR NACIONAL DE GAULA MILITARES (GGTOL)
28/03/2011 ANOTACION ADMINISTRATIVA RECONSIDERACION ANOTACION DEMERITO (MY) EN LA FECHA EL COMANDO DE LA SEXTA BRIGADA DECLARA SIN VALOR LA ANOTACION DE DEMERITO DEL NUMERAL 18 DE FECHA 26 MARZO DE 2011 EN RAZON AL OFICIO 100678MD-CG-DIGAU-DIPLA DE FECHA 28 DE MARZO DE 2011 EN EL CUAL SE ADVIERTE QUE LO ESCRITO EN EL MISMO CONCEPTO REGULAR CORRESPONDIO A UN ERROR Y DE ACUERDO AL OFICIO N°04554 ENVIADA POR EL SEÑOR MAYOR PORTILLA VIDAL CARLOS EDUARDO SE SOLICITA LA RECONSIDERACION DE LA MISMA POR LO CUAL ESTE COMANDO ACCEDER A ESTA PETICION QUEDANDO SUBSANADO CON LA PRESENTE ANOTACION (GGTOL)
11/04/2011 ANOTACION DE DEMERITO CONDICIONES PERSONALES (MY) EN LA FECHA SE LE CONSIGNA LA PRESENTE ANOTACION DE DEMERITO QUE DEBE AFECTAR EL INDICADOR DE CONDICIONES PERSONALES CAPACIDAD DE RECOLECCION Y ANALISIS DE RESULTADOS OPERACIONALES PUESTO EN MANIFESTO EN EL INFORME SIN NUMERO DE REGISTRO CON CLASIFICACION N° MD-CF-CE-DIVS-BR6-83 DE FECHA 11 DE ABRIL 11 SUSCRITO POR EL OFICIAL DE OPERACIONES DE LA UNIDAD OPERATIVA MENOR DONDE SE DEJA CONSTANCIA QUE LA AFECTACION QUE PROPICIA SU UNIDAD TACTICA A LA ESTRUCTURA TERRORISTA DE LAS FARC FRENTE 21 DURANTE EL MES DE MARZO FUE DE 0% NO PRESENTO EN ESTE LAPSO RESULTADOS DE IMPACTO CONTRA FINANZAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS ESTRUCTURA Y ARMADA Y DESMOVILIZACION COMPORTAMIENTO COMO LOS ANTERIORES DESCRITOS DEMUESTRA EN UN BAJO NIVEL DE COMPROMISO POR PARTE DE LA UNIDAD QUE COMANDA (GGTOL)
05/05/2011 ANOTACION DE DEMERITO EJERCICIO EN EL MANDO (MY) EN LA FECHA SE LE CONSIGNA LA PRESENTE ANOTACION POR NO APLICACION DE SU CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA COMO COMANDANTE EN EL MANEJO DE PERSONAL BAJO SU MANDO REGULAR CONDUCCION OPERACIONAL DE PERSONAL EN EL DESARROLLO DE OPERACIONES OFENSIVAS FALTA DE ESFUERZO POR MEJORAR LA EFICIENTE DE LA UNIDAD EN EL CAMPO OPERACIONAL PUESTO EN MANIFESTO N° 005135 MD-CGFM-CEDIVS-BR6-83 DE FECHA 3 DE MAYO 11 SUSCRITO POR EL OFICIAL DE OPERACIONES DE LA UNIDAD OPERATIVA MENOR DONDE SE DEJA A CONSTANCIA QUE LA AFECTACION QUE PROPICIA SU UNIDAD TACTICA A LA ESTRUCTURA TERRORISTA DE LAS FARC FRENTE 21 DURANTE EL MES DE ABRIL FUE DEL 0 % NO PRESENTADO DE LAPSO RESULTADO DE IMPACTO CONTRA SUS FINANZAS (GGTOL)
25/05/2011 CONCEPTO NEGATIVO DESEMPEÑO DE CARGO (MY) EN LA FECHA SE LE CONSIGNA EL PRESENTE CONCEPTO NEGATIVO POR EL BAJO CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES OPERACIONALES FALTA DE CAPACIDAD PARA FORMULAR Y APLICAR ESTRATEGIAS TACTICAS Y PLANES AUSENCIA TOTAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA MISION TACTICA OPERACIONAL PUESTO EN MANIFESTO EN EL RENDIMIENTO DE SU UNIDAD TACTICA DURANTE EL MESES DE MARZO Y ABRIL DONDE SE EVIDENCIA EL NULO APOORTE DE SUS SUBORDINADOS AL OBJETO OPERACIONAL DE LA BRIGADA CON UNA CALIFICACION PORCENTUAL DE CERO AFECTACION (GGTOL)
28/06/2015 ANOTACION DE DEMERITO COMPETENCIA ADMINISTRATIVA ACCIDENTES OCASIONADOS POR CONTROVERSIAS DE LAS MEDIDAS OCASIONADAS POR CONTROVERSIAS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DENTRO Y FUERA DEL SERVICIO (TC) EN LA FECHA SE REGISTRA LA PRESENTE ANOTACION POR LAS NOVEDADES DE PERSONAL FUERA DE COMBATE PRESENTADAS EN SU UNIDAD DURANTE EL PERIODO EVALUABLE HERIDO FUERA DE COMBATE ACCIDENTES TRANSITO VEHICULO MILITAR (2), UTILIZACION VOLUNTARIA (1), ACCIDENTE DE TRANSITO MOTO PARTICULAR (2), (BATNF N°33 JUNIN)

