

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ CABRERA
Demandado : NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- FUERZA AÉREA
Radicado : 1100133420472020-0029300
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

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

1.1.ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 07 de septiembre de 2021¹ y atendiendo los parámetros normativos contenidos en los artículos 187 y 189 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 del mismo compendio normativo, promovido por JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ CABRERA, actuando a través de apoderado especial, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA.

1.2. PRETENSIONES²

¹ Ver documento digital 13

² Ver documento digital 01, pág. 02-03.

- Se declare la nulidad parcial de la Resolución no. 1127 del 15 de abril de 2020, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se retiró del servicio a la demandante.
- DECLARAR la nulidad del oficio FAC-S-2020-017755-CE MDN-COGFM FAC-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DISAT del 8 de septiembre de 2020 /, por medio del cual se negó lo solicitado por la actora en petición radicada el 19 de agosto de 2020.
- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada, reintegrar a la demandante al grado militar que ocupaba al momento del retiro o / a otro igual o de superior jerarquía, conservando siempre la misma procedencia en el escalafón al igual que el pago de los haberes, sueldos, primas, subsidios y prestaciones legales y extralegales dejados de devengar desde cuando fue desvinculada del servicio y hasta cuando sea reintegrada, con la declaración de no haber existido solución de continuidad.

1.3. HECHOS RELEVANTES³

1.3.1. La demandante fue nombrada mediante Resolución 1780 del 05 de diciembre de 2001 como trabajadora social al servicio de la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea Colombiana, posteriormente como delegada Pastoral de Solidaridad y luego como Jefe del Departamento del Desarrollo Humano de la Escuela de Postgrados de la FAC.

1.3.2. Indicó, que mediante Oficio No. 09 del 08 de junio de 2018, se le comunicó a la demandante que no había sido seleccionada para integrar el curso de información militar, decisión respecto a lo cual, la accionante solicitó reconsideración mediante oficio de fecha 14 de junio de la misma anualidad, la cual fue despachada desfavorablemente a través de oficio No. 95 del 29 de junio de 2018.

1.3.3. Precisó, que mediante Oficio No. 001 / MD - COGFM - COFAC - JEMFA - COP - JERLA - DIPER SUMIL - AOFSU - 2 - 103 del 18 de febrero de 2020, la Junta Asesora de la Fuerza Aérea Colombiana, propuso ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el retiro del servicio de la demandante.

1.3.4. Aludió, que la demandante prestó sus servicios al cuerpo administrativo de la fuerza aérea por espacio de 19 años, 03 meses y 24 días, siendo retirada de la Institución mediante Resolución No. 1127 del 15 de abril de 2020 por llamamiento a calificar servicios.

1.3.5. Señaló que mediante Resolución No. 8664 del 22 de julio de 2020, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro a la demandante a partir del 31 de julio de 2020.

1.3.6. Durante su vinculación laboral la demandante fue una oficial condecorada, con anotaciones positivas y felicitaciones en su folio de vida, sin sanciones disciplinarias o penales y con apenas seis anotaciones de demérito en toda su carrera militar.

³ Ver documento digital 01, pág. 03-08.

1.4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.4.1. Constitucionales:

Artículos 1, 2, 6, 25, 29 y 123.

1.4.2. Legales:

Artículos. 2, 3, 4, 46, 47, 92 y 102 del Decreto 1253 de 1988.

Artículos 99 y 104 del Decreto 1790 de 2000.

Artículos 2, 3, 5, 6, 48, 52, 53 y 55 del Decreto 1799 de 2000.

Artículo del Decreto 1428 de 2007.

2 POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. Demandante⁴:

El artículo 103 del Decreto 1428 de 2007 dispone:

“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”.

Se deben considerar las razones del servicio y las garantías que ofrezcan a la sociedad los miembros de la Fuerza Aérea.

Para el caso concreto, el libelo afirma que deben ser expresas las razones por las cuales se eligió ascender a otros y se descartó a la demandante; cual fue la falla y cual fue la debilidad profesional del demandante.

Dicha evaluación en cada caso debe ser objetiva, toda vez que la facultad entregada por la norma es reglada y no discrecional como peregrinamente afirman los mandos institucionales haciendo referencia a las facultades del Decreto 1428 del 2007.

Si se trata de depuración de la Fuerza Aérea debe quedar completamente demostrado cómo y en qué forma la demandante no estaba cumpliendo con sus funciones, ni con los objetivos establecidos por la institución, ya que de lo contrario se viola ostensiblemente el artículo 2º de la Constitución Política Nacional pues los actos impugnados estarían propendiendo por no garantizar los principios y los derechos ciudadanos. Además, estaría propiciando un orden injusto y desprotegiendo en sus derechos y libertades a la actora.

Precisó, que a la accionante se le impidió el ascenso a un grado superior, y para ello no se dudó en enrostrarle vergonzosamente seis (6) anotaciones de demerito que tuvo durante toda su brillante carrera militar; de las cuales, cuatro (4) corresponden a no haber aumentado el puntaje del idioma inglés, que no es condición para

⁴ Ver documento digital 01, pág. 11 al 33.

ascenso en el escalafón; y dos al incumplimiento de una actividad de capacitación y firma de un documento.

