



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente	11001-33-035-025-2022-00333-00
Demandante	JOSÉ VICENTE PRADA SUÁREZ
Demandada	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Contrato Realidad-

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en los artículos 182A y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir **SENTENCIA ANTICIPADA** de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **JOSÉ VICENTE PRADA SUÁREZ** contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

II. LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, el señor **JOSÉ VICENTE PRADA SUÁREZ**, a través de apoderado judicial, deprecia la Declaratoria de **NULIDAD** del Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, mediante el cual el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, retiró del servicio por la causal de llamamiento a calificar servicios.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó el reintegro del demandante al servicio activo, sin solución de continuidad, al grado que venía desempeñando u a otro de superior categoría, con retroactividad al 23 de febrero de 2022, al reconocimiento y pago de manera actualizada de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el retiro hasta el cumplimiento del fallo que así lo ordene, al ajuste de los salarios de conformidad con la fórmula establecida por el Consejo de Estado y al pago de perjuicios morales por valor de 100 smlmv, al cumplimiento del fallo de conformidad con los artículos 188, 189 y 192 de la Ley

1437 de 2011 187 del CPACA.

a. Fundamentos fácticos

1. El Demandante durante su desempeño como oficial del Ejército desde 1995 hasta 2022 se destacó por su excelente desempeño en todos los aspectos que la Institución tiene reglamentado para la evaluación y calificación, aspectos que le han permitido ser calificado durante su ejercicio militar en lista uno, denominación en la que se ubica institucionalmente a los militares, en el más alto nivel de evaluación.
2. Hasta el 17 de noviembre de 2021 el señor Coronel José Vicente Prada Suárez, se desempeñó como Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante del Comando de Apoyo de Acción Integral y Desarrollo CAAID en el Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Bogotá Cantón Occidental Caldas.
3. El 17 de noviembre de 2021, mediante acto administrativo número 202113150151732633, fue nombrado como COMANDANTE del Comando de Apoyo de Acción Integral y Desarrollo CAAID en el Ejército Nacional.
4. Por decisión del Comando del Ejército Nacional, sin motivación aparente, fue degradado en el cargo jerárquica y funcionalmente en dos ocasiones a saber El 17 de noviembre de 2021 con Acto Administrativo No. HR20213150151737634 , fue ubicado en designación inferior a la de Comandante como Jefe de Estado Mayor del Comando de Educación y Doctrina CEDOC y posteriormente a la unidad CEDOE Centro de Doctrina del Ejército Bogotá, Distrito Capital CEDOC/CEDOC/CEDOE Destinación: Como Jefe de Estado Mayor Documento: HR2021315015173763 de fecha: 17/11/2021, sin embargo, para este último nombramiento el cargo era inexistente a la fecha de notificación según el organigrama, contrariando el artículo 122 constitucional.
5. Al actor le notifican el contenido del Acto Administrativo No. 2021307016324963 de fecha 10 de diciembre de 2021, por medio del cual le informan que debe salir a disfrutar un periodo vacacional de 30 días, periodo causado entre los años 1995-1996, sin haberlas pedido.

6. El 11 de febrero de 2022, el demandante regresó nuevamente a su labor, una vez termina su periodo vacacional, reintegrándose a un cargo que, considera, era inexistente en la organización, se le ordena verbalmente realizar tareas como segundo del Director del Centro de doctrina CEDOE, sin ningún acto administrativo interno donde se le estipularan sus funciones y, finalmente, es notificado del retiro de la fuerza el día 24 de Febrero de 2022 a través del decreto del Ministerio de Defensa Nacional No. 251 del 23 de febrero de 2022.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 5, 6, 25, 29 y 209.

Legales:

Ley 1791 de 2000

Ley 857 del 26 de diciembre de 2003

Ley 1437 de 2011

Ley 1015 de 2006

c. Concepto de violación:

Sostuvo que el demandante fue ascendido progresivamente a los cargos superiores, a medida que fue cumpliendo con los requisitos legales para ello; sin embargo, la H. Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión celebrada el 28 de diciembre de 2021, protocolizada mediante Acta No. 17, recomendó al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo de unos Oficiales del Ejército Nacional, por la causal denominada "Llamamiento a Calificar Servicios", sin ningún argumento de fondo, solo que reunía los requisitos para ello, acto que igualmente no le fue comunicado y/o notificado al actor a efectos de que pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa y que conllevó a la expedición del acto administrativo de retiro, es decir, el Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, expedida por el señor Ministro de Defensa Nacional, por medio de la cual se retiró al señor Coronel José Vicente Prada Suarez, del servicio activo del Ejército Nacional de Colombia "Por llamamiento a Calificar Servicios".

Argumento que es equivocado entender que la facultad discrecional constituye carta de naturaleza para vulnerar los derechos fundamentales del servidor público; antes

bien, ella siempre debe fundamentarse en razones del buen servicio público, es decir, cuando el empleado no cumpla con las exigencias propias del servicio por incapacidad, ineficiencia, inidoneidad, irresponsabilidad, falta de honestidad, es válido prescindir de sus servicios, porque, dicha facultad no puede considerarse “omnímoda”, ni puede ejercerse en forma arbitraria, sino que tiene que ajustarse a los fines que persigue el Decreto que la confirió.

