



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Carrera 57 N°43-91 Piso 5 CAN- Bogotá D.C.

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA N° 0064 de 2020

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación: **110-01-33-35-023-2018-002632-00**
Demandante: **GUSTAVO MALAGON PAEZ**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJERCITO NACIONAL**

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. ANTECEDENTES

El señor **GUSTAVO MALAGON PAEZ**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentó demanda tendiente a que se declaren las siguientes:

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

“I. PRETENSIONES

PRIMERA.- Que se declare la NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en la **Resolución N° 255 del 19 de Enero de 2018**, expedida por el **MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL**, por el cual resuelve retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares o unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional, en forma temporal con pase o lo reserva, por **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**, entre ellos, al señor Mayor **GUSTAVO MALAGON PAEZ**, a partir de la fecha de comunicación del acto administrativo, esto es a partir del día 22 de enero de 2018.

SEGUNDA.- Que o título de restablecimiento del derecho, se **ORDENE** a **LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL**, a reintegrar al servicio activo de los Fuerzas Militares -Ejército Nacional al señor Mayor **GUSTAVO MALAGON PAEZ** sin solución de continuidad, disponiendo que el Oficial ascienda al grado que le corresponda de tal manera que conserve la antigüedad y orden de prelación que le correspondía en el escalafón de oficiales con relación o sus compañeros de curso o promoción al momento en que se hizo efectivo su retiro, una

vez se cumplía con los requisitos necesarios para el o los ascensos, diferentes al tiempo de servicio en cada grado.

TERCERA.- Que o título de restablecimiento del derecho, consecuente con lo anterior pretensión, se CONDENE a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL**, a reconocer y pagar o favor del señor Mayor **GUSTAVO MALAGON PAEZ** y/o quien sus derechos represente, todos los salarios y prestaciones sociales, tales como primos, bonificaciones, subsidios y demás emolumentos, dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, incluidos los valores que correspondan o lo retroactividad en cada grado una vez se produzcan los ascensos.

CUARTA. Que, a título de restablecimiento del derecho, se reconozca a favor de mi representado Mayor **GUSTAVO MALAGON PAEZ** los perjuicios morales que se le han causado como consecuencia de la adopción del Acto Administrativo demandado.

QUINTA.- Que los anteriores pagos sean ajustados de conformidad con lo ordenado en el inciso 4° del artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTA. - Que se dé cumplimiento o la sentencia, en los Términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.”

3. HECHOS DE LA DEMANDA

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y que no fueron tachados de falsos:

- 1) El señor MAYOR (R) GUSTAVO MALAGON PAEZ, se desempeñó como oficial en diferentes grados del EJÉRCITO NACIONAL por más de 20 años. (Folio 15)
- 2) Durante su tiempo de servicio, recibió en múltiples ocasiones condecoraciones y felicitaciones por el desempeño de las labores a su cargo. (Folio 15-21)
- 3) Mediante **RESOLUCIÓN N° 0255 DE 19 DE ENERO DE 2018 –acto acusado-** el MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, resuelve retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva “Por llamamiento a calificar servicios” al accionante. (Folios 2-4)
- 4) Dicha resolución le fue notificada al demandante mediante Radiograma de 22 de enero de 2018. (Folio 5)
- 5) El accionante mediante apoderado radicó solicitud de Conciliación Extrajudicial el 16 de mayo de 2018, requisito que fue agotado el 06 de julio de 2018, mediante constancia de conciliación expedida por la PROCURADURÍA 86 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS. (Folios 102).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 2, 25, 29 y 53.

Violación de normas legales:

Ley 1437 de 2011.

Decreto Ley 1790 de 2000.

Decreto Ley 1799 de 2000.

La parte accionante manifiesta que en la decisión de retiro del servicio del actor, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, y mucho menos el respeto de por los principios que gobiernan la función pública, ya que dentro del año inmediatamente anterior a la expedición del acto acusado, la hoja de vida del demandante permite advertir con lujo de detalles su idoneidad y capacidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor del Ejército Nacional.

En ese sentido, reitera que, es motivo de censura el cuestionamiento de la validez del acto administrativo, la desviación de poder dada la arbitrariedad en que incurrió la entidad accionada al hacer uso de la facultad discrecional en la expedición del acto acusado.

5. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL

La entidad demandada allegó contestación a la demanda dentro del término legal, en la que expresa que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, considerando que la Administración empleó la facultad que le dio el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, respetando el espíritu de la norma y por ende decidiendo retirar del servicio activo a un sector Oficial, situación que día a día se vive en una Institución de índole jerárquica y piramidal como lo son las Fuerzas Militares. Adicionalmente, y siendo el llamamiento a calificar servicios una decisión que no requiere motivación alguna, salvo el cumplimiento de los requisitos establecidos; que la persona haya cumplido quince (15) años de servicio y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, se tiene que la decisión ahora controvertida es legal. No obstante lo anterior, el Acto Administrativo ha sido debidamente motivado, tal como se ha dejado claro a lo largo de este escrito y adicionalmente se prefirió en cumplimiento y estricta observancia de las leyes que para el efecto se han creado, con el fin de permitir a la Institución Castrense, darse su propio régimen y establecer sus propios lineamientos para el cabal desarrollo de su misión constitucional.

6. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el 06 de julio de 2018 (folio 137). Posteriormente, fue admitida el 13 de julio de 2018 (folio 139) y notificada a la entidad demandada el 24 de julio de 2018 (folios 141-146). La accionada allegó contestación a la demanda dentro del término legal el 11 de octubre de 2018 (folio 147-166), proponiendo unas excepciones las cuales fueron fijadas en lista el 18 de diciembre de 2018 (folio 231). El día 31 de julio de 2019, se llevó a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., (folio 242-244), decretándose unas pruebas. El día 20 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de pruebas de conformidad con el artículo 181-183 del C.P.A.C.A., (folio 250-251). Una

vez allegadas todas las pruebas se procedió a correr traslado para alegar de conclusión 13 de diciembre de 2019 (folio 253).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante allego alegatos de conclusión el 22 de enero de 2020 (folio 264-277) en el cual solicita que se accedan a las pretensiones de la demanda. En dicho escrito el apoderado de la parte accionante manifiesta que con las pruebas oportunamente aportados, queda plenamente establecido que el acto administrativo demandado no se expidió en razones del buen servicio público, sino, con base en motivaciones arbitrarios, adoptados por un COMITE ilegal, que bien podríamos calificar como un mecanismo burocrático, absolutamente ajeno a la objetividad con lo que la Ley diseño el proceso para la tomo de decisiones en materia de promoción, ascensos y retiro de los miembros de la Fuerzo Público, incurriendo en lo causal de nulidad de los actos administrativos, por haber incurrido en DESVIACIÓN DE PODER, por cuanto la facultad de la Administración se ejerció de manera arbitrario, excediendo la facultad que le fue otorgado, al recomendar que mi representado no ingresara al curso reglamentario de ascenso, invocando falsos argumentos, para ocultar los verdaderos intenciones de la Administración, la cual era evitar o toda costa, que mi representado ascienda en su carrera militar y consecuentemente ordenar su retiro aduciendo la facultad de llamamiento a calificar servicios, excusándose en que cumplía el tiempo para acceder o la asignación de retiro y en que el acto administrativo no requiere motivación, omitiendo por completo el contenido de la normatividad legal vigente contenido en el Decreto 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y en el Decreto 1799 de 2000, norma sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuales deben ser tenidos en cuenta para decidir sobre los ascensos de personal, asignación de premios, distinciones o estímulos, mejor utilización del talento humano y capacitación y RETIROS DEL SERVICIO ACTIVO, por tanto, no puede ser una decisión discrecional como se ha pretendido por parte de lo entidad demandada.

7.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

La parte demandada allego alegatos de conclusión el 13 de diciembre de 2019 (folio 255-263) en el cual solicita que se denieguen a las pretensiones de la demanda. En dicho escrito el apoderado de la parte accionada manifiesta que e debe mantener la presunción de legalidad del acto administrativo que se acusa por parte del demandante, toda vez que éste se sustentó en las normas en que debía fundarse, de la misma manera fue expedido por la autoridad competente y sin desviación de poder, no desconoció ningún derecho adquirido y por lo mismo no se afectó la confianza legítima, confirmando el fallo que negó las pretensiones de la demanda. De la normatividad estudiada y los argumentos presentados, se puede establecer que el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad, pues fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídica; por consiguiente, debidamente robada toda invocación de nulidad contra el mismo debió ser necesaria situación que no ocurrió y por lo tanto deberán negarse las pretensiones de la demanda.

8. CONSIDERACIONES

8.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si el acto de retiro del servicio del demandante, por llamamiento a calificar servicios en el grado de Mayor, se produjo con desviación de poder; y en caso afirmativo, determinar si tiene derecho a que la entidad la reintegre sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba antes de ser retirado del servicio activo o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que se cumpla la sentencia que ordene el reintegro; así como el reconocimiento de los perjuicios morales, si hubiere lugar a ello.

Para resolverlo se tendrán en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

8.2. NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

8.2.1. Régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares

El régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, por expresa disposición Constitucional, es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos, según lo indica la Constitución Política, que dispone:

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

(...)

ARTICULO 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.

(...)

ARTICULO 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”.
(Destaca el Despacho)

En esta medida, considerando la naturaleza excepcional de la institución y de las funciones de los cargos que en ella se desempeñan, el legislador tal y como lo contempla el último párrafo del artículo 217 Superior, es el encargado de determinar el *régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de la Fuerza Pública,*

razón por la cual en uso de dichas facultades extraordinarias ha creado diferentes normas que han reglamentado el régimen de carrera.

8.2.2. Del retiro del servicio del personal de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios

El retiro del servicio activo del Ejército Nacional por llamamiento a calificar servicios, se dispuso con fundamento en los artículos 99, 100 y 103 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*”, en cuyo tenor literal establecen:

“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.

Por su parte, el artículo 100 establece las causales de retiro en los siguientes términos:

“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:*
(...)
- 3. *Por llamamiento a calificar servicios. (...)*”

Y el artículo 103, sobre el retiro discrecional preceptúa:

“ARTÍCULO 103. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. *Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto (...).*”

Así, del estudio realizado del articulado precedente, sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios los oficiales que cumplan con los requisitos para hacerse acreedores de la asignación de retiro. Por lo tanto, en esas condiciones se hace necesario acudir a la norma que regula la mencionada asignación y que para el caso del actor, dado que su retiro se hizo efectivo el día 15 de febrero de 2011, será el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*” que en su artículo 24 dispuso:

“ARTÍCULO 14. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES EN ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

(...)

PARÁGRAFO 1. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación. (...) (Subraya fuera del texto).

Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro¹.

Por su parte, la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado ha definido esta causal de retiro del servicio como un instrumento para remover al personal de las instituciones militares y de policía cuando cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro con el fin de facilitar la evolución institucional, indicando sobre el particular:

“(...) Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar,

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución [...].

En este sentido, estamos en presencia de un valioso 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. (...).²

Esta Corporación también ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares disfruten de la asignación de retiro.³

Por otra parte, la motivación del acto que efectúa el llamamiento a calificar servicios está dada en la ley, de modo que no es necesario que el acto administrativo exprese motivos adicionales.⁴ Frente a este aspecto la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado:

“(...) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, 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.

(...)

Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”.⁵

En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente 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 relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional consideró en la sentencia T-265 de 2013, que el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características:

“(...) (i) la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; (ii) esta facultad sólo puede ser

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11), actor: Mario Alberto Cañas Ortega.

³ CONSEJO DE ESTADO, sección segunda, subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edisson Rojas Suarez.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁵ Sección segunda, subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez.

ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro; (iii) la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; (iv) el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; (v) existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; (vi) es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos. (...)”

8.2.2.1. Diferencia entre el retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro por voluntad discrecional (Voluntad del Gobierno Nacional)

Al respecto el Despacho se permite precisar que, en reciente sentencia de unificación la Corte Constitucional exaltó las grandes diferencias que se presentan entre las causales de *retiro de llamamiento a calificar servicios* y el *retiro por voluntad discrecional por Voluntad del Gobierno Nacional*, al considerar que:

“El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro.

A diferencia de lo anterior, **el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional** han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a una asignación de retiro.”⁶ (Énfasis del Despacho)

Lo que implica que los requisitos para que proceda el llamamiento a calificar servicios, no son otros que haber cumplido un tiempo mínimo en la institución (15 años) y tener derecho a la asignación de retiro, aclarando que no se avizora dentro de esta causal el mejoramiento del servicio, pues esta es más bien una condición del retiro por voluntad del Gobierno Nacional, en el que por el contrario no se requiere un tiempo mínimo de servicio.

