REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso	**:**	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante	**:**	**MARISOL DAZA GARZÓN**
Demandado	**:**	**NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL**
Radicado	**:**	**1100133420472018-0040300**
Asunto	**:**	**Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA: ASUNTO A DECIDIR

Vencido el término establecido en providencia del 26 de julio de 2021[1] y atendiendo los parámetros normativos contenidos en los artículos 187 y 189 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 ibídem, promovido por MARISOL DAZA GARZÓN, actuando a través de apoderado especial, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

La parte solicita las siguientes

1.2.- **PRETENSIONES[2]**

-. Declarar la nulidad del Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018, expedido por la entidad demandada, por medio del cual se retiró del servicio activo del Ejército Nacional a la señora Marisol Daza Garzón, por llamamiento a calificar servicios.

-. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada, reintegrar a la demandante sin solución de continuidad, disponiendo que la misma

---

[1] Ver documento digital 05

[2] Ver documento digital 01, pág. 137-138.

ascienda al grado que corresponda, de forma tal que conserve su antigüedad y orden de prelación respectivo en el escalafón de oficiales con relación a sus compañeros de curso al momento que se hizo efectivo su retiro, una vez se cumpla con los requisitos necesarios para el ascenso al tiempo de servicio en cada grado.

-. Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a la actora, los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, incluidos los valores que correspondan a la retroactividad en cada grado una vez se produzcan los ascensos.

1.3. HECHOS RELEVANTES[3]

Los principales hechos referidos por la parte actora se sintetizan de la siguiente manera:

1.3.1. Mediante orden del día No. 150 la señora MARISOL DAZA GARZÓN ingresó como alumna oficial administrativa el 04 de julio de 1996 y se escalafonó en el grado de teniente a través de Resolución No. 16950 del 28 de noviembre de 1996, posteriormente a Capitán, luego a Mayor, posteriormente a Teniente Coronel y finalmente a Coronel según Decreto 1928 del 28 de noviembre de 2016.

1.3.2. Precisó, que la demandante, luego de ser ascendida al grado de Coronel, se desempeñó como Contadora en la Inspección General a partir del 03 de febrero de 2017 hasta la fecha de su retiro del servicio.

1.3.3. Indicó, que la demandante sufrió un accidente de tránsito, razón por la cual, le fueron expedidas sucesivas incapacidades médicas a partir del 02 de enero de 2018 y hasta el 05 de junio de 2018.

1.3.4. Señaló, que la demandante fue trasladada a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, desde el 04 de enero de 2013, donde fungió como Contadora y cuyo desempeño determinó que recibiera múltiples felicitaciones y fuera clasificada en lista tres (03) nivel "bueno" y posteriormente en lista dos (02) nivel "muy bueno" en calidad de jefe de Sección Financiera, calificación que se replicó durante los años 2015 y 2016.

1.3.5. Relató, que el 03 de febrero de 2017, la accionante fue trasladada a la Inspección General de las Fuerzas Militares, como Oficial Inspector, momento para el cual, se encontraba incapacitada.

1.3.6. No obstante, aludió la demanda que a través de Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, se retiró del servicio a la demandante por llamamiento a calificar servicios, al considerar que contaba con más de quince años de servicio, decisión contra la cual no procede recurso.

1.4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

En el libelo genitor fueron señaladas como transgredidas las siguientes:

[3] Ver documento digital 01, pág. 138-142.

Constitucionales:

Artículos 2, 25, 29, 53, 125 y 217.

Legales:

Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley 1437 de 2011.

Artículo 103 del Decreto 1790

Artículos 1,2,3,4,5,35,36,37,38,40,44,49,50,52,53,54,55,56,60 y 75 del Decreto 1799 de 2000.

Refiere además jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

2. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante[4]:

La accionante señala que el acto demandado infringe las normas en que debe fundarse, fue expedido con desviación de poder y falsa motivación.

Como fundamentos de los cargos invocados, señaló que las fuerzas militares pertenecen a un régimen especial de carrera, motivo por el cual, el ascenso, los derechos y obligaciones, promoción, capacitación y retiro del servicio deben ceñirse a las normas legales que se dicten en la materia.

Precisó, que a partir de la sentencia de unificación número 091 de 2016, la Corte Constitucional definió que los actos de retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, no requieren de motivación expresa, ya que se encuentra contenida en la misma ley.

No obstante, la referida corporación en sentencia SU 217/16, enfatizó que ello no impide el control judicial de tales actos, con el fin de evitar que dicha herramienta se constituya en un mecanismo fraudulento de discriminación o abuso de poder, razón por la cual, los jueces no solo deben verificar que el servidor cumpla con el tiempo y recomendación de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para ser acreedor de la asignación de retiro, sino también que el instrumento no sea utilizado con fines discriminatorios o de persecución.