Señaló que el evaluar seis (6) anotaciones negativas, no era más que pretender justificar su retiro de la institución, sin justificación real, y el endilgar 6 ANOTACIONES DE DEMERITO en 19 años de muy buenos servicios es absurdo e ilegal.

Ella es PRUEBA, de que el RETIRO, POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS ES PORQUE NO ASCENDIÓ y no lo hizo por las 6 anotaciones de demerito. Al contrario, se debió a intereses oscuros y mal intencionados de los oficiales superiores que conformaron la Junta de Calificación para ascenderla.

Así las cosas, se colige UNA FALSA MOTIVACIÓN, que da al traste con la argumentación del retiro de la Mayor Juana Isabel Cristina Pérez Cabrera, y al no existir motivos para su retiro, queda claro LA ABSOLUTA DESVIACIÓN DEL PODER e ilegalidad de la actuación.

Refirió, que el retiro de la Accionante fue con FALSA MOTIVACIÓN, puesto que la Resolución de Retiro obedece a su NO ASCENSO, que de paso arroja por la borda la vida de un militar ejemplar MEDIANTE “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”.

Reiteró, que el particular es un típico DESVÍO DE PODER lo que trae como consecuencia la NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS demandados, al tenor del artículo segundo (2º) de la Constitución Política Nacional, norma la cual dispone que el Estado debe garantizar los derechos de todas las personas residentes en Colombia.

Añadió, que la JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA debió haber respetado lo normado por el Decreto 1799 de 2000, porque es el Estatuto de Evaluación y Clasificación para los miembros de las fuerzas militares, ya que como está demostrado en los folios de vida las evaluaciones y anotaciones positivas (Folios 84 a 96), LA HACEN MERECEDORA A CONTINUAR COMO MIEMBRO ACTIVO DE LA FUERZA AÉREA.

Así mismo, replicó que el artículo 3º del Decreto 1799 de 2000 en su literal “c”, fue infringido también por cuanto para la fecha de retiro la demandante HABÍA OBTENIDO UNA BUENA CALIFICACIÓN DE SUS SERVICIOS y por concepto favorable conforme las normas para permanecer en la institución, estando en lista para los siguientes periodos:

Periodo 2016 a 2017: LISTA 2

Periodo 2017 a 2018: LISTA 1

Periodo 2018 a 2019: LISTA 3

En ese orden, concluye la demanda que el mandato legal se convierte en la regla de juego que fija la administración hacia los destinatarios en dónde están señalados, cuáles son las circunstancias y niveles de exigencia, para poder estar admitidos como miembros de la Fuerza Aérea y con los documentos allegados a la presente demanda como pruebas y anexos de contera se está demostrando, como la señora JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ , ha cumplido dichos parámetros.

Por el contrario, LA JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA en coadyuvancia irregular con el COMITÉ DE EVALUACIÓN a través de valoraciones y evaluaciones subjetivas han desacatado las normas en comento, con el consecuente desvío de poder en el acto administrativo parcial acusado.

Debe señalarse, que, revisada la demanda, no se enuncia cargo nulidad en concreto, sin embargo, de los argumentos expuestos a lo largo del concepto de la violación, se deriva que se alega violación normativa, falsa motivación y desviación de poder.

2.2. Demandado – Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea⁵:

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

El acto administrativo contenido en la Resolución No. 1127 del 15 de abril de 2020 por el cual se retiró a la señora demandante, goza de la presunción de legalidad, toda vez que fue expedido con fundamento en el Artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el art. 5 de la Ley 1792 de 2006) y 103, (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 del 13 de diciembre de 2006), del Decreto Ley 1790 de 2000.

Las anteriores normas vigentes aplicadas al contenido del acto administrativo censurado en el proceso de la referencia, permiten inferir que la señora mayor JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ CABRERA, a la fecha de expedición del mismo, contaba con un tiempo de servicio mayor de 15 años y por tanto cumplía con los requisitos exigidos para considerar procedente su retiro, lo cual demuestra según la entidad demandada, que se atendió un concepto de evolución institucional, al conducir necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta la institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional.

En consecuencia, enfatizó que, no hay duda que 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.

No obstante, el ejercicio de esa facultad debe fundarse en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que le es propio. Así entonces, existen límites para ejercer la facultad discrecional, pues en un Estado Social de Derecho no pueden existir poderes ilimitados o absolutos, y el ejercicio de dicha facultad debe ser proporcionada con el fin a obtener.

Ahora bien, los artículos 51, 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000, establecen las condiciones, requisitos comunes y los requisitos específicos para los ascensos en las Fuerzas Militares. Los requisitos comunes hacen referencia a la idoneidad del militar

⁵ Ver documento digital 07.

en aspectos relacionados con su conducta, sus calidades profesionales y sus capacidades psicofísicas.

Por su parte, en tratándose de oficiales, los requisitos especiales hacen referencia, entre otros aspectos, al tiempo de servicio, a la aprobación de los cursos de ascenso y al concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

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, 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, por cