

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : MANUEL ALEXANDER SANTAMARÍA ÁLVAREZ
NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- FUERZA
Demandado : AÉREA COLOMBIANA
Radicado : 1100133420472019-0054000
Retiro del servicio por llamamiento a calificar
Asunto : 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

DEMANDA:

Asunto a Decidir y Competencia

Vencido el término establecido en providencia del 18 de julio de 2022¹ 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 ibidem, promovido por MANUEL ALEXANDER SANTAMARÍA ÁLVAREZ, actuando a través de apoderado especial, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA.

¹ Ver documento digital 05

La parte solicita las siguientes:

PRETENSIONES²

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019, expedido por la entidad demandada, por medio del cual se retiró del servicio activo del ejército nacional al demandante, por llamamiento a calificar servicios.
- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada, reintegrar al demandante sin solución de continuidad, al grado que le correspondería ostentar al momento del reintegro.
- Ordenar a la entidad demandada, reparar el daño moral y perjuicio material causado al demandante, con la expedición y ejecución del acto demandado, así como el lucro cesante y el daño emergente causado.

HECHOS RELEVANTES³

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

- 1-**. Refirió, que el demandante es Oficial Superior de la Fuerza Aérea Colombiana, pertenece al cuerpo de vuelo y suma más de 2.500 horas de vuelo.
- 2-**. Señaló que, a través de un correo interno, el Brigadier General Iván Hidalgo, informó al señor comandante de la Fuerza Aérea una serie de circunstancias subjetivas al margen de la evaluación y clasificación que trata el Decreto 1791 de 2000, para no considerar el ascenso del demandante.
- 3-**. Indicó, que el actor ocupaba los primeros puestos dentro del escalafón de oficiales de la fuerza aérea colombiana para ser convocado y adelantar el curso de Estado Mayor en la escuela de guerra como requisito para ascender al grado de teniente coronel.
- 4-**. Precisó, que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las fuerzas militares, en sesión de fecha 11 de marzo de 2019, recomendó por unanimidad el retiro del servicio del demandante.
- 5-**. Mediante Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019 se retiró del servicio al actor, obviando su hoja de vida y méritos como mayor de la fuerza aérea colombiana.
- 6-**. Reprochó que, en el acto de notificación personal de la decisión referida, no se señaló al demandante los recursos que procedían y ante que autoridad debían

² Ver documento digital 01, pág. 3.

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

interponerse, adicionalmente, la entidad demandada ejecutó la decisión sin encontrarse en firme la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

En el libelo genitor fueron señaladas como transgredidas las siguientes:

Constitucionales:

Artículos 1, 2, 25, 29, 53, 125 y 217 de la Constitución Política de Colombia.

Legales:

Arts. 43, 67, 74 y 75 de la Ley 1437 de 2011.

2. POSICIÓN DE LAS PARTES

Demandante⁴:

El accionante señala que el acto demandado infringió las normas en que debe fundarse, transgredió el debido proceso y no se encuentra en firme.

En primer lugar, argumentó que la entidad demandada no informó al actor sobre la procedencia del recurso de reposición al momento que le notificó la decisión de retiro, con lo cual se vulneró el derecho al debido proceso y petición en conexidad con la dignidad humana.

En consecuencia, señaló que la notificación realizada al demandante es inválida a la luz del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 29 Superior, con todo, refirió que en este caso no opera notificación por conducta concluyente, por cuanto la norma referida es de carácter especial y la misma refiere que el incumplimiento del requisito referido invalida el acto de notificación.

En segundo lugar, indicó que en este caso no se aplicaron las normas del Decreto 1799 de 2000 sobre evaluación y clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, ya que el demandante al ocupar los primeros lugares en el escalafón de mayores para ascender, no era procedente su retiro del servicio.

Precisó, que el sistema de evaluación y clasificación para oficiales y suboficiales consiste en un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal con base en las informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores

⁴ Ver documento digital 01, pág. 9 a 33.

establecidos en los formatos de evaluación.

Sin embargo, la entidad demandada no utilizó la información del actor y solo con la recomendación de la junta del Ministerio de Defensa, lo desvinculó sin considerar su proyección, lo cual compromete la motivación del acto acusado.

En tercer lugar, aludió que la decisión atacada transgredió derechos fundamentales como el debido proceso, al no fundarse en una razón objetiva, ni con base en el proceso de evaluación y clasificación reglado en el Decreto 1799 de 2000, lo cual deviene en un abuso de autoridad.

En cuarto lugar, argumentó que el acto acusado gozaría de firmeza una vez hubieran procedido los recursos legalmente previstos y los mismos hubiesen sido resueltos, no obstante, a pesar de ser notificada la decisión de retiro, con ello no se predica firmeza pues contra la decisión referida procedía, por regla general, el recurso de reposición, el cual no era soslayable so pretexto de tratarse de un acto definitivo.

Por lo anterior, la parte demandante sostiene que al no estar en firme el acto acusado, el actor está activo como oficial superior hasta tanto la entidad demandada no se pronuncie sobre el recurso de reposición.

Demandado – Fuerza Aérea Colombiana⁵:

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

Precisó, que según lo establecido por la Corte Constitucional el retiro por llamamiento a calificar servicio no requiere motivación, teniendo en cuenta que, basta con el cumplimiento de los requisitos contenidos en el Decreto 1790 de 2000; tales como la competencia contenida en el artículo 99 de esta norma, el interés general, la razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones.

Señaló, que en el mismo sentido la Corte Constitucional mediante sentencia T-107 del 02 de marzo de 2016, indicó, además, que cuando el retiro se presenta por la causal señalada, dicho acto administrativo no requiere de motivación expresa, pues la misma es extra textual y está contenida en la misma Ley y sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en ella, aunado a ello, mencionó: "**1.** La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que esté pierda el grado. Esto no significa sanción despido ni exclusión deshonrosa de la institución. **2.** Es una facultad del gobierno nacional (...) una vez se ha cumplido el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la junta de Evaluación (sic) respectiva. **3.** Los uniformados retirados por esta causal entran

⁵ Ver documento digital 09 pág. 15 al 20.

a disfrutar de una asignación de retiro (requisito sine quanón), “Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993” (sic). **4.** Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución, es decir, existe la posibilidad de retomar nuevamente a la institución por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial de servicio, atendiendo a las necesidades institucionales. **5.** Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros. **6.** Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura jerarquía (sic). **7.** No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destinación o el retiro por voluntad del gobierno. **8.** Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.

De manera que, aludió que quienes cumplan con los requisitos de idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, igualmente podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, si no de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público.

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

Enfatizó que, 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 a la Institución, que difiere en cada uno de las categorías del personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

Concluyó, 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 régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, es 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.

Aunado a lo anterior y como mecanismo de defensa, presentó la excepción de mérito denominado Régimen Especial de las Fuerzas Militares.

3. TRAMITE PROCESAL

Actuaciones:

La demanda fue presentada el 11 de diciembre de 2019⁶, siendo repartida a este Juzgado e inadmitida con providencia del 9 de julio de 2020, y al haber sido subsanada en debida forma y oportunidad, fue admitida mediante auto calendarado 02 de octubre de 2020⁷, providencia que se notificó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AEREA COLOMBIANA y demás sujetos procesales especiales o intervinientes por mandato legal, a través de los correos electrónicos destinados para tal efecto⁸.

Dentro del término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda⁹ y mediante auto fechado 24 de mayo de 2021¹⁰, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, la cual se desarrolló el día 29 de julio de 2021, 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 fue interpuesto recurso de reposición, el que fuera despachado desfavorablemente en la misma diligencia, así mismo se prescindió de la audiencia de pruebas.

Con auto del 18 de octubre de 2022 se incorporaron las documentales arrimadas al trámite y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión¹¹.