En relación con esta afirmación, la Corte determina como su postura en la referida providencia que:

“Aunque ambas causales de retiro son consecuencia de la facultad discrecional que la Ley les ha otorgado al Gobierno y a las instituciones de la Fuerza Pública, su finalidad, sus requisitos, efectos y resultados son distintos, por tanto no se podrían exigir para ambas figuras los mismos requerimientos como es el caso de

⁶ Sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

la motivación del acto de retiro, en particular porque lo que se busca con el llamamiento a calificar servicios es proteger la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública.

3.9.4. Para tal fin, se pasará a analizar las diferencias entre las dos (02) figuras y las razones por las cuales no es necesaria una motivación adicional del retiro cuando se trata de la causal denominada llamamiento a calificar servicios, pues dicha motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que claramente sus requisitos los determina la Ley. En consecuencia, exigir una motivación adicional desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros.

En este orden, para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

3.9.7. Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que 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 privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, 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.

(...)

De esta manera, **el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.**

3.9.11. Diferente es el caso, en que el retiro del servicio activo de la Fuerza Pública se da en aplicación de la causal de retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, ya que para producirse el mismo, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o el Director General, previa recomendación realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esta facultad está orientada al **“mejoramiento del servicio”**, forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general, la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad por parte de los miembros de la Fuerza Pública, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de estas Instituciones para el desempeño de sus funciones enmarcadas dentro del artículo 218 de la Constitución Política, generando lógica y consecuentemente, la decisión de retirarlos del servicio activo, mediante esta causal de retiro.”

Por lo que se concluye que, exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios desnaturalizaría la figura, puesto que, como quedó dicho, la

motivación de esta causal está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto, en este únicamente se deben observar dos requisitos: **1)** tener un tiempo mínimo de servicio **2)** que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro.

8.2.2.2. Desviación de poder en el llamamiento a calificar servicios

La Corte en la ya referida sentencia de unificación, advirtió que aunque no es necesario motivar el acto de retiro por llamamiento a calificación de servicios, si hay lugar a que se revise en sede judicial que no hayan sido motivos diferentes a los contenidos legalmente, los que llevaron a desvincular de la institución a un uniformado; aclarando, que la presunción de legalidad del acto que retira del servicio debe ser desvirtuada probatoriamente por el afectado, al considerar que:

“Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

*En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que **tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.***

*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.”* (Negritas y subrayado del Despacho).

Cabe aclarar, que la carga probatoria a que hace referencia la Corte no corresponde a acreditar el buen desempeño del cargo por el funcionario que fue retirado del servicio, pues considera este Juzgado que es obligación de todos los funcionarios públicos cumplir sus funciones y deberes a la Institución a la que pertenecen, sin que ello genere un fuero de estabilidad que le impida que el nominador determinar la procedencia o no de la continuidad en el servicio.

Precisamente en relación con la idoneidad del funcionario en la prestación del servicio el Consejo de Estado⁷ ha expresado:

“En relación con el argumento del apelante, según el cual, la buena conducta y la eficiencia profesional en el servicio son causas que anulan el acto acusado, la Sala

⁷ Sentencia del 02 de agosto de 2007, Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B" C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación 25000-23-25-000-2002-10877-01(7880-05).

reitera que no se puede sostener que la idoneidad y el buen desempeño en el empleo limitan la facultad discrecional, pues bien pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios. Además, tales cualidades no otorgan un fuero de inamovilidad. Debe entenderse que tales circunstancias son presupuestos indispensables y obligatorios del servidor público para desempeñar el cargo y no para crear un fuero de estabilidad.” (Resaltado extra texto).

La misma Corporación⁸, en caso análogo reiteró:

“(…) se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per-se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio.”

En otras palabras, el hecho de que cumpla con sus deberes y observe buena conducta, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no es impedimento para poder ejercer la facultad de llamamiento a calificar servicios dentro de los parámetros legales.

Tampoco que el buen desempeño se constituya autónomamente en causal de nulidad del acto del retiro del servicio o que simplemente por eso se considere que el acto administrativo se expidió con “desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio”, y menos si el llamamiento a calificar servicios es, según la Corte, “**una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.**”, “sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.” (T-265-2013) (Énfasis del Despacho).