- Que de conformidad con las declaraciones de los señores LEIDY LORENA SIERRA FLOREZ y ULISES FIGUEREDO VARÓN, el Teniente Coronel Portilla Vidal se destacó por sus acciones frente a las unidades que tuvo a cargo, que contó con múltiples distinciones y tuvo a cargo más de 1.000 personas, sin que sea entendible que no fuera llamado al ascenso y que no existe el concepto de hoja de vida plana dentro de los manuales del Ejército y si por ello se entendiera alguien que no obtuvo mayores resultados, no era el caso del demandante. (Archivo 42 expediente electrónico)
- Finalmente, que conforme a lo expuesto por el demandante en su declaración de parte expuso su carrera y los logros obtenidos dentro de su ejercicio profesional, resaltando que no tuvo una carrera plana y que no comparte el sustento del Comité de evaluación. (Archivo 42 expediente electrónico)

5.2 Análisis del caso

Descendiendo al caso concreto, De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el demandante (i) prestó sus servicios como oficial del Ejército Nacional durante más de 25 años y su último grado fue el de Teniente Coronel; (ii) en acta 161226 de 3 de octubre de 2018, el Comité de Evaluación no recomendó su ascenso a coronel; y (iii) con Resolución 2490 de 22 de abril de 2019, el Ministro de Defensa Nacional lo retiró por llamamiento a calificar servicios.

En lo atañadero a la no recomendación del actor para el ascenso al grado de coronel, aduce que la decisión fue arbitraria y fue realizada por un comité que no contaba con los miembros de Ley de conformidad con el artículo 54 del Decreto 1512 de 2000 y por cuanto se sustentó en una hoja de vida plana y en desconfianza en su capacidad de mando, lo que es totalmente contrario a los resultados por él obtenidos en su carrera.

Al respecto, sea lo primero indicar que de conformidad con la Directiva Permanente 0379 de 2016 los Comités de Evaluación son los encargados de, valga la redundancia, evaluar al personal para entre otras, remitir al Comandante General (quien hace parte de la Junta Asesora) la lista del personal que efectuado la verificación de

antecedentes, se recomiendan para ser ascendidos, y el Acta suscrita por estos sirve de fundamento para que la Junta Asesora remita el listado de los miembros de la fuerza a ascender, por lo que de acuerdo a las disposiciones legales, no se configuraría una falta de competencia de dicho organismo frente al estudio realizado en el caso del accionante.

Ahora bien, en lo que atañe al sustento del Acta atacada, esta se centró en la disponibilidad de cupos y en las determinaciones del comandante de la fuerza, estas últimas desconocidas dentro del marco de este proceso y a su vez soportó la determinación, entre otras, en que *no cuenta con la confianza del mando para asignarle cargos de mayor responsabilidad y complejidad en el área administrativa operacional*, y de conformidad con la cantidad de candidatos, la cantidad de vacantes y lo expuesto en la planilla de calificación del comité, existieron anotaciones negativas que afectaban su puntaje e influían en las razones de conveniencia de su recomendación, amén que aunque tangencialmente se indicó que para dicho momento existían personas que fueron ascendidas sin tener iguales logros, ello no fue probado dentro del proceso.

En tal sentido, es claro que el ejercicio de la facultad discrecional para seleccionar los candidatos a ascenso, conlleva que los miembros de las fuerzas militares, amén del mérito, la aptitud y las buenas calidades personales, obtengan a lo largo de su carrera la plena confianza de sus superiores y del Gobierno Nacional, cuanto más si en el grado de coronel confluyen mayor nivel de mando, responsabilidad superior y unas condiciones de autoridad y decisión que demandan excelencia de los elegidos para tal dignidad, esto en aras del interés general y la garantía del constante mejoramiento del servicio.

De igual modo, la facultad discrecional implica que no es obligatorio ascender a todos los miembros de las fuerzas militares que satisfagan los requisitos de promoción, pues ello haría imposible la materialización de la estructura piramidal y esa discrecionalidad que otorgó el legislador mutaría a una simple obligación de protocolo, carente de toda oportunidad de selección de los mejores miembros de cada fuerza.