Argumentó, que el artículo 49 del Decreto 1790 de 2000 establece que la continuidad del servicio se establece de acuerdo con las listas de clasificación. Por ende, las decisiones sobre el manejo de personal no son discrecionales, sino que están sometidas a un régimen de prelación establecido en el reglamento de evaluación y clasificación.

Igualmente, manifestó que con la actuación de la administración se desconocieron disposiciones superiores, ya que la demandante estaba en condición de debilidad manifiesta por cuenta de su incapacidad médica al momento del retiro y, por ende, gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Sustentó, que conforme al artículo 53 del Decreto 1799 de 2000, las listas de clasificación se constituyen en el mecanismo fundamental para adoptar las

[4] Ver documento digital 01, pág. 144 al156.

decisiones sobre administración de personal, incluso el retiro del servicio.

En ese orden de ideas, la decisión debe estar precedida de la evaluación de las listas de clasificación de personal, lo cual no fue considerado en el presente caso, sino que el retiro solo se circunscribió al tiempo de servicio cumplido por la actora para acceder a la asignación de retiro, sin verificar su trayectoria.

Sostuvo, que el acto acusado infringió las normas mencionadas, en la medida que la entidad demandada hizo uso falsamente de la facultad de llamar a la accionante a calificar servicios, para retirarla con ocasión a su estado de salud e incapacidad médica, de suerte que la decisión se torna discriminatoria y fraudulenta.

En lo que atañe al cargo de desviación de poder, argumentó que el acto acusado no fue proferido siguiendo el debido proceso, toda vez que en lugar de elaborar una lista de clasificación como dispone la normativa vigente (acción de competencia exclusiva de la junta clasificadora -la cual debe tener en cuenta los documentos de evaluación y las listas de clasificación anual-), la entidad accionada procedió a proponer a la Junta Clasificadora el retiro de la demandante, sin ningún tipo de evaluación sobre su desempeño, así como de su trayectoria; basándose solo en el hecho que tenía el tiempo para acceder a la asignación de retiro.

2.2. Demandado Ejército Nacional[5]:

La entidad demandada presentó contestación de la demanda en tiempo, oponiéndose a las pretensiones, declaraciones y condenas, sustentando sus asertos así:

Precisó que el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, señala las causales de retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. El literal a) numeral 3º, contempla el retiro temporal con base a la reserva por llamamiento a calificar servicios.

De igual manera, el artículo 103 señala que 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.

En consecuencia, a la demandante le aplicaba la mentada norma, pues los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro están contemplados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que no exige requisitos adicionales más que los quince (15) años de servicio, en el caso del llamamiento a calificar servicios, dada su aplicación para oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

En relación con el reconocimiento de ascensos, la parte demandada se opuso a tal pretensión, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, no es procedente acceder al ascenso solicitado por la demandante, como quiera que tal situación supone una serie de presupuestos, que no ostentaba la demandante.

Al respecto refirió que el Consejo de Estado han enfatizado en que no le es dado

[5] Ver documento digital 02 pág. 20 al 40.

a la jurisdicción ordenar el ascenso de oficiales de la fuerza pública a grados superiores, en relación con el que ostenten, por cuanto dicha competencia está radicada Constitucional y legalmente en el Gobierno Nacional, en atención a las necesidades del servicio y los perfiles de los miembros de la fuerza pública, previo cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000.

En ese orden, argumentó que el retiro por llamamiento a calificar servicios, es una decisión que si bien conduce al cese de las funciones del oficial y suboficial en servicio activo que es llamado a terminar sus actividades; tal hecho no constituye una sanción, castigo, despido ni exclusión difamante o deshonrosa, sino que es una figura que se convierte en un valioso instrumentos de la administración para relevar jerárquicamente a sus miembros en caso de requerirse.

Así las cosas, la entidad demandada empleó la facultad que le dio el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, respetando el espíritu de la norma y por ende, decidió retirar del servicio activo a la oficial, situación que día a día se vive en una institución de índole jerárquica y piramidal como los son las fuerzas militares.

Como excepción propuso la denominada "legalidad del acto definitivo demandado", al considerar básicamente que el acto demandado no está incurso en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

3. TRAMITE PROCESAL

3.1. Actuaciones:

La demanda fue presentada el 02 de octubre de 2018[6], siendo repartida a este Juzgado y admitida mediante auto calendado el 26 de febrero de 2019[7]:, providencia que se notificó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y demás sujetos procesales especiales o intervinientes por mandato legal, a través de los correos electrónicos destinados para tal efecto[8].