De la oportunidad procesal referida anteriormente, hicieron uso las partes procesales, en los siguientes términos:

Alegatos de Conclusión Demandante¹²:

Controvirtió, que la entidad demandada reseñó que la Resolución acusada es un acto de ejecución, pues si así fuere, se hubiera rechazado el medio de control como consecuencia de haberse empleado una excepción previa; postura que no se asumió por el operador judicial y por ende, en la audiencia inicial se reconoció la competencia del Juez para conocer el caso, por lo que, la Resolución N°2467 de 2019 NO DEBE SER ENTENDIDA COMO UN ACTO DE EJECUCIÓN.

⁶ Ver archivo documento digital 02.

⁷ Ver archivo documento digital 06.

⁸ Ver archivo documento digital 08.

⁹ Ver archivo documento digital 09.

¹⁰ Ver archivo documento digital 14.

¹¹ Ver archivo documento digital 30.

¹² Ver archivo documento digital 07.

Reiteró, que el hecho de negar el recurso de reposición al señor Mayor SANTAMARIA vulneró el DEBIDO PROCESO y PETICIÓN en clara conexidad con el de DIGNIDAD HUMANA; Sin embargo, teniendo clara la ilegalidad de la postura de la entidad demanda y la indebida "comunicación", se radicó Recurso de reposición contra la Resolución MDN N°2467 del 22 de abril de 2019 y a la fecha el Ministerio de Defensa Nacional no ha dado respuesta.

Indicó, que el Ministerio de Defensa Nacional no notificó correctamente el acto señalado y negó la posibilidad de recurrirlo; por lo que, debe ser declarada su nulidad y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho del demandante.

Argumentó, que según el escalafón en el año 2017 de Oficiales de grado Mayor de la Fuerza Aérea Colombiana, el Mayor SANTAMARIA ocupaba el puesto 23 dentro de su curso para ascender, ahora, conforme al Decreto 2175 de 2018, por medio del cual se asciende a los compañeros del Mayor SANTAMARIA al grado de TENIENTE CORONEL y en la que sigue, está a la mira el escalafón de oficiales FAC 2018, donde a partir del número 208 están los oficiales que eran menos antiguos que mi poderdante, es decir con menor derecho para ascender; sin embargo, los ascendieron por encima del Mayor SANTAMARIA.

Igualmente reseñó, que para el escalafón del año 2018 para Oficiales de grado Mayor de la Fuerza Aérea Colombiana, el Mayor SANTAMARIA, -por haberse ascendido a la mayoría de sus compañeros-, ahora ocupaba el primer (1) puesto dentro de su curso para ascender, no obstante, se le retiró de la FAC, omitiendo las clasificaciones tomadas del extracto de su hoja de vida.

Alegatos de conclusión parte demandada¹³

Inicialmente, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, posteriormente añadió que los procedimientos establecidos para las Fuerzas Militares, en particular para la Fuerza Aérea son garantías para los aspirantes a ascenso el debido proceso y el cumplimiento de requisitos objetivos para su selección en el ascenso de escalafón.

No obstante, señaló que la Junta Clasificadora de la Fuerza Aérea en su sesión del 10 de septiembre de 2018, elaboró las listas definitivas de clasificación de los últimos nueve, cinco y cuatro años en el grado, para ascensos en diciembre de 2018 a los grados de mayor, capitán, teniente y subteniente, clasificando al Mayor SANTAMARIA ALVAREZ MANUEL ALEXANDER en el personal que no se relaciona en la clasificación para ascensos.

Respecto a lo anterior, reseñó que la Corte Constitucional ha referido sobre la imposibilidad de que todos los aspirantes que reúnan los requisitos objetivos pueden acceder al mismo, pues la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares será definida por el Gobierno Nacional, de acuerdo con un plan quinquenal

¹³ Ver archivo documento digital 33.

diseñado sobre las necesidades del servicio, en el que se incluya el número de miembros por grado que requiera cada una de las fuerzas militares.

En estas condiciones, es claro que el número de ascensos que corresponda a cada uno de los grados depende de la existencia de las vacantes en la planta de personal, según lo haya determinado el Gobierno Nacional en las condiciones previstas y de conformidad con el presupuesto que para el sostenimiento de dicha planta se haya incluido en la Ley Anual de Presupuesto.

Por ello, entre las demás razones que han sido expuestas, no es factible admitir que todos los aspirantes que cumplan con los requisitos objetivos de calificación, tengan el derecho al correspondiente ascenso, pues en este caso sería la cantidad de aspirantes la que definiría la planta de personal y no la resolución del Gobierno Nacional.

Por lo expuesto, en resumen, apuntó que el acto demandado se encuentra dentro de los lineamientos constitucionales y legales, siendo de esta forma improcedentes los cargos formulados por la parte actora, así mismo el señor MANUEL ALEXANDER SANTAMARIA ALVARE, cumple todos los requisitos para el llamamiento a calificar servicio.

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.

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.

Problema jurídico:

El Problema Jurídico, tal como quedó fijado al interior de la audiencia inicial celebrada el 29 de julio de 2021, es el siguiente:

“...consiste en establecer si el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio al demandante por llamamiento a calificar servicios, incurre en las causales de infracción de las normas en que debía fundarse, violación de derechos fundamentales y falta de firmeza del acto recurrido para su ejecución, que hagan procedente la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague todos los emolumentos de naturaleza salarial que dejó de percibir desde la fecha en que se materializó la resolución hasta el momento en que sea restablecido a su cargo; junto con el reconocimiento y pago de perjuicios morales y materiales.”¹⁴.

Tesis del Despacho

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

- a) 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 decidan sobre los retiros del servicio, 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, causal que 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.
- b) 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 deber de todo servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente¹⁵, luego no puede pretender la parte actora que al tener buenas calificaciones, 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.
- c) Para el año 2019 el demandante tenía más de 15 años de servicio¹⁶, contaba con la recomendación de fecha 11 de marzo de 2019 proveniente de la junta

¹⁴ Ver documento digital 17, Pagina 2.

¹⁵ 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

¹⁶ 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, en su literal a) numeral 3º, contempla el retiro temporal con pase 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

asesora del Ministerio de Defensa Nacional para ser acreedor 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.

- d) Si ni en el contenido del acto demandado, ni en la diligencia para su notificación se indicó al interesado qué recursos procedían en sede administrativa, ello no se traduce en una barrera o imposibilidad para que el actor lo contravirtiera a través de reposición, ya que por vía normativa, específicamente en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, está prevista dicha posibilidad de recurrir bajo el entendido que, en tanto acto definitivo y sin perjuicio de tratarse de una decisión discrecional, procedía por regla general el recurso de reposición, ahora, materialmente hablando y de cara al caso concreto, no se aprecia que al demandante se le haya cercenado la posibilidad en comento, pues de hecho recurrió, cosa distinta es, que frente a la reposición incoada haya operado el fenómeno mencionado que para todos los efectos jurídicos se traduce a que el recurso fue despachado negativamente en forma ficta o presunta.
- e) En el particular, si la decisión cuya legalidad se cuestiona fue proferida el 22 de abril de 2019, la notificación personal se surtió el 10 de mayo de 2019 y el interesado interpuso recurso de reposición el 24 de mayo de 2019, el 24 de julio de la misma anualidad fenecieron los dos (02) meses que trata el artículo 86 del CPACA, de suerte que, operó el silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición interpuesto, circunstancia que ubica la presente controversia en el segundo escenario de los enlistados anteriormente, bajo el entendido que la decisión sobre el recurso presentado se entendió, por la vía ficta o presunta, resuelto de manera negativa, en ese orden, desde el 25 de julio de 2019 el acto demandado cobró firmeza.

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

HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

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.