Manifestó que el acto acusado esta incurso en la causal desviación de poder y falsa motivación, pues en su criterio el origen de dicho acto (Acta No. 17) recomendó al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo de unos Oficiales por la causal llamamiento a calificar servicios, no analizó la excelente hoja de vida del actor, desconociendo lo precedentes jurisprudenciales; requisito es que es vital para su validez, en la medida que el actor no tuvo la oportunidad de conocerla a efecto de poder recurrirla, vulnerándose el derecho fundamental al Debido Proceso y a los principios de legalidad y publicidad. En sustento de ello cita la sentencia C-525 de 1995.

Adujo que el Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, por medio del cual se retira al actor, no constituye una decisión objetiva de la administración sino sujeta a cierto tipo de situaciones que se dieron al interior de la Entidad y que no obstante no están consignadas en el acto administrativo.

Indicó que a través de los hechos narrados y las normas citadas queda evidenciado que por parte de la Administración – Ministerio de Defensa Nacional se actuó en forma desproporcionada al momento de disponer el retiro del demandante, pues en efecto se perdió el criterio de proporcionalidad que debe poseer todo acto administrativo, lo que de suyo rompe la buena fe y seguridad jurídica con que debe actuar la administración frente a sus administrados, vulnerándose de esta forma el derecho fundamental al trabajo como el de ascender y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de donde pudiera inferirse claramente una marcada desviación de poder.

Sostuvo que el acto acusado no obedeció a razones del servicio, ni mejoramiento del mismo, tampoco avizora que sea una medida adecuada para conseguir la satisfacción de la necesidad general o de unas razones del servicio y por el contrario se prescinde de un excelente miembro del Ejército Nacional en las precisas

circunstancias de orden público en que se encuentra en país, donde requiere por el contrario contar con el personal más idóneo, calificado y selecto para el cumplimiento de la misión de orden constitucional.

Manifestó que es evidente que el retiro del demandante del servicio activo del Ejército Nacional de Colombia, no fue una decisión que guarda proporción con los hechos que la motivaron. No existiendo, dentro de la realidad jurídica, unos hechos que sirvan de punto de referencia para valorar la razonable proporcionalidad que exige la ley, significa que el retiro así proferido no satisface este requisito legal, y, en consecuencia, la resolución cuestionada se dictó con violación de las disposiciones citadas que le ordenan al nominador que al ejercer la facultad discrecional debe respetar esa proporcionalidad entre su decisión y los hechos que estructuran la necesidad general.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Contestó la demanda indicando que dentro de las causales de retiro se encuentra la denominada "por llamamiento a calificar servicios", situación administrativa o circunstancia por así denominarse, en la cual el uniformado sin perder el grado militar, cesa en la obligación de prestar servicio en actividad, siempre y cuando haya cumplido los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, previo concepto, en el caso de los Oficiales, de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Indicó que frente a la exigencia del legislador en lo atinente al tiempo de servicios, se tiene acreditado que con la certificación de tiempos de servicio el Coronel JOSE VICENTE PRADA SUAREZ cuenta con 28 años 09 meses y 22 días teniendo derecho a la asignación de retiro.

Adujo que el acto acusado goza de la presunción de legalidad, toda vez que fue expedido con fundamento en el Artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 del 13 de diciembre de 2006).

Manifestó que el retiro por llamamiento a calificar servicios implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o

Suboficial en el servicio activo, no significa sanción ni exclusión infamante, sino un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, propio de la normal renovación del personal de los cuerpos armados.

3.2. Pruebas obrantes en el expediente. Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes (carpeta 002 anexos):

- Oficio de 20 de mayo de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. (fls. 1-2).

- Oficio de 13 de agosto de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. (fls. 3-4).

- Oficio de 15 de septiembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 5-6).

- Oficio No. 2021580012340223 de 23 de septiembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 7-8).

- Oficio No. 2021580013435613 de 13 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 9).

- Oficio No. GS2021, de 14 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 10-14).

- Oficio No. 2021580013585443 de 16 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 15)

- Oficio No. 2021580013586573 de 16 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls. 16).

- Oficio No. 2021247013773723 de 21 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls. 17- 18).

- Oficio No. 2021580014177683 de 27 de octubre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 19-21).

- Documento fechado 28 de octubre de 2021. (fls. 22).

- Oficio 2021500014209163 de 04 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls. 23)

- Oficio No. 2021580002294351 de 4 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls. 24).

- Oficio No. GS-2021-042333 de 10 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls. 25-26).

- Oficio 2021580014984673 de 12 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls 27-28).

- Capturas de pantallas de un correo electrónico. (fls.29).
- Captura de pantalla de la página del Comando del Ejército Nacional. (fls. 30).
- Oficio No. 2021580015283443 de 19 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (fls.31-32).
- Capturas de pantallas de un correo electrónico. (fls.33).
- Captura de pantalla de la página del Comando del Ejército Nacional. (fls. 34).
- Oficio No. 2021580014574793 de 29 de noviembre de 2021, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional. (Fls. 35-39).
- Oficio del 30 de noviembre de 2021 de Inspección General Ejército CEIGE a Jefatura de Estado Mayor de Operaciones remite informe por acoso sexual de Sub Teniente María Fernanda Castañeda contra el Cr José Vicente Prada Suarez. (fls. 40).
- Oficio del 30 de noviembre de 2021 de Inspección General del Ejército CEIGE a Juzgado 84 Justicia penal Militar Remite denuncia por acoso sexual y persecución con N 2021101001978532 (fls. 41).
- Oficio del 2 de diciembre de 2021 del Comando de Adquisiciones del Ejército formaliza donación de la DIAN (fls.42-43)
- Comunicado del 7 de diciembre de 2021 acto administrativo de modificación de traslado a Cr Prada como Jefe de Estado Mayor del Centro de Doctrina CEDOE (fls. 44).
- Captura de pantalla de la página del Ejército Nacional. (fls. 45).
- Oficio de 9 de diciembre de 2021, emanado del Ministerio de Defensa Ejército Nacional. (fls. 46-48).
- Radiograma del 10 de diciembre de 2021. (fls. 49).
- Copia de un derecho de petición de 13 de diciembre de 2021. (fls. 50-51).
- Oficio No. 2021101002632561 de 22 de diciembre de 2021, emanado del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. (fls. 52-53).
- Documento de 23 de diciembre de 2021 dirigido a la Oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación. (fls. 54-57).
- Documento de 24 de diciembre de 2021, dirigido al Inspector General del Ejército Nacional. (fls. 58-60).
- Documento de 24 de diciembre de 2021, dirigido al Comandante de Personal COPER. (fls. 61-63).
- Documento de 24 de diciembre de 2021, dirigido al Jefe de Estado Mayor de Operaciones. (fls. 64-65).