Dentro del término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda[9] y mediante auto fechado 23 de julio de 2019[10], se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, la cual se realizó el día 20 de septiembre de 2019, al interior de la cual se fijó el litigio y se resolvió sobre las pruebas solicitadas, negando el decreto de las peticionadas por la parte demandante, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.[11]

La decisión recurrida fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de proveído de fecha 26 de febrero de 2020[12]. En consecuencia, con auto calendado 26 de julio de 2021, se dispuso obedecer y

[6] Ver archivo documento digital 01, página 160.
[7] Ver archivo documento digital 02, página 02 – 03.
[8] Ver archivo documento digital 02, página 04 – 12.
[9] Ver archivo documento digital 02, página 20- 40.
[10] Ver archivo documento digital 02, página 60-61.
[11] Ver archivo documento digital 04.
[12] Ver archivo documento digital 04, página 8-19.

cumplir lo resuelto por el superior y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión[13].

De la oportunidad procesal referida anteriormente, solo hizo uso la parte demandante, en los siguientes términos:

3.2. Alegatos de Conclusión Demandante[14]:

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en término, así:

Sustentó que dentro del presente caso se allegaron pruebas al Despacho que demuestran que el uso anormal de la facultad de llamamiento a calificar servicios, respecto de la señora coronel Marisol Daza Garzón, tiene su origen, única y exclusivamente en su situación de salud.

Reiteró, que con la expedición del acto administrativo enjuiciado se atentó contra la estabilidad laboral reforzada de la cual gozaba el actor al momento de su retiro.

Indicó que, con las pruebas arrimadas al plenario se encuentran plenamente demostrados los vicios de nulidad alegados en la demanda, las cuales no fueron desvirtuadas por la entidad demandada:

Se demostró que la decisión de retirar a la Señora Coronel Marisol Daza Garzón, tuvo como único antecedente, la situación de salud de la oficial, con ocasión del accidente de tránsito que sufrió el 02 de enero de 2018 y que le ocasionó incapacidad médica de forma sucesiva, desde el mismo momento del accidente, hasta después del retiro del servicio, inclusive.

Con las documentales allegadas al plenario, precisa el escrito, se probó que para la fecha de expedición del acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Defensa decide retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios a la señora Coronel Marisol Daza Garzón, esta se encontraba incapacitada y que su incapacidad médica se extendió meses después de la expedición de la misma decisión de retiro.

Se probó que la entidad demandada desconoció el precedente judicial, respecto de la estabilidad laboral reforzada.

La S1eñora Coronel Marisol Daza Garzón gozaba de estabilidad laboral reforzada en razón a su situación de salud, circunstancia que se probó dentro del expediente con los certificados de incapacidades médicas que se allegaron al plenario, las cuales no fueron controvertidos y mucho menos desvirtuadas por la demandada.

Afirmó, que existe conexidad temporal entre las fechas de las incapacidades médicas expedidas a la demandante, debido a su situación de salud y la decisión de Retiro que se realiza, haciendo uso irregular de la facultad de llamamiento a calificar servicios.

Adicionalmente señaló, que se desconoció que los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen de carrera administrativa que les es propio. No

[13] Ver archivo documento digital 05.
[14] Ver archivo documento digital 07.

son funcionarios de libre nombramiento y remoción. Por tanto, las decisiones de permanencia y retiro deben estar ceñidas a la normatividad legal que las rige.

Se probó que en el presente caso la Junta de Clasificación del Ejército Nacional no elaboró lista de clasificación para efectos de verificar las condiciones de la oficial que fue postulada para ser retirada. La entidad demandada no allegó ninguna prueba y/o antecedente administrativo que demuestre que se cumplió con este deber, tal como lo establece el Decreto 1799 de 2000 artículo 51 y 53 literal d.

3.4. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes.

4. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico y propondrá su tesis; posteriormente establecerá la normatividad aplicable al caso, para finalmente resolver el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas al plenario.

4.1. Competencia:

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

4.2. Problema jurídico:

El Problema Jurídico, tal como quedó fijado al interior de la audiencia inicial celebrada el 20 de septiembre de 2019, es el siguiente:

(…) Consiste en establecer si la Coronel del Ejército Nacional Marisol Daza Garzón, tiene derecho a ser reintegrada a la institución sin solución de continuidad disponiendo su ascenso al grado que corresponda, con el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando sea reintegrada. Lo anterior si se desvirtúa la legalidad del acto administrativo atacado por esta viciado de nulidad por los cargos de (i) infracción de las normas en que debía fundarse, ii) expedición irregular, iii) falsa motivación y iv) desviación de poder; o sí por el contrario, el Decreto 675 del 18 de abril de 2018, se expidió en debida forma.[15] (…)

4.3. Tesis del Despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda, por tres razones principales y sin perjuicio de los demás argumentos expuestos a lo largo de esta sentencia:

El llamamiento a calificar servicios como causal de retiro, aunque el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000 dispone que las listas de clasificación son el insumo para que los comandantes de fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa

[15] Ver documento digital 4, Pagina 2.

decidan sobre los retiros del servicios, no debe perderse de vista, que la causal de retiro es apenas una de las múltiples previstas en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000.

Dicha causal es autónoma, en tanto su procedencia descansa sobre los presupuestos normativamente exigidos:

i) Que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y

ii) Que el oficial y suboficial haya cumplido con los requisitos legales para ser beneficiario de la asignación de retiro, es decir, la facultad anotada no se somete a las listas de clasificación.

Se aclara que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular, prerrogativa de permanencia en el mismo.

Tales condiciones del buen desempeño, constituyen la manifestación del deber de todo servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente[16], luego no puede pretender la parte actora que al tener buenas calificaciones en el cargo de Coronel, ello le otorgue por sí solo, un ascenso en la carrera militar, o por el contrario, inhabilite per se a la administración de ejercer sus potestades discrecionales.

De otra parte, si bien se soporta documentalmente que para el 18 de abril de 2018, día en el que se expidió el Decreto 675, por medio del cual se retiró del servicio activo a la demandante, la misma registraba una incapacidad medica[17] derivada de un diagnóstico de fractura en la falange distal[18] del tercer dedo de su mano izquierda, no menos cierto es, que de tal condición pueda aludirse tajantemente que tal circunstancia sea el motivo que orientó la decisión.

Tampoco se evidencia la existencia de una discapacidad parcial o permanente propiamente dicha, dado que no obra prueba conducente en el expediente que así lo soporte o acredite.

Ahora bien, bajo lectura de derechos, toda merma física o funcional del trabajador implica desde luego una disminución de su fuerza laboral y por ende, por dicha causa no puede quedar en estado de desprotección por parte del empleador.

Este fallador no aprecia probadas en el caso particular, las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta alegadas por la parte demandante, en primer lugar, porque el retiro ordenado no fue de facto. Por el contrario, se garantizó, como debe ser, el lapso de tres meses alta, los cuales se entienden y computan como servicio activo para efectos prestacionales[19].

En segundo lugar, si bien la actora fue llamada a calificar servicios y por ende, se

[16] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14)
[17] Ver Anexo No. 1 del expediente digital, pagina 10.
[18] Son los huesos localizados en los extremos de los dedos de las manos y de los pies.
[19] Ver anexo 01 expediente digital, pagina 4.

determinó su retiro del servicio, surge precisamente porque existe a su favor, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que pueda satisfacer sus necesidades familiares y personales, y a partir de ello, no puede predicarse desprotección laboral.

4.4. Desarrollo de la tesis del despacho

En este acápite, el Despacho determinará tanto las premisas fácticas, hechos debidamente probados y que resultan relevantes para la decisión final, como las premisas jurídicas - normativas y jurisprudenciales -que sirven de sustento a la decisión.

Premisas Fácticas

4.4.1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Previamente se ha de señalar que, se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, lo que le permite a este operador judicial tener por acreditados los siguientes supuestos fácticos:

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1-. Que la señora MARISOL DAZA GARZÓN, se incorporó al servicio del EJERCITO NACIONAL, el día 20 de junio de 1996 como alumna, posteriormente se desempeñó como oficial desde el 05 de diciembre de 1996 hasta el 18 de abril de 2018, siendo la última unidad donde laboró la Inspección General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Bogotá)	**Documental:** Formato hoja de vida – Constancia laboral. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folio 13 y 130).
2-. Se determina claramente que la demandante laboró al servicio del EJERCITO NACIONAL**,** por 22 años y 27 días.	**Documental:** Formato hoja de vida. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folio 13).
3-. Que durante el tiempo que la accionante prestó sus servicios al EJERCITO NACIONAL, se desempeñó como alumna oficial, teniente, capitán, mayor, teniente coronel y coronel.	**Documental:** Formato hoja de vida. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folio 14).
4. A través de Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018, se retiró del servicio activo a la demandante.	**Documental:** Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 1 al 4).

5. Según certificado de incapacidad No. 132193 del 17 de abril de 2018, la demandante registraba incapacidad médica desde el 16 de abril hasta el 17 de mayo de 2018.	Documental: Certificado de incapacidad No. 132193 del 17 de abril de 2018. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 10).
6. Según certificado de incapacidad No. 120930 del 23 de mayo de 2018, la demandante registraba incapacidad médica desde el 23 de mayo hasta el 11 de junio de 2018**.**	Documental: Certificado de incapacidad No. 120930 del 23 de mayo de 2018. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 160).
7. Según Folio de vida de la demandante, para el periodo evaluable 2013-2014, registró en lista de clasificación número dos (02).	Documental: Folio de vida. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 48-55).

Premisas jurídicas

4.4.2. Llamamiento a calificar servicios – Causal de retiro del servicio activo en las fuerzas militares.

En lo que atañe al retiro del servicio de las Fuerzas Militares, el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, lo definió como aquella 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, así:

(…) 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." **(…)**

Para el retiro de los miembros de la institución en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se requiere decreto del Gobierno Nacional; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial.

Tal facultad, podrá delegarse en el comandante General o comandantes de Fuerza.

Para el caso de retiros de los oficiales dispuso que los mismos deberían someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se tratara 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.

De esta manera el retiro se produciría sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, por llamamiento especial al servicio o movilización.

En lo referente a las causales de retiro, el artículo 100 ibídem, modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016, señaló las siguientes:

(…) "**ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.
3. **Por llamamiento a calificar servicios.**
4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.
9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
   Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda." (Negrita del Despacho)
   (…)

En ese orden, el servicio en las Fuerzas Militares tiene una naturaleza diferente a la de cualquier otro cargo público, y en especial, la estructura jerárquica y piramidal, hace que tenga unas condiciones diferentes de permanencia en el cargo.

En efecto, mientras en los cargos de carrera se busca garantizar la estabilidad laboral de los empleados, en la carrera militar una causal de retiro temporal, es el llamamiento a calificar servicios que constituye una de las formas normales de terminación de la carrera activa.

Pero esto no se puede considerar como violatorio del derecho a la igualdad, más bien es una herramienta que permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales, que la institución disponga de un instrumento que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que

buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda[20].

Sobre el retiro temporal con pase a la reserva, por el llamamiento a calificar servicios, el artículo 103 del citado decreto, indicó:

(…) **ARTÍCULO 103. RETIRO POR 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." (…)

Conforme lo anterior, se puede concluir que, para efectuar el retiro del personal de los miembros de las Fuerzas Militares, por la causal de llamamiento a calificar servicios, es necesario lo siguiente:

i) Que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y

ii) Que el oficial y suboficial haya cumplido con los requisitos legales para ser beneficiario de la asignación de retiro.

Este último requisito está dispuesto en el Decreto 0991 de 2015[21], que en su artículo 1° señala que será de quince (15) años de servicio activo, para aquellos escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004; y, a los demás, en el Decreto 4433 de 2004[22], específicamente el artículo 14, estipula que el tiempo para obtener la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, por llamamiento a calificar servicios, es dieciocho (18) o más años de servicio. Según el caso.

Ahora bien, el llamamiento a calificar servicios es una facultad con la que cuenta la autoridad para adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, y por sí sola no constituye una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales.

No obstante, debe atender a los presupuestos del debido proceso, proporcionalidad y razonabilidad. En este sentido el Consejo de Estado ha dicho:

(…) El llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación 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, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras

[20] Corte Constitucional. Sentencia SU- 091 de 2016. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392

[21] "Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares",

[22] "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"

medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales."[23] (…)

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-72 de 1996, respecto a la referida causal de retiro del servicio, indicó:

"(…) '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 (...)"

Siendo entonces claro que es una figura jurídica que le permite al Estado, de manera discrecional, retirar a los miembros de la Fuerza Pública del servicio activo por motivos del servicio.

En lo referente a la motivación del acto administrativo que ordena el retiro del servicio por el llamamiento a calificar servicios, se ha dicho que ésta deviene del mandato legal y que por tanto no es necesario que en el acto se expresen motivos adicionales. En este sentido, el Consejo de Estado estableció que dicha facultad se debe ejercer dentro de unos límites justos y ponderados, de la siguiente forma:

(…) "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, 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."[24] (…)

Como se mencionó en líneas anteriores, no es necesario que el acto administrativo que ordena el retiro temporal por llamamiento a calificar servicios exprese motivos adicionales. Así lo sostuvo el Consejo de Estado:

"(…) 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

[23] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 17 de septiembre de 2011, MP. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 0779-11.

[24] Consejo de Estado. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve (expediente número 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11))

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. (…)"[25]

Conforme a lo anteriormente expuesto, el acto administrativo que dispone el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales no debe motivarse, por cuanto es expedido con fundamento en facultad legal consustente en el buen servicio.