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
<p>1-. Que el demandante se desempeñó desde el 01 de diciembre del año 2000 como piloto, posteriormente como logístico aeronáutico a partir del 28 de diciembre 2009 y finalmente como especialista de vuelo desde el 30 de abril de 2012.</p>	<p>Documental: Certificado Integral de operaciones y aptitud profesional (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 21, -Hoja 128-133).</p>
<p>2-. Que el 26 de marzo de 2018, el demandante tomo posesión en el cargo de especialista estratégico de operaciones no tripuladas.</p>	<p>Documental: Acta de posesión. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folio 1AnexosRespuestaFAC).</p>
<p>3-. Según se extrae de la Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019, en acta No. 002 del 11 de marzo de 2019 consta que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las fuerzas militares recomendó por unanimidad el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios.</p>	<p>Documental: Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 40).</p>
<p>4. A través de Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019, se retiró del servicio activo a la demandante por llamamiento a calificar servicios.</p>	<p>Documental: Resolución No. 2467 del 22 de abril de 2019. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 1 al Hoja 40 al 43).</p>
<p>4. La resolución en comento, fue notificada el 10 de mayo de 2019 al demandante.</p>	<p>Documental: Diligencia de notificación. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 44).</p>
<p>5. El 24 de junio de 2019, a través de correo electrónico la parte actora presentó recurso de reposición contra el acto de retiro.</p>	<p>Documental: Captura de pantalla envío correo electrónico. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 67).</p>
<p>6. Mediante documento sin fecha, denominado “propuesta comité previo”, el Brigadier General del Comando Aéreo de Combate No. 2, emitió concepto negativo para que el demandante integrara el curso CEM 2018.</p>	<p>Documental: Folio de vida. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Folios 48-55).</p>

Premisas jurídicas

El llamamiento a calificar servicios - como 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, facultad que podrá delegarse en el comandante General o comandantes de Fuerza. Ahora, 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, llamamiento especial al servicio o movilización.

En lo referente a las causales de retiro, el artículo 100 de la norma en comento, 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.” (Negrilla del Despacho)

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

Por lo tanto, 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 corresponda¹⁷.

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.”

(...)

¹⁷ 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

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 2015¹⁸, 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 2004¹⁹, 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:

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

(...)

“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 medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales.”²⁰

(...)

Por su parte, la Corte Constitucional en 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

¹⁸ “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”,

¹⁹ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 17 de septiembre de 2011, MP. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 0779-11.

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 los 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."²¹

(...)

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 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

²¹ 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))

quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”.²²

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 el buen servicio.

En este mismo sentido, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo²³, 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 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 (...)”.

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:

(...)

²² 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)

²³ 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).

“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 atendiendo a 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)** tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro, **ii)** el consentimiento 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 descende al caso concreto en los siguientes términos:

5. CASO CONCRETO

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

Tal como se indicó al inicio de la presente providencia, el accionante señaló en relación con el acto acusado, que el mismo: **i)** infringió las normas en que debía fundarse, **ii)** fue proferido con vulneración a derechos fundamentales y **iii)** no era procedente su ejecución en tanto no gozaba de firmeza, en ese orden, corresponde en el caso concreto abordar el estudio de los cargos de nulidad invocados.

Respecto del cargo de infracción a las normas en que debía fundarse el acto acusado y transgresión a derechos fundamentales del actor.

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 precedido de la evaluación de las listas de clasificación de personal, la cual no fue tomada en cuenta para la desvinculación de la accionante.

Pues bien, de cara al anterior planteamiento, es menester señalar que el artículo 49 ibidem, 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 suboficiales²⁴, 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 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 Despacho se anticipa a referir que el cargo deviene en impróspero por varias razones, la primera y evidente, consiste en que el llamamiento a calificar servicios como causal de retiro, 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 apenas una de las múltiples causales de retiro o desvinculación previstas en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, causal que, a criterio de este fallador, **es autónoma y objetiva**, en tanto su procedencia descansa sobre los presupuestos normativamente exigidos: **i)** que exista un concepto previo del a Junta Asesora del

²⁴El 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.

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 este orden, postular la exigencia relativa a la elaboración de listas de clasificación para que proceda el llamamiento a calificar servicios, no enerva la facultad discrecional anotada, entonces, a juicio del Despacho, no puede exigirse preferencia para ascender por lista de clasificación y a partir del mismo supuesto fáctico y jurídico pedir a la par que el actor sea relevado de ser llamado a calificar servicios por tal causal.

En atención a lo anteriormente señalado y en gracia de brevedad 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 deber de todo servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente²⁵, luego no puede pretender la parte actora que al ostentarse buen desempeño y felicitaciones administrativas, 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.”²⁶

Se aprecia que el retiro ordenado no fue de facto, dado que de hecho, se garantizó, como debe ser, el lapso de tres meses alta, los cuales se entienden y computan como servicio activo para efectos prestacionales, ahora, si bien el actor fue llamado 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, por lo que a partir de ello, no puede predicarse desprotección laboral.