- Oficio de 29 de diciembre de 2021, emanado del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. (fls. 66-68).
- Copia de un derecho de petición de 29 de diciembre de 2021. (fls. 68)
- Documento de 29 de diciembre de 2021. (fls. 69-71).
- Documento de 3 de enero de 2022, dirigido a la Fiscalía 175 de delitos sexuales- Dirección de Seccional de Fiscalías de Bogotá. (fls. 72-80).
- Documento de 4 de enero de 2022, dirigido al Inspector General del Ejército Nacional. (fls. 81).
- Documento de 4 de enero de 2022, dirigido al Comandante del Comando de Personal COPER. (fls. 82).
- Documento de 4 de enero de 2022, dirigido al Jefe de Estado Mayor de Operaciones JEMOP. (83).
- Oficio de 6 de enero de 2022, emanado del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. (fls. 84).
- Documento de 11 de enero de 2022, dirigido al Comandante del Comando de Personal COPER. (fls. 87).
- Oficio de 12 de enero de 2022, radicado No. 2022580000360223, emanado del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. (fls. 88).
- Documento de 15 de febrero de 2022, dirigido al Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar. (fls. 89).
- Documento de 16 de febrero de 2022, dirigido a la Fiscalía 70. (fls. 90-103)
- Documento de 16 de febrero de 2022, dirigido a la Unidad de delitos sexuales. (fls. 104-105).
- Documento de 17 de febrero de 2022, dirigido al Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar. (fls. 106).
- Petición de 18 de febrero de 2022, dirigida al Comandante del Comando de Personal COPER. (fls. 107).
- Documento de 18 de febrero de 2022, dirigido al Jefe de Estado Mayor de Operaciones JEMOP. (fls.108)
- Oficio de 21 de febrero de 2022, No. 2-2022-004598 UAE. (fls. 109)
- Decreto 251 de 23 de febrero de 2022, por medio del cual se retira del servicio activo al actor. (fls. 110- 117).
- Documento de 25 de febrero de 2022, dirigido a la Fiscalía 175. (117).
- Documento de 25 de febrero de 2022, dirigido a la Fiscalía 70. (118).

- Oficio de 28 de febrero de 2022, emanado del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. (fls. 119).
- Informe psicológico de 23 de marzo de 2022. (fls. 120- 123)
- Certificación expedida por el Ejército Nacional a nombre del Demandante. (fls. 124)
- Extracto de la hoja de vida del actor. (fls. 125-141)
- Oficio de 31 de marzo de 2022. (fls. 142-143).
- Formulario sobre información básica de oficiales y suboficiales. (fls. 143-172)
- Petición de 20 de abril de 2022. (fls. 173)
- Copia del Acta No. 17 de 28 de diciembre de 2021. (fls. 174- 180).
- Copia de una notificación con fecha de 27 de mayo de 2022. (fls. 182).
- Copia de un listado de personal. (fls. 182- 183). - Registros fotográficos. (fls. 184-186).
- Expediente Administrativo. (025MemorialAntAdvosJun2-2023).

4. Alegatos de conclusión - parte demandante.

Presentó alegatos reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

Adicionalmente indica que las circunstancias que rodearon la desvinculación del Ejército Nacional del señor Coronel José Vicente Prada, obedeció única y exclusivamente al alcance inadecuado, injusto, desproporcionado y extralimitado que realizaron los Altos Mandos de unas declaraciones apócrifas y mal intencionadas hechas por una subordinada del señor Coronel (Subteniente María Fernanda Castañeda Vargas), la que actuó con un fin netamente vengativo y revanchista, debido a una serie de informes que durante los meses anteriores el Coronel Prada Suarez había remitido a los altos Mandos Militares para que investigaran a la Subteniente por actos irregulares que afectaban gravemente la institución.

Considero que no se trató de un mecanismo democrático para que participaran personas en los grados superiores, a través de ascenso y promoción, para el logro de la renovación permanente de los cuadros de las FF.MM., debido a que el momento donde fue llamado a calificar servicios existían 3 promociones de grados de coroneles encontrándose en el segundo año de Coronel, por tanto, la que seguía

en el orden no era la promoción el señor coronel Prada Suárez, por lo que concluye que si el Gobierno Nacional pensó en reestructurar el poder jerárquico debía de haber iniciado por las promociones de Mayor Antigüedad; por lo que el acto administrativo que se demanda constituye a todas luces un abuso de poder, pues no existe una verdadera justificación para ello.