8.2.3. Marco legal aplicable al ascenso en los cargos de oficiales de las Fuerzas Militares.

En desarrollo de la norma constitucional el legislador extraordinario expidió el Decreto 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Allí se estableció, en relación con el tema de interés, la competencia para evaluar la trayectoria profesional del personal para ascenso, así como las funciones de las juntas asesoras de la siguiente manera:

*“(…) **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.*

(…)

⁸ Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

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 (...)*”.

En este contexto, según se deriva de las normas anteriores, para ascender al grado de Teniente Coronel, se deben acreditar unos requisitos mínimos los cuales deben estar plenamente adquiridos por el actor.

Así las cosas, es evidente que aunque el actor cumpliera con todos los requisitos exigidos en la norma para ascender al cargo de Teniente Coronel, se tiene que para el caso de los oficiales la potestad de otorgarlo depende en su totalidad del Ejército Nacional, quien podrá escoger entre los oficiales, para tal efecto.

Así las cosas, es preciso mencionar que la norma trae consagrada la *facultad discrecional*, concretada en la escogencia que hace el Ejército Nacional de acuerdo con las necesidades del servicio, ejercicio que puede realizar libremente, de conformidad con la potestad otorgada por la ley, que para no ser constitutiva de arbitrariedad debe ejercerse razonablemente en cada caso, haciendo un estudio cuidadoso de las condiciones profesionales, morales e intelectuales del candidato.

Por lo tanto, la no escogencia del militar para ser llamado a ascenso se encuentra amparada por la presunción de legalidad y en ese sentido, le corresponde a la parte actora acreditar que se efectuó una valoración errónea e incorrecta de los antecedentes de su hoja de vida, sin que para el efecto, pueda obviarse que la tarea de acreditar las condiciones profesionales, morales e intelectuales del candidato, le corresponde evidentemente al interesado, allegando suficientes elementos de juicio que le permitan al fallador llegar a la ineluctable convicción de que la no escogencia obedeció al simple capricho del funcionario.

Ahora bien, aunque de la descripción del proceso de selección, calificación y clasificación de los aspirantes al ascenso *prima facie* dan a entender que servidores superen todas las etapas están jurídicamente calificados para recibir el grado de Teniente Coronel, se debe tener claro que no todos ellos podrán recibir ese reconocimiento.

Esto, teniendo en cuenta *razones de índole administrativa y presupuestaria que impiden que todos los aspirantes que aprobaron satisfactoriamente los requisitos para ser ascendidos lo hagan*. En primer lugar, la estructura vertical y jerarquizada de la organización militar implica la reducción ascendente del número de oficiales en cada grado militar, lo cual trae como consecuencia la imposibilidad de ascenso de todos los aspirantes al mismo, y en segundo lugar, la existencia de vacantes, que determina el número de promociones al grado de que se habla, por lo que es altamente probable que el número de aspirantes sea superior a las plazas disponibles según el decreto de planta respectivo.

Es claro entonces, que el número de ascensos que corresponda a cada uno de los grados depende de la existencia de las vacantes en la planta de personal, según lo haya determinado el Gobierno Nacional. Por ello, no es factible admitir que todos los

aspirantes a ascender al grado de Teniente Coronel, que cumplan con los requisitos objetivos de calificación, tengan el derecho al correspondiente ascenso, pues en este caso sería la cantidad de aspirantes la que definiría la planta de personal.

Sobre esto, en criterio de la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU – 091 de 2016, se señaló lo siguiente:

“(…) Es importante llamar la atención que *si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia.*

(…)

Al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros (…). (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Por lo anterior, cuando el oficial que pretende su ascenso y aquel no es otorgado como consecuencia de la decisión adoptada por el Gobierno Nacional, es procedente el retiro por llamamiento a calificar servicios, entendiendo dicha facultad discrecional no como una represalia o sanción, sino como una consecuencia inevitable que establece la ley, pues como ha quedado totalmente vislumbrado, no todos los oficiales de las Fuerzas Militares obtienen un ascenso automático. En conclusión, son las razones del servicio las que determinan finalmente, qué número de los aspirantes a recibir el grado de Teniente Coronel pueden efectivamente recibirlo.

También debemos tener presente, desde el punto de vista del ascenso, que ningún oficial podrá permanecer en el grado por un tiempo superior al que la misma ley establece, y por lo tanto deberá ser ascendido o retirado de la institución. Sin embargo, la ley trae como excepción a esta regla, la que se encuentra consignada en el artículo 107 del Decreto 1790 de 2000 que contempla:

“(…) ARTÍCULO 107. EXCEPCIÓN A LOS ARTÍCULOS ANTERIORES. No obstante lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de este Decreto, *el Gobierno Nacional para el caso de oficiales* y el Ministro de Defensa Nacional, o los Comandantes de las Fuerzas cuando en ellos se delegue, para los suboficiales, *podrán mantener en servicio activo a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que por sus calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares.*

Cuando se trate de oficiales se requerirá concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares. (…) (Negrilla y Subraya fuera del texto).

De la norma en cita, tenemos claramente que el Ejército Nacional tiene la potestad de escoger a quienes van a ascender en la categoría de oficiales, también tiene la potestad de mantener en el servicio activo a aquellos miembros que considere que, por sus capacidades, puedan seguir en la institución para ser aprovechadas en

determinadas actividades militares; sin embargo, dicha facultad es de carácter potestativo, pues la norma no lo expresa con carácter imperativo.

9. CASO CONCRETO

Corolario de todo lo anterior, se responde el problema jurídico planteado diciendo que, pese al destacable desempeño en el cargo de un oficial del Ejército Nacional, no hay lugar a reintegrarlo al servicio activo cuando este fue retirado de la institución por la causal de llamamiento a calificar servicios, aun si el acto no expresa mayores motivos que el tiempo de servicio superior a quince (15) años y la procedencia del reconocimiento de asignación de retiro.

En este sentido, como el recurrente alega que fue retirado a través de llamamiento a calificar servicios, pero con desviación de poder, le correspondía probar los motivos ocultos por los cuales, en su sentir, conllevaron a su desvinculación.

En efecto, cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente estatal 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.

Bajo ese contexto se debe afirmar que, más allá de la afirmación del demandante, no obran pruebas que permitan establecer que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia.

En este caso, la parte accionante alega que el excelente desempeño del demandante en el Ejército Nacional permite inferir que su retiro no obedeció el mejoramiento del servicio y que por esto, no existen motivos que la hubiesen podido llevar al retiro. Ante este argumento, el Despacho, acogiendo el planteamiento del Consejo de Estado considera que, las calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador. Así las cosas, se concluye que el buen desempeño en las funciones del demandante no le otorgaban per-se, inamovilidad en el cargo público.

Si bien es cierto, la hoja de vida constituye un elemento fundamental con el fin de ejercer la facultad discrecional, también lo es que dicho instrumento no es el único elemento que se tiene en cuenta para la toma definitiva de la decisión de retiro, pues claro está que la mencionada decisión se realiza con el fin de garantizar el mejoramiento del servicio, pues de otro modo estaríamos frente a una posible causal de nulidad como es la desviación de poder.

Respecto a dicha causal, debemos tener presente que ésta se estructura en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso, ilegítimo e ilegal al que en derecho corresponde de manera general, o a dicha autoridad en particular; por ende, quien alega esta causal de anulación de un acto administrativo, debe demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio, y a los principios de la función administrativa.

Frente al concepto de desviación de poder, en sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, se sostuvo:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”

De acuerdo con lo anterior, esta Sala procederá a analizar las pruebas recaudadas en el expediente, con el fin de determinar si el demandante, en efecto probó fehacientemente la causal de desvío de poder alegada en la demanda, a fin de llegar a la conclusión de si la decisión adoptada se realizó o no conforme a derecho.

Además de las pruebas documentales que se aportaron al proceso, el apoderado de la parte demandante solicitó como prueba la declaración de parte del señor GUSTAVO MALAGON PAEZ, en donde se le indagó sobre los posibles motivos que pudo tener el Ejército Nacional para desvincularlo mediante al llamamiento a calificar servidos, en dicha declaración se expresó:

“(…) PREGUNTADO: Gustavo, indíqueme al despacho si ¿usted tiene conocimiento cual fue la razón por la cual usted fue retirado del servicio activo? CONTESTÓ: A mí me retiraron del servicio activo por que no fui llamado, fui llamado a calificar servicios porque no fue considerado para ascenso al grado inmediatamente siguiente que era el de teniente coronel. PREGUNTADO: ¿Indíqueme al despacho si usted notificado de la decisión del comando del ejército de no considerarlo para curso a estado mayor, requisito para ascender al grado de teniente coronel? CONTESTÓ: Nosotros nos llamaron al comando del ejército para entregarnos la carta de ascenso. en ese momento cuando no recibí la carta, me informaron que no había sido llamado a curso de ascenso y desde ese momento pues ejército ya no volvió a comunicarse conmigo hasta que llego la resolución de retiro. PREGUNTADO: ¿Le dieron a usted las razones, las explicaciones por las que no había sido considerado para curso de estado mayor? CONTESTÓ: No doctor. PREGUNTADO: Esta investigación y con la anuencia del despacho, fue allegado un documento que corresponde a una planilla elaborada por un comité de evaluación en donde se refiere que ese comité conceptuó que usted no debía ser considerado para ascenso, en atención a que “el oficial no había ingreso, o mejor no había tenido mando a diferencia de sus compañeros por lo que no tiene proyección en el arma”. Ese concepto de que usted no había ejercido mando, fue puesto en su conocimiento en el momento que le notificaron que no era apto para ascenso. CONTESTÓ: No doctor, no, a mí nunca me informaron las razones o los motivos porque no fui considerado a ascenso, nunca me informaron que había sido porque no había hecho mando. PREGUNTADO: ¿Es cierto que usted no hizo mando? CONTESTÓ:

Si doctor, yo no realice mando, pero pues fue justificadamente porque yo fui herido en combate en el grado de mayor, tuve una lesión. Cuando se me realizó la junta médica posterior, tuve una lesión de discapacidad del 34.8%. la junta médica dio como resultado que yo no era apto y que tenía que ser reubicado dentro del arma en cuestiones administrativas, logísticas o de mantenimiento del arma, mas sin embargo, yo solicite faltando un año y estando ya a portas de iniciar mi estudio para el grado de teniente coronel, yo le solicité a mi comandante, le solicité al mando pro medio de un oficio formalmente que yo quería hacer mando porque esa es la esencia de nosotros como militares. Entonces envié el oficio y mi comandante lo apoyo con la firma de él, entonces, aun así, teniendo la exoneración de no haber realizado mando, yo solicité al comando del ejército, solicité realizar el mando para poder cumplir con mis funciones como militar. (...)

De la verificación de dicha prueba se puede concluir que el accionante no solo, desconoce las existencia de motivos “ocultos” que pudo tener el Ejército Nacional para llamarlo a calificar servicios más allá de no ser considerado a ascenso, con una causal justificada que fue el no haber ejercido mando, lo que el mismo accionante admite, situación que es completamente veraz al consultar la hoja de vida del acto.

Por lo anterior, el despacho no encuentra sustento a la afirmación de que existo desviación de poder en el llamamiento a calificar servicios más allá de las causales objetivas que fueron estudiadas por la Junta de Calificación.

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.

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 20 años en la institución, el cargo alegado no puede prosperar.

En consonancia con las afirmaciones que vienen expuestas en los párrafos anteriores, se desprende que en el caso del Mayor (R) **GUSTAVO MALAGON PAEZ**, al darse las condiciones especiales que permiten la aplicación del llamamiento a calificar servicios, esto es, haber cumplido un tiempo de servicio mínimo en la institución (15 años), pues el demandante al momento de salir del Ejército Nacional contaba con tiempo de servicio superior a veinte (20) años y tener derecho a la asignación de retiro, era procedente el retiro del servicio por la causal contenida en el artículo 100 literal A numeral 3 y artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, como en efecto ocurrió, mediante la **RESOLUCIÓN N° 0255 DE 19 DE ENERO DE 2018**.

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, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda **no están llamadas a prosperar**, en tanto no prosperaron los cargos formulados.

En consecuencia, la **RESOLUCIÓN N° 0255 DE 19 DE ENERO DE 2018** proferida por el MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la cual se retira del servicio activo

de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva “Por llamamiento a calificar servicios” al Mayor **GUSTAVO MALAGON PAEZ**, conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

10. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte accionante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la parte. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando La 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”⁹, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado¹⁰, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte accionante, por las razones expuestas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado **DEVUÉLVASE** a la interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Maria Teresa Leyes Bonilla

MARIA TERESA LEYES BONILLA

Juez

MCHL

⁹Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁰Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.