En efecto, examinadas las documentales obrantes en la actuación, se evidencia que el demandante para el año 2019 tenía más de 15 años de servicio²⁷, contaba

²⁵ 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

²⁶ Ibidem.

²⁷ 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, en su literal a) numeral 3º, contempla el retiro temporal con pase 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.

con la recomendación de fecha 11 de marzo de 2019 proveniente de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para ser acreedor 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.

Ahora bien, la parte actora ha sostenido a lo largo del proceso, que la entidad demandada no informó al actor sobre la procedencia del recurso de reposición al momento que le notificó la decisión de retiro y tal omisión anula el acto atacado.

De cara al argumento planteado, debe referirse que tal situación no registra la entidad requerida para viciar de nulidad el acto administrativo demandado, ya que si bien, por regla general, contra los actos definitivos procede el recurso de reposición a la luz de artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, no menos cierto es, que conforme al artículo 76 ibidem, en sede administrativa dicho recurso no es obligatorio, ni tampoco es requisito para la cuestionar la legalidad del acto en etapa judicial.

En este caso, la parte actora ha sostenido que la omisión alegada le impidió en últimas controvertir la decisión en etapa administrativa y que a la fecha la entidad demandada no se ha pronunciado, sin embargo, dicho argumento no es de recibo, ya que, tal como se refirió en el acápite de hechos probados, el actor presentó el 24 de mayo de 2019 recurso de reposición contra el acto de retiro, siendo claro que, incluso a la fecha de presentación de la demanda, ya habían transcurrido los dos (02) meses que trata el artículo 86 del CPACA, a partir del cual se predica silencio administrativo negativo en sede de recurso.

Así las cosas, si en el contenido del acto demandado, ni en la diligencia para su notificación se indicó al interesado que recursos procedían en sede administrativa, ello no se traduce en una barrera o imposibilidad para que el actor lo controvirtiera a través de reposición, ya que por vía normativa, específicamente en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, está prevista dicha posibilidad de recurrir bajo el entendido que, en tanto acto definitivo y sin perjuicio de tratarse de una decisión discrecional, procedía por regla general el recurso de reposición, ahora, materialmente hablando y de cara al caso concreto, no se aprecia que al demandante se le haya cercenado la posibilidad en comento, pues de hecho recurrió, cosa distinta es, que frente a la reposición incoada haya operado el fenómeno mencionado que para todos los efectos jurídicos se traduce a que el recurso fue despachado negativamente en forma ficta o presunta.

Tal panorama no evidencia para este Despacho y por los cargos analizados, causal de nulidad alguna, ni tampoco situación que comprometa el debido proceso del actor en el componente de defensa y contradicción, como tampoco, que la razón del retiro haya sido subjetiva, todo lo contrario, se fundó en causal objetiva, por ende, no prosperan los argumentos planteados.

Sobre el cargo de falta de firmeza del acto acusado

La parte actora ha señalado, que el acto acusado gozaría de firmeza una vez hubieran procedido los recursos legalmente previstos y los mismos hubiesen sido resueltos, no obstante, a pesar de ser notificada la decisión de retiro, con ello no se predica firmeza pues contra la decisión referida procedía, por regla general, el recurso de reposición, el cual no era soslayable so pretexto de tratarse de un acto definitivo.

Por lo anterior, la parte demandante sostiene que al no estar en firme el acto acusado, el actor está activo como oficial superior hasta tanto la entidad demandada no se pronuncie sobre el recurso de reposición.

Para resolver, se considera que el argumento planteado no tiene vocación de prosperar, puesto que se omite la lectura integral del artículo 87 del CPACA, conforme al cual, se plantean varios escenarios a partir de los cuales se predica la firmeza de un acto administrativo, veamos:

(...)

“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.”

(...)