Adujo que no resulta lógico que si el Ejército Nacional de manera juiciosa y planificada, habiéndose realizado una valoración exhaustiva de la hoja de vida del actor, lo considerara idóneo para detentar el cargo de comandante del CAAID, solo un par de días después, se revoque sin justificación alguna el mismo, se le degrade de cargo en dos oportunidades, se le llame a calificar servicios y, justamente, se tenga que en ese mínimo lapso de tiempo, es el espacio en el que la Señora María Fernanda Castañeda Vargas informa a la comisión de unos “presuntos” hechos en los cuales se encontraba “presuntamente” involucrado el señor Coronel José Vicente Prada Suárez.

Acompaña con el escrito de alegatos sendas declaraciones extrajudicio a efectos que sean tenidas como prueba dentro del proceso.

5. Alegatos de conclusión - parte demandada.

Presentó alegaciones finales reiterado lo manifestado en la contestación de la demanda, adicionalmente citó apartes de la sentencia SU91 de 2016.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, en su redacción vigente¹.

¹ Los citados artículos fueron modificados por la Ley 2080 de 2021, promulgada el 25 de enero de 2021. Empero, de conformidad con las disposiciones sobre su propia vigencia, contenidos en el artículo 86 de aquella, “rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada [esa] ley”.

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda

4.2. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si el acto administrativo demandado **Decreto 251 del 23 de febrero de 2022**, se encuentra viciado de las causales de nulidad invocadas por la parte actora. Y en tal caso, verificar si procede a título de restablecimiento del derecho, el reintegro del servidor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad, y consecuente pago de todos los emolumentos salariales y prestaciones debidamente indexados que dejó de percibir desde su retiro, hasta que se produzca el reintegro, así como el reconocimiento del daño moral..

4.3. Solución al problema jurídico planteado.

Para resolver se considerará las normas constitucionales y las legales vigentes, el precedente judicial de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, para lo cual se abordará lo atinente al llamamiento a calificar servicios con uso de asignación de retiro. Lo anterior, sin perder de vista que tanto el régimen de carrera para las Fuerzas Militares como el de la Policía Nacional, **difiere** de la carrera administrativa aplicable para los demás servidores públicos, según los artículos 216, 218, 220, 221 y 222 constitucionales.

Los mencionados artículos indican:

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

Artículo 218. ... La Ley organizará el Cuerpo de Policía. (...) La Ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

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**.

Artículo 222. La **Ley determinará** los sistemas de promoción profesional, cultural y social de los miembros de la Fuerza Pública. En las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos.”

Con la Constitución Política de 1991, se implantó en Colombia un Estado Social de Derecho, dentro del cual las Fuerzas Militares cumplen una función primordial en la defensa y la soberanía.

Los mencionados artículos indican:

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

Artículo 218. ... La Ley organizará el Cuerpo de Policía. (...) La Ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

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.**

Artículo 222. La Ley determinará los sistemas de promoción profesional, cultural y social de los miembros de la Fuerza Pública. En las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos.”

Bajo tal contexto constitucional, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió 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”, estatuto que en su artículo 99² consagró el retiro para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y dispuso que en lo que a los oficiales se refiere, este deberá ser realizado, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, así :

Artículo 99. 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.

² 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.”

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.” (Negrilla del Despacho).

La misma normativa en su artículo 100, consagró las causales de retiro con pase temporal a la reserva, el cual fue modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, que estipuló:

“ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1405 de 2010.> Por cumplir dos (2) 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.

(...)” (Resalta el Despacho)

En tratándose de la facultad de retiro del servicio de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas, por “llamamiento a calificar servicios”, el artículo 103³ del referido Decreto, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, señaló que los Oficiales y Suboficiales podrán ser retirados bajo esta causal cuando hayan cumplido los requisitos establecidos para tener derecho a la asignación de retiro, veamos:

“Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios. 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 las disposiciones citadas, se puede colegir que el retiro del servicio de Oficiales y Suboficiales, por “llamamiento a calificar servicios” constituye una causa legal que extingue la obligación del uniformado de prestar servicios en actividad, la cual procede siempre y cuando el retirado haya constituido su derecho a percibir una asignación de retiro.

Al respecto, es pertinente recordar que de conformidad con el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, el tiempo de servicios necesario para causar la asignación de retiro en caso de “llamamiento a calificar servicios” es de 18 años de servicio, en tal sentido, es posible concluir que el retiro por esa causal legal, está sujeta al

³ ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006.> 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.”

cumplimiento y verificación de los siguientes requisitos: (i) que el retirado haya prestado un servicio en actividad igual o mayor a 18 años y, (ii) que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares haya emitido su concepto previo favorable. Cumplido lo anterior, se presume la legalidad del acto de retiro.

4.4. Del llamamiento a calificar servicios.

Al respecto, la H. Constitucional en sentencia C-072 de 1996⁴ al analizar la exequibilidad de la mencionada facultad, indicó:

“...La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por "calificar servicios", **acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional** que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, **no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros**, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, **no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios**, como la destitución. Declarar la inexecutable total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores.

Respecto de la misma facultad, la misma Corporación en sentencia T- 824 de 2009, al reiterar la sentencia C-072 de 1996, precisó:

***“... Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.*”**

(...)