De lo expuesto, se advierte que es la parte demandante la que debe acreditar de manera inequívoca que el servicio efectivamente desmejora, como consecuencia de su no recomendación para ascenso, se configura incoherencia frente a los hechos que le sirven de causa a la decisión y que la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional no se fundamenta en un estudio objetivo de su trayectoria, es decir, que se aparta de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo cual no se demostró en este caso.

Por otra parte, de cara al retiro del servicio del demandante, por llamamiento a calificar servicios, como se dejó anotado en el acápite precedente, los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000 facultan a la Administración para retirar por llamamiento a calificar servicios a aquellos oficiales que tengan las condiciones para hacerse acreedores a la asignación de retiro, previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas militares; potestad que comporta carácter discrecional y, por ende, no es viable la motivación expresa del respectivo acto administrativo, como tampoco la posibilidad de darle a conocer al interesado los fundamentos o soportes de la recomendación de la aludida junta, puesto que constituye una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, precedida por razones de conveniencia institucional.

Por lo tanto, en principio, el Decreto 2490 de 22 de abril de 2019, por medio del cual se dispuso el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, satisface los presupuestos contenidos en el Decreto 1790 de 2000, toda vez que él contaba con más de 25 años de servicios en el Ejército Nacional, por lo que conforme al artículo 1º. del Decreto 991 de 2015⁴², tenía derecho a la asignación de retiro, una vez colmara los tres meses de alta, equivalente al «[...] cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables [...]».

Asimismo, el mencionado Decreto 2490 de 2019 tuvo como fundamento el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, plasmado en acta 13 de 28 de noviembre de 2018, en el que se determinó recomendar la desvinculación del accionante por llamamiento a calificar servicios, en los términos de los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Ahora bien, comoquiera que la potestad de retirar del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa, lo cierto es que no puede ser utilizada de manera arbitraria como un medio de persecución laboral o de abuso de poder, por lo que si el demandante estima que aquella tuvo un sustento contrario a la Constitución y la ley, le corresponde la carga probatoria de demostrar que su retiro estuvo precedido por una arbitrariedad.

⁴² «por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

Y en el asunto bajo estudio, el demandante no efectúa una alegación expresa sobre el vicio que considera afecta la validez del acto administrativo, no obstante, insiste en lo referente a su no llamado a ascenso que este si se ve afectado en tanto fue falsamente motivado al no tener en cuenta en forma adecuada su excelente hoja de vida.

Sobre dichos aspectos, cabe recordar que los reconocimientos y felicitaciones por sí solos no desvirtúan la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, toda vez que el buen desempeño y la idoneidad en el ejercicio de un empleo público se exige de cualquier servidor estatal.

Como se ha visto, en el caso del demandante, si bien no se discute que sirvió con lealtad y compromiso en las fuerzas militares, no es factible afirmar que por sus calificaciones se tratara de un servidor excepcional, habida cuenta de que durante su recorrido laboral sí tuvo anotaciones negativas que afectaron la confianza de los superiores para otorgarle un cargo de mayor rango.

Adicional a ello, advierte este Despacho que no existe ninguna prueba demostrativa de que ni la no recomendación a ascenso ni el retiro del actor hayan sido por propósitos desviados, arbitrarios o fraudulentos, pues lo único que se puede concluir en su caso es que por el tiempo de permanencia en la institución, que superaba los 25 años, y la imposibilidad de ascenderlo a un grado superior, era pertinente su retiro del servicio, dadas las necesidades de rotación de personal en los cupos disponibles en cada arma y de renovación institucional.

Reitérese además que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción⁴³, sino un instrumento para relevar los mandos dentro del Ejército Nacional, por ello se usa en la medida en que el personal oficial tenga los requisitos satisfechos para acceder a una asignación de retiro, como ocurrió en el presente caso.

Por lo expuesto, dado que el accionante no acreditó una finalidad contraria a la Constitución y la ley de la facultad discrecional para no recomendar su ascenso y, posteriormente, retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios, la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados continúa incólume.

De modo que, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones del demandante, deben ser negadas en la forma indicada por el Despacho.

⁴³ En similar sentido se pronunció esta subsección, en sentencia de 1.º de diciembre de 2016, C. P. César Palomino Cortés, expediente 41001-23-31-000-2003-00401-01 (1129-2014).

6. Condena en costas y agencias en derecho: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴⁴, tenemos que:

“**a)** El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, en razón a que la causación de estos emolumentos debe probarse y analizado en su integridad el expediente, no aparecen demostrados, en consecuencia, esta sede judicial se abstendrá disponer condena en ese sentido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA -**,

⁴⁴ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el TC® **CARLOS EDUARDO PORTILLA VILLAMIL** por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

STLD

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

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: **9856ef493e732075a97c20582cd8982afea5116e374f1bc3a59be7e323422c0f**

Documento generado en 29/03/2023 10:45:57 PM

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

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