En el particular, si la determinación cuya legalidad se cuestiona fue proferida el 22 de abril de 2019, la notificación personal se surtió el 10 de mayo de 2019 y el interesado interpuso recurso de reposición el 24 de mayo de 2019, el 24 de julio de la misma anualidad fenecieron los dos (02) meses que trata el artículo 86 del CPACA, de suerte que, operó el silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición interpuesto, circunstancia que ubica la presente controversia en el segundo escenario de los enlistados anteriormente, bajo el entendido que la decisión sobre el recurso presentado se entendió, por la vía ficta o presunta, resuelto de manera negativa, en ese orden, desde el 25 de julio de 2019 el acto demandado cobró firmeza.

En tal sentido, sin perjuicio de la obligación que recae en las entidades consistente en pronunciarse oportunamente sobre las peticiones y recursos que se presenten, en este caso no puede sostenerse, tal como lo hace la parte actora, que la situación jurídica del demandante quedó en suspenso por cuenta de la no

respuesta al recurso de reposición presentado, pues precisamente el silencio administrativo negativo antes analizado, operó en función de no dejar en grado de indeterminación al actor, aspecto que resulta innegable y que no puede desconocerse en el particular.

Ahora, el argumento del demandante no solo resulta infundado, sino que opera en su perjuicio, pues aceptar tal fundamento implica igualmente aceptar entonces que se demandó un acto que aún no gozaba de firmeza, lo cual no puede ser de recibo o avalado pues tal como se ha podido establecer conforme a las documentales que obran en la actuación, en este caso operó el silencio administrativo en sede de recurso de reposición, lo cual dio paso a la firmeza del acto acusado, afirmación que zanja la discusión propuesta sobre tal característica de la decisión de retiro y por ende, el cargo invocado deviene en impróspero, además porque la situación alegada no se identifica con cargo de nulidad propiamente dicho en los términos del artículo 137 del CPACA.

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.

Condena en Costas

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.

Aunado a lo anterior, obra al cartulario²⁸, renuncia al poder manifestada por la apoderada de la entidad accionada Ministerio de Defensa Nacional, **DIANA CAROLINA LEÓN MORENO** identificada con la cédula de ciudadanía 1.013'579.878, siendo del caso manifestar que, se **ACEPTAR LA RENUNCIA DE PODER** de tal profesional, a pesar de no haber probado dar cumplimiento a lo señalado en el art. 76 del C.G.P., en atención a que la entidad accionada ya constituyó un nuevo gestor judicial.

Por otra parte, se evidencia que la entidad accionada a través de su director de asuntos legales, confirió poder a la Dra. **SANDRA CECILIA MELENDEZ CORREA**, identificada con Cédula de Ciudadanía 37'745.904 y portadora de la Tarjeta Profesional 185.300 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos dispuestos en el poder otorgado²⁹,

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,

²⁸ Ver documento digital 35.

²⁹ Ver documento digital 36.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada “*Régimen especial de las fuerzas militares*”, 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 MANUEL ALEXANDER SANTAMARÍA ÁLVAREZ en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AEREA COLOMBIANA, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia al poder manifestada por el Dr. JUAN CARLOS JIMEZA TRIANA, quien fungía como apoderado del a entidad accionada, según lo referido en la parte considerativa del presente proveído.

CUARTO: RECONCER personería adjetiva para actuar en representación de la entidad accionada a los abogados **PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERANDEZ**, como apoderado principal y **GIOVANNY ALEXANDER SANABRIA VELÁSQUEZ**, como apoderado sustituto de aquel, en los términos y para los efectos de los memoriales poder conferidos, tal y como se señaló en los considerandos.

TERCERO: Sin costas en la instancia.

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

NOTIFÍQUESE³⁰, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

C.P.N.C.

³⁰ Parte demandante: arianstevens@live.com

Parte demandada: usuarios@mindefensa.gov.co, sandra.m.c.bogota@gmail.com

Ministerio Público: zmladino@procuraduria.gov.co

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: **02b5afe1aad1b9d5fe2e11ee337db3d36cb35117a7697394b995b9c07134df5c**

Documento generado en 26/06/2023 04:23:34 PM

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