En este mismo sentido, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo[26], ha concluido que,

i) El llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional que permite el relevo en la línea jerárquica de los cuerpos armados;

ii) El ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la entidad castrense, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad;

iii) El retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro;

iv) El ejercicio de esa potestad discrecional no precisa de motivación, esto es, no es necesario que la autoridad nominadora manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio.

Por lo tanto, le corresponde al interesado desvirtuar la legalidad del acto de retiro.

Además, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 091 de 2016, estableció los requisitos para el retiro por llamamiento a calificar servicios, y en relación con la motivación del acto de retiro precisó:

(...) "3.10.4. Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolla frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro 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" (...)".

---

[25] Consejo de Estado: Sentencia de 30 de octubre de 2014. Magistrado Ponente Doctor Alfonso Vargas Rincón (expediente No. 11001-03-15-000-2013-01936-01)
[26] Consejo de Estado Sección Cuarta. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez (Expediente número: 11001-03- 15-000-2017-02334-00(AC).

Ahora bien, cuando se demande el acto administrativo, en la misma sentencia SU 091 de 2016, se establece que le corresponderá al demandante probar que el acto de retiro se expidió sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que, a pesar de cumplir con dichos requisitos, el acto se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos:

(…) 3.10.2. De manera 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. (Destaca el Despacho)

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." (…)

De la normatividad antes descrita y la jurisprudencia señalada, en especial, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se recoge claramente que el retiro por llamamiento a calificar servicios procede en tanto se cumpla con los requisitos previstos en las normas antes vistas, esto es,

i) El tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro,

ii) El concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para nuestro caso de las Fuerzas Militares, y

iii) Si bien dicho acto administrativo no requiere de una motivación adicional, en tanto se entiende que está dada por la ley, si queda sujeto al eventual control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Considerando los parámetros señalados anteriormente, se desciende al caso concreto en los siguientes términos:

5. CASO CONCRETO

5.1. Análisis de los cargos de nulidad invocados por la parte actora.

Tal como se indicó al inicio de la presente providencia, la accionante señaló que el Decreto No. 675 del 18 de abril de 2018, emitido por MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por medio del cual se retiró del servicio activo a la señora MARISOL DAZA GARZÓN:

i) infringió las normas en que debía fundarse por no realizar clasificación previa;

ii) Adolece de falsa motivación y desviación de poder, por desconocer estabilidad laboral reforzada y producirse el retiro con ocasión del estado de salud de la demandante.

Revisado en su integridad el concepto de violación y los cargos de nulidad allí contenidos, se aprecia que aunque al final de la demanda por la parte actora se refiere periféricamente que el acto acusado incurrió en falsa motivación, dicho enunciado no contiene argumento que lo desarrolle o fundamente, incluso a lo largo del concepto referido.

Observa esta Instancia que tanto el cargo genérico como el de desviación de poder, es abordado por el demandante de manera conjunta, lo cual obliga, en punto de "iura novit curia", identificar cuales argumentos corresponden al cargo de infracción a normas en que debe fundarse el acto demandado (genérico) y cuales al de desviación de poder, veamos:

Sobre el cargo de infracción a las normas en que debía fundarse el acto acusado.

Según la parte actora, el acto demandado desconoció o quebrantó el artículo 49 del Decreto 1790 de 2000, por cuanto al margen de la discrecionalidad que caracteriza la decisión de llamar a la demandante a calificar servicios, el retiro del servicio debe ir precedida de la evaluación de las listas de clasificación de personal, la cual no fue tenida en cuenta para la desvinculación de la accionante.

De cara al anterior planteamiento, es menester señalar que el artículo 49 ejusdem, establece que "*Las listas de clasificación de que trata el Reglamento de Evaluación y Clasificación del personal de las Fuerzas Militares determinan el orden de prelación en los ascensos, el cual será objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional*", situación ratificada por el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000, el cual establece que:

(…) Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan **los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa** para decidir sobre:

a. Ascensos de personal.
b. Asignación de premios, distinciones o estímulos.
c. Mejor utilización del talento humano y capacitación.
d. Retiros del servicio activo."
(…)

Ahora, la clasificación es llevada a cabo por la Junta clasificadora de cada fuerza (artículo 51) y hacer parte del proceso que permite agrupar en listas a los oficiales y suboficiales[27], para que, según la evaluación obtenida, se constituya en el instrumento que mida el desempeño profesional anual en el grado desempeñado con miras a la clasificación para ascenso, para lo cual, naturalmente se considera la prelación, por ejemplo, de los clasificados en la lista uno frente a los integrantes de la lista dos y así sucesivamente.