En síntesis, el retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, es una modalidad de desvinculación adoptada mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional, que implica el cese de la obligación de prestar servicios a la institución^[14]. **Esa modalidad de desvinculación procede cuando se dan los requisitos objetivos de retiro, a**

⁴ -Sala Plena, Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046, Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 58 y 67 del Decreto 132 de 1995; 6, 7 y 11 del Decreto 574 de 1995; 8 y 12 del Decreto 573 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

saber: (i) que el oficial haya cumplido el tiempo de servicio que prescribe el ordenamiento jurídico para acceder a una asignación de retiro y; (ii) que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional haya dado su concepto previo favorable^[15]. Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia, el llamado a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía Nacional y la búsqueda de los fines que la constitución ha confiado a dicha institución, razón por la cual (i) no puede ser ejercida con otra finalidad y; (ii) debe sustentarse en razones del buen servicio ya que de lo contrario podría implicar la afectación de la especial protección al trabajo y a la estabilidad en el mismo. Negrillas del Juzgado.

Que la H. Corte Constitucional en sentencia **T-638-2012**, indicó que el defecto por desconocimiento del precedente se presenta cuando se fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance, recordando, que sobre la aplicación del precedente basta remitirse a lo explicado por la Corte en las sentencias T- 1112 de 2008 [24] y T-028 de 2012.

En dicha sentencia, además hizo un **recuento** respecto de las decisiones adoptadas en materia de **facultad discrecional** de desvinculación de los miembros **de la fuerza pública**, adoptadas en las sentencias C-525 de 1995 y C- 179 de 2006, en fallo T-568 de 2008, T-1168 de 2008, T-1173 de 2008, T-655 de 2009, T-459 de 2009, T-111 de 2009, los fallos 297 y T-824 de 2009, sobre motivación de los actos administrativos, sintetizó:

“6.3. Conforme al precedente constitucional, **la Sala sintetiza** que la motivación de los actos discrecionales del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esto es tanto de las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional **es obligatoria**. Este deber es consecuencia de la salvaguarda al debido proceso que implica **el examen objetivo y razonable por parte de la administración de la utilización de esta facultad**, de modo que el acto de retiro propiamente dicho **contribuya al cumplimiento de la finalidad de la respectiva institución**. Al mismo tiempo, la obligación de motivación **promueve la realización de valores del Estado Social de Derecho como es evitar la concentración de poderes ilimitados y la arbitrariedad las conductas de las autoridades.**”

Este Juzgado tampoco desconoce **que la obligatoriedad de motivar los actos administrativos también fue reiterada en sentencia T- 265 de 2013** la H. Corte Constitucional, oportunidad en la que en aplicación de la teoría del **derecho viviente**, indicó las **diferencias** entre las causales de retiro denominadas “**retiro por voluntad del Gobierno**”, y “**llamamiento a calificar servicios**”; analizó lo atiente a la evolución y alcance de la facultad discrecional; lo relativo a la desviación de poder, y abordó la problemática suscitada por los máximos tribunales en sus respectivas jurisdicciones (contencioso administrativa y constitucional) al haber **han plasmado dos formas de controlar una misma facultad conferida al Gobierno**, en lo que respecta a la aplicación de un mismo

asunto, esto es, que mientras la H. Corte Constitucional ha sostenido “*que el retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública debe obedecer a razones objetivas y precisas, dado que de permitirse la salida de los mismos de manera simplemente discrecional y sin motivación alguna, equivaldría a avalar la arbitrariedad introduciendo en el mundo jurídico un elemento netamente subjetivo que permitiría la aplicación caprichosa de dicha facultad gubernamental*”. **Por su parte y en forma opuesta**, el H. Consejo de Estado **ha sido pacífico** en reiterar “*que los actos discrecionales que expide el Ejecutivo desvinculando a los oficiales de la institución encuentran sustento en normas legales y, por ende, no deben ser motivados. Sin embargo, cuando en la expedición de dichos actos, los jueces administrativos encuentran que existen conductas que desbordan el fin de la facultad concedida por la Constitución o la ley, éstos se han visto compelidos a declarar la nulidad de los mismos, declarando la desviación de poder.*”

5.2. Giro jurisprudencial en materia de la facultad de llamamiento a calificar servicios.

Al respecto, resulta relevante lo indicado por el órgano de cierre constitucional en sentencias de **Unificación SU 91 DE 2016**, en la que concluyó que el retiro del servicio **por llamamiento a calificar servicios** solo procede cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro, y precisó que no requiere motivación adicional del acto, siempre y cuando reúna los requisitos de ley, para lo cual concluyó que “**No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.**” Negrillas del Juzgado.

El órgano de cierre constitucional igualmente, indicó:

“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.

(...)

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 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, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; (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.

En la misma providencia, respecto de los **requisitos** de la causal de retiro por **llamamiento a calificar servicios** a miembros de la fuerza pública, dejó dicho:

“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. 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.”

Y sobre la **finalidad** de la aludida causal de retiro por **llamamiento a calificar servicios**, indicó:

“El llamamiento a calificar servicios se aplica como **un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que**

tiene la Institución Militar y Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.”

Finalmente, respecto de la **carga de la prueba**, en el evento del control judicial concluyó:

“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.”**

4.5. Reiteración de jurisprudencia.

En forma más reciente, en la sentencia SU -217 de 2016, la H. Corte Constitucional **reiteró** lo expuesto en la SU-91-16 precitada, al decidir:

“25. En definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: (i) **el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional;** (ii) **el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.”** Negrillas y subrayado del Juzgado.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU – 237 de 2019 sobre este particular indicó:

(...)

26. El retiro de los oficiales de la Policía Nacional, según el artículo 1º de la Ley 857 de 2003, debe efectuarse a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional, facultad que puede ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional, para los retiros de oficiales hasta el grado de Teniente Coronel -es el caso del accionante-. De todos modos, el retiro debe estar precedido del concepto previo de la Junta Asesora, salvo para Oficiales Generales o, en los demás rangos, en

los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

27. Según los artículos 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 y 2 de la Ley 857 de 2003, son causales de retiro de la Policía Nacional: (i) solicitud propia⁵; (ii) **llamamiento a calificar servicios**⁶; (iii) voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales⁷; (iv) disminución de la capacidad sicofísica⁸; (v) incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez⁹; (vi) destitución¹⁰; (vii) no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial¹¹; (viii) incapacidad académica¹²; (ix) desaparecimiento¹³; y (x) muerte.

28. El llamamiento a calificar servicios es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un funcionario de las Fuerzas Militares y de la Policía. Según el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, dicha causal de retiro exige que la persona cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro¹⁴. Con todo, esta causal no opera de forma automática al acreditarse el número de años de servicio exigidos para obtener dicha prestación, pues para tales fines, también es necesario el concepto previo de la Junta Asesora.

29. La finalidad del llamamiento a calificar servicios es la renovación de la línea jerárquica institucional, así como el relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Policial Nacional. **Su justificación se traduce en razones de conveniencia institucional, en las necesidades del servicio y en las vacantes disponibles, con independencia de las condiciones personales y profesionales de los servidores públicos que se eventualmente puedan ser llamados al ascenso**¹⁵.

⁵ Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 56.

⁶ Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 57 y Ley 857 de 2003, artículo 3.

⁷ Ley 857 de 2003, artículo 2.

⁸ En la Sentencia C-381 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del numeral tercero del artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000, "en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción".

⁹ Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 60.

¹⁰ Ídem, artículo 61.

¹¹ Ídem, artículo 63.

¹² Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 64 y Ley 857 de 2003, artículo 5.

¹³ Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 65.

¹⁴ Cfr. Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

¹⁵ Al respecto, esta Corte ha dicho: "La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por "calificar servicios", acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio". Sentencia C-072 de 1996.

30. En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios es, entonces, una facultad legítima del Gobierno Nacional, destinada a permitir la renovación del personal de la Policía Nacional y justificada en las necesidades del servicio, la conveniencia de la Institución y las vacantes disponibles, razón por la cual esta no puede ser ejercida con una finalidad diferente al mejoramiento del servicio, por ejemplo, como mecanismo de sanción dentro de las fuerzas militares o de policía.

(...)

36. De lo expuesto se concluye que, en cada caso, **le corresponde al juez de la causa verificar que: (i) el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios, (ii) el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016, (iii) la persona retirada del servicio cumpla con los requisitos para obtener la asignación mensual de retiro, y (iv) si es del caso, la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo de desvinculación.**

V. CONCLUSIONES

a). Así las cosas, no se desconoce que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, **el criterio constante y mayoritario** del Consejo de Estado ha sido el de **la no obligatoriedad o necesidad de motivarlos**, por considerar que dicha causal se aplica como precedencia de requisitos legales y objetivos e inspirado en razones del servicio, las cuales se presumen.

b). Que dicho criterio, para ser aplicado desde luego fue **MATIZADO** por así decirlo, por la misma H. Corte Constitucional en sentencia **T- 265 de 2013**, al desarrollar el concepto de **discrecionalidad relativa, y absoluta**, advirtiendo que esta última es entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, por lo que puede confundirse con la arbitrariedad, por lo que el Legislador le impuso una limitante a la discrecionalidad absoluta, la cual, como lo precisó la H. Corte Constitucional, quedó expresamente consagrada en el artículo 36 del CCA, y reproducida íntegramente en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, al establecer que *“en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

c). Que en razón a la naturaleza y necesidad en el ordenamiento constitucional y legal de la causal **del retiro por llamamiento a calificar servicios**, fue que la propia Corte la ha declarado ajustada a la Constitución (ver sentencia C-072-1996), y ha concluido que su inexecutable total *“llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores”*, de un lado y por otro, que si se declarara la inexecutable de la exigencia de los 15 años, *“se plasmaría una discrecionalidad absoluta que acabaría con el derecho del oficial o suboficial a una estabilidad mínima en el desempeño de su función y, por tanto, conduciría a la eliminación de una garantía, plasmada en favor de quienes integran el contingente humano de la Policía Nacional, que tampoco vulnera precepto alguno de la Carta Política...”*

d). Que si bien es cierto existió **dos formas de controlar una misma facultad conferida al Gobierno**, esto es, en materia de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, **este antagonismo**, hoy por hoy, ha quedado superado en tanto que la H. Corte Constitucional como guardián e intérprete autorizado de la Constitución, **UNIFICÓ** dicho criterio y lo reiteró también a través de sentencias unificadoras, providencias ya precitadas, concluyendo, se reitera, que *“(i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa **porque contienen una motivación derivada de la ley** constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional; (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.”*

e). Que para efectos del llamamiento a calificar servicios, sólo se exige además del cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares haya dado su concepto previo favorable, **sin que el buen desempeño que se alega fue desplegado por el actor durante su vida Militar, rodeado de buenas calificaciones, felicitaciones, cursos, capacitaciones y demás, se traduzca en**

una estabilidad absoluta y en impedimento de la Fuerza Pública para su aplicación¹⁶.

f). Que el ejercicio de dicha facultad, **se presume inspirada en razones del servicio**, dada la naturaleza y misión constitucional de la Policía Nacional, esto es, de conveniencia o necesidad institucional, análisis que la ley ha atribuido en este caso a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, organismo que debe aplicar criterios de prudencia, justicia y equidad al momento de emitir su recomendación, por lo que **es al propio actor a quien le corresponde la carga probatoria encaminada a desvirtuar las mencionadas razones de la administración, la expedición irregular por infracción de las normas en que se debía fundarse; el abuso de poder o la falsa de motivación del acto acusado**, en suma, que la decisión de retiro del servicio se produjo por **motivos ajenos al mejoramiento del servicio**, extralimitando o desbordando la facultad discrecional conferida legalmente al nominador para despojar el acto administrativo de la presunción de legalidad que le es propio.

Con todo, podemos decir que:

- Que la facultad no es absoluta ni ilimitada, sino que debe estar sujeta al ordenamiento jurídico, a los principios constitucionales y a los fines del Estado social de derecho, por lo que no puede ser ejercida de manera arbitraria, irrazonable o desproporcionada, vulnerando derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública.
- Que la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa debe estar basada en criterios objetivos y racionales que tengan en cuenta el desempeño, la trayectoria y las calidades personales y profesionales del miembro de la Policía Nacional que se pretende retirar, así como las necesidades del servicio y el interés general.
- Que la decisión de retiro del servicio debe ser notificada al interesado de manera oportuna y completa, para que pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción en sede judicial, y para que pueda acceder a los mecanismos de protección de sus derechos laborales.

5.1. Otras Consideraciones.

Análisis del caso a la luz del precedente vinculante que se fijó en la Sentencia SU-091 de 2016 reiterada en la Sentencia SU-217 de 2016

Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, mediante la cual se retira al actor (archivo 025).

¹⁶ Al respecto ver las sentencias del 1 de diciembre de 2014, radicado 11001-03-15-000-2014-02924-00, C.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN; del 20 de agosto de 2014, radicado 11001-03-15-000-2014-00458-00, C.P. CÉRMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ, y la del 28 de julio de 2014, radicado 11001031500020140105600, C.P. LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

Reglas en sede de unificación (SU-091 y 217 de 2016)	Julio Tobías López Cuadros	Subsunción de las reglas
Regla 1. Que el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios.	El Decreto 251 del 23 de febrero de 2022 ¹⁷ , obrante en el archivo 025 pdf del expediente, da cuenta de que el retiro del actor fue por llamamiento a calificar servicios.	Cumple
Regla 2. Que el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016 ¹⁸ .	De conformidad con el extracto de hoja de vida del demandante obrante a folio 23 archivo 002 pdf del expediente, es claro que ingresó a la institución el 01 de diciembre de 1995, por lo tanto, están acreditado el tiempo exigido por la ley, pues, al momento del retiro efectivo, el actor contaba con 28 años, 9 meses y 22 días de servicio.	Cumple
Regla 3. Que la persona retirada del servicio cumpla los requisitos para obtener la asignación de retiro.	De conformidad con el extracto de hoja de vida del demandante obrante a folio 124-125 y ss archivo 002 pdf del expediente, al momento de retiro, el actor tenía 28 años, 9 meses y 22 de servicio, de modo que, en aplicación del parágrafo 1 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, había acreditado más de los 15 años exigidos para el reconocimiento de la asignación de retiro.	Cumple
Regla 4. Que la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo, siempre que el mismo sea necesario.	La Junta Asesora en sesión del 28 de diciembre de 2021 (Archivo 025), decidió proponer al actor para retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios. De esto da cuenta el Acta No. 17 del 28 de diciembre de 2021	Cumple

Luce pertinente manifestar, que no obstante tener como sentado que la motivación de los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios está contenida en la ley la

¹⁷ Por el cual se retira del servicio al actor.

¹⁸ En el caso de los Oficiales, el tiempo es el siguiente: 4 años para los rangos Subteniente, Teniente, Brigadier General y Mayor General; y 5 años para los rangos Capitán, Mayor, Teniente Coronel y Coronel.

cual establece las condiciones para que el mismo se produzca y que debido a ello no es necesario que el acto de desvinculación este precedido de un cumulo de consideraciones, lo cierto para el *sub judice* es que el Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, que retiró del servicio al accionante, contrariando tal preceptiva, cuenta inclusive con una suficiencia motivacional que sustenta su legalidad en cuanto a su forma.

Ahora bien, afirma el actor que el acto demandado, se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, pues en su consideración pues en su criterio el origen de dicho acto, esto es el Acta No. 17, recomendó al Gobierno Nacional, el retiro del servicio activo de unos Oficiales por la causal llamamiento a calificar servicios, pero no analizó la excelente hoja de vida del actor, y también por cuanto el actor no tuvo la oportunidad de conocerla a efecto de poder recurrirla, vulnerándose el derecho fundamental al Debido Proceso y a los principios de legalidad y publicidad.

Al respecto, se debe indicar que el artículo 43 del CPACA, dispone:

ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

De conformidad con lo expuesto, es claro que los actos administrativos definitivos constituyen manifestaciones de la administración que tienen efectos en el exterior del aparato administrativo. Mientras que los actos de trámite no tienen esta connotación. Estos, constituyen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto administrativo, es decir, son actos de impulso de la actuación administrativa.

Sobre las diferencias de estos actos administrativos se ha advertido por parte del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

“(…) los actos de trámite son los que se “encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas”. Es por tanto que “no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo”.

Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establece el inciso final del artículo 50 del C.C.A., “son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”. En otras palabras, y tal como lo advierte la norma citada, un “acto de trámite puede tornarse definitivo,

cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta". Sólo en este caso tales actos serían enjuiciables. (...)"¹⁹

Descendiendo al caso en concreto, se advierte que la decisión contenida en el acta No. 17 de 28 de diciembre de 2021, a través de la cual se recomienda el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, en principio no es un acto administrativo que contenga el carácter de definitivo, pues claramente fue una recomendación con fundamento en la cual se expidió el acto administrativo contenido en el Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, mediante la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al actor, por llamamiento a calificar servicios.

En ese orden, al ser un acto preparatorio o de trámite no reviste imperativo para ser notificado, pues tal imperativo recae en el acto administrativo definitivo, esto es, Decreto 251 del 23 de febrero de 2022, este si debidamente notificado el 24 de febrero de 2022 (archivo 25), bajo esa óptica no es posible hablar de falsa motivación o desviación de poder en el presente caso, y por tanto, tampoco de vulneración al debido proceso, derecho de defensa y publicidad.

Reprocha el actor que sin motivación aparente fue degradado en el cargo jerárquica y funcionalmente en dos ocasiones ubicado en designación inferior a la de Comandante como Jefe de Estado Mayor del Comando de Educación y Doctrina CEDOC y posteriormente a la unidad CEDOE Centro de Doctrina del Ejército Bogotá, Distrito Capital CEDOC/CEDOC/CEDOE; debido al alcance inadecuado, injusto, desproporcionado y extralimitado que realizaron los Altos Mandos de unas declaraciones mal intencionadas hechas por una subordinada del actor, la Subteniente María Fernanda Castañeda Vargas, frente al particular se debe indicar que como bien lo manifiesta el mismo demandante, tales designaciones fueron efectuadas por medio de acto administrativo, el primero con el oficio No. HR20213150151737634 17 de noviembre de 2021 y el segundo con el oficio HR2021315015173763 de fecha 17 de noviembre de 2021, cargo que adicional considera inexistente, luego, al estar presididos los referidos nombramientos o designaciones a través de actos administrativos particulares y concretos, al igual que el periodo vacacional que le fuera otorgado por medio del Acto Administrativo No. 2021307016324963 de fecha 10 de diciembre de 2021, era preciso que el actor, si consideraba que el cargo era inexistente y que el periodo vacacional no se ajustaba a

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 7 de febrero de 2013. Radicación No. 11001-03-28000-2010-00031-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

la norma que lo faculta, acudiera a controvertir la legalidad de esos actos administrativos que son particulares y definieron tales situaciones particulares y concretas relacionadas con nombramiento y vacaciones, ergo, pretender alegar en este escenario de retiro, que la desviación de poder se concreta por unas designaciones o nombramientos desencadenados por una denuncia de acoso laboral de una subordinada y unos periodos vacacionales otorgados, escapa a la esfera del alcance del análisis del retiro por llamamiento a calificar servicios que se determinó en otro acto administrativo diferente a los dispuestos para fines acotados y que tiene una finalidad diversa a los otros dos aspectos.

Por manera que, para este Despacho no puede estar llamada a configurarse la desviación de poder, sustentada en situaciones jurídicas consolidadas en otros actos administrativos independientes al que dispuso el retiro del servicio y de los cuales se debe desencadenar una acción o medio de control independiente al que aquí se analiza, en ese sentido, no es posible acumular el análisis de legalidad de esos actos al presente asunto, por cuanto, no son objeto de debate y están cobijados por la presunción de legalidad de que trata el artículo 88 del CPACA.

Por otro lado, respecto del buen desempeño que recaba el actor durante su trayectoria, es menester recordar lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 237 de 2019, cuando sobre el particular indicó: *“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”* siendo inherente bajo esta óptica el buen desempeño del personal vinculado de la fuerza, solo por el hecho de hacer parte de una institución con estas características, la cual exige de cada miembro la excelencia.

Por otra parte, con los alegatos de conclusión allega el actor sendas declaraciones extrajuicio a efectos de que sean tenidas como pruebas, sin embargo, es necesario traer a colación el artículo 212 del CPACA, el cual regula las oportunidades probatorias dentro del proceso contencioso administrativo, el cual dispuso:

ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: **la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones**

y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. (Negrilla fuera de texto)

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

(...)

Son claras las oportunidades establecidas por el legislador para el demandante, las cuales está claro no se extienden hasta los alegatos de conclusión, en esa medida las pruebas allegados con estos por la parte actora no pueden ser objeto de análisis.

En suma, las pruebas aportadas, documentales no son determinantes para considerar un motivo diverso inmerso en el acto administrativo acusado, diferente al de llamar al actor a calificar servicio por el cumplimiento de los requisitos para tal efecto.

Así las cosas, como lo dejó sentado la Corte Constitucional en la líneas de unificación referidas *“es al propio actor a quien le corresponde la carga probatoria encaminada a desvirtuar las mencionadas razones de la administración, la expedición irregular por infracción de las normas en que se debía fundarse; el abuso de poder o la falsa de motivación del acto acusado”* y como en el presente caso como queda demostrado, la actividad probatoria no condujo a demostrar los argumentos del actor, se debe indicar que la decisión inmersa en el acto acusado se encuentra adecuada, ajustándose a los fines de la norma que lo la autoriza, como lo imponer el artículo 44 del C.P.A.C.A.

De las costas. De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso²⁰, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura *“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”*.

²⁰ **Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. - En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO. - La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES NEDINA

Juez

mas

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: **8cf9f8db7d03fd8c4095434dc6fa18c13c250e42a558e3f31f798603c3f6e33e**

Documento generado en 23/10/2023 11:03:56 AM

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