Pues bien, se aprecia que el cargo invocado por la parte demandante, confronta dos situaciones a saber, el orden de prelación que las listas de clasificación

[27] El Decreto 1799 de 2000, en su artículo 52, estableció cinco listas así: Lista número UNO indica nivel EXCELENTE; Lista número DOS indica nivel MUY BUENO; Lista número TRES indica nivel BUENO; Lista número CUATRO indica nivel REGULAR; y Lista número CINCO indica nivel DEFICIENTE.

imponen en materia de ascenso y si tal dinámica opera de la misma manera para disponer sobre el retiro del servicio activo, específicamente, bajo la causal de llamamiento a calificar servicios.

Frente a ello, el cargo deviene en impróspero porque el llamamiento a calificar servicios es causal de retiro autonoma, que se sirve de requisitos especiales para asumir la decisión, para cuyos efectos es suficiente el concepto de la Junta Asesora y el periodo de tiempo de servicios.

Aunque el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000 dispone que las listas en comento son el insumo para que los comandantes de fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa decidan sobre los retiros del servicios, no debe perderse de vista, que el llamamiento a calificar servicios es una de las causales de retiro o desvinculación previstas en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, que se rige por parámetros especialmente determinados y a los cuales se hizo alusion, que ahora se reiteran:

i) Que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y

ii) Que el oficial y suboficial haya cumplido con los requisitos legales para ser beneficiario de la asignación de retiro, nótese que la facultad anotada no se somete a las listas de clasificación.

En ese orden, el argumento de la parte actora resulta incluso incoherente, pues postula la exigencia relativa a la elaboración de listas de clasificación para que proceda el llamamiento a calificar servicios, como si el nivel "bueno" y "muy bueno" en que fue calificada la demandante enervara la facultad discrecional anotado.

Tal argumento se eleva sobre la base de la prelación aplicable en materia de ascenso, entonces, a juicio del Despacho, no puede exigirse preferencia para ascender por lista de clasificación y a partir del mismo supuesto factico y jurídico pedir a la par que la demandante sea relevada de ser llamada a calificar servicios por tal causa.

Prosiguiendo, tenemos que en el plenario obran sendos formularios que contienen la información de la demandante de cara al programa personal de desempeño en el cargo y su evaluación para los periodo 2012-2013-2014[28], básicamente se trata de los resultados de la evaluación por competencias, no obstante, los mismos no se equiparan a la valoración que hace la Junta Clasificadora anual para ascenso, a que hace referencia el artículo 49 del Decreto 1790 de 2000 y los artículos 48 y siguientes del Decreto 1799 de 2000.

Lo anterior, por cuanto las pruebas por competencias, si bien hacen parte del proceso de ascenso, no definen, modifican o se equiparan a la lista en la que son clasificados por la Junta Clasificadora y, por lo tanto, no tienen la entidad o envergadura de otorgar ascensos de manera automática, sino que sirven de referente para la decisión que debe adoptar el comandante de la Fuerza respectivo.

[28] Expediente Digital – Anexo No. 1, paginas 46 al 129

Igualmente, los resultados de las pruebas por competencias sirven para acreditar aptitud sicofísica, requisito dispuesto en el literal d. del Artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, pero no el dispuesto en el literal c. del mismo artículo. Además, tendría que haberse evaluado todos los demás requisitos que acreditaron para ser llamados a curso, por ejemplo, la antigüedad.

Respecto de la posible sustitución de funciones del Comité de Evaluador a las realizadas por la Junta Clasificadora, según el alegato de la parte actora, argumento que más se identifica con un cargo de falta de competencia, el cual vale la pena referir, no fue enunciado ni desarrollado en la demanda, debe referirse que NO es de recibo tal afirmación, porque las decisiones del Comité son simples recomendaciones y actos preparatorios para la adopción de la decisión del Comandante del Ejército Nacional.

De conformidad con lo anterior, no se encuentra probada la causal de nulidad por violación a normas en que debía fundarse, invocada por el extremo activo de la litis.

Sobre el cargo de desviación de poder

Respecto al cargo enunciado, la parte demandante señaló básicamente dos situaciones, la primera, referida a que la decisión de retiro del servicio asumida por la entidad demandada que se adoptó sin considerar el desempeño y trayectoria de la demandante en la Institución, y la segunda, consistente en que la demandante fue desvinculada en periodo de incapacidad médica, por ende, alega desconocimiento a su estabilidad laboral reforzada.

En efecto, sobre el primer argumento referido, debe indicarse que dichos argumentos han sido objeto de estudio por parte de nuestro órgano de cierre en múltiples providencias, sosteniendo de manera clara, continúa y uniforme que, la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esas condiciones del buen desempeño constituyen la manifestación del compromiso de todo servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente[29], luego no puede pretender la parte actora que al tener buenas calificaciones en el cargo de Coronel, ello le otorgue por sí solo un ascenso en la carrera militar, o por el contrario, inhabilite per se a la administración de ejercer sus potestades discrecionales.

De hecho, el Consejo de Estado ha sido reiterado: "…*que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles."*[30]

Respecto al segundo argumento en el marco del estudio del cargo de desviación de poder y aunque se deja la salvedad que lo sustentado por la parte actora no se identifica a plenitud con el cargo invocado, corresponde a esta Instancia pronunciarse en los siguientes términos:

[29] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14
[30] Ibídem.

Si bien se soporta documentalmente que, para el 18 de abril de 2018, día en el que se expidió el decreto 675, por medio del cual se retiró del servicio activo a la demandante, la misma registraba una incapacidad medica[31] derivada de un diagnóstico de fractura en la falange distal[32] del tercer dedo de su mano izquierda, no menos cierto es, que de tal condición no puede aludirse tajantemente la existencia de una discapacidad parcial o permanente propiamente dicha, dado que no obra prueba conducente en el expediente que así lo soporte o acredite.

Ahora bien, bajo lectura de derechos, toda merma física o funcional del trabajador implica desde luego una disminución de su fuerza laboral y por ende, por dicha causa no puede quedar en estado de desprotección por parte del empleador.

No obstante, este fallador no aprecia probadas en el caso particular las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta alegadas por la parte demandante, en primer lugar, porque el retiro ordenado no fue de facto, se garantizó, como debe ser, el lapso de tres meses de alta, los cuales se entienden y computan como servicio activo para efectos prestacionales[33].

Ena segundo lugar, si bien la actora fue llamada a calificar servicios y por ende, se determinó su retiro del servicio, surge precisamente porque existe a su favor, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que pueda satisfacer sus necesidades familiares y personales, a partir de ello, no puede predicarse desprotección laboral.

En efecto, examinadas las documentales obrantes en la actuación, se evidencia que la demandante para el año 2018 tenía más de 15 años de servicio, exactamente contaba con 22 años[34], contaba con la recomendación de fecha 23 de febrero de 2018 proveniente de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para ser acreedora de la asignación de retiro, recomendación que fue expresa en el acto demandado.

Por ende, se concluye, que concurrían los presupuestos necesarios para el llamamiento a calificar servicios, actuación con la cual no se aprecia desconocimiento a estabilidad laboral reforzada alguna, pues la demandante no acredito que ostentaba condición especial que pudiera ser alegada, tampoco se aprecia que su situación de salud habilite evaluación de capacidad residual alguna, en tanto si bien registraba una incapacidad medica por el diagnostico ya anotado, el mismo no registra las pruebas necesarias que permitan afirmar envergadura o entidad tal que conlleven a definir el retiro de la accionante.

Tampoco puede apreciar la existencia de un grado de discapacidad funcional en estricto sentido, además se destaca que si bien la determinación se tomó en una fecha en la que podría estar cobijada con incapacidad, la misma se hizo efectiva posteriormente, en un momento en que al parecer ya no tenía problema de salud alguno – o por lo menos no hay prueba que así lo demuestre.

---

[31] Ver Anexo No. 1 del expediente digital, pagina 10.
[32] Son los huesos localizados en los extremos de los dedos de las manos y de los pies.
[33] Ver anexo 01 expediente digital, pagina 4.
[34] Ver anexo No. 01 expediente digital, páginas 13 y 130.

Finalmente, es importante resaltar que, para atacar la legalidad del acto demandado, en tanto es resultado del ejercicio de una facultad "…*quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba*"[35], cuestión que no se dio en este asunto.

Dado el análisis que antecede y la no prosperidad de los cargos elevados, habrán de negarse las pretensiones de la demanda, ya que no se logró romper la presunción de legalidad que cobija el acto cuya nulidad se pretendía.

5.2. <u>Condena en Costas</u>

Esta instancia no condenará en costas, atendiendo a que el artículo 188 del C.P.A.C.A., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada "legalidad del acto definitivo demandado", propuesta por la entidad demandada, de conformidad con las razones y argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuestas por la señora MARISOL DAZA GARZÓN en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en la instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

C.P.N.C.

[35] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 11 de noviembre de 2010, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. 0481-10.

Firmado Por:

Carlos Enrique Palacios Alvarez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

047

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **24fafc35e1eaa5fa8ed6a8fcab60334e21e21812fd963b5e1a61b61132e9213c**

Documento generado en 10/04/2023 04:04:48 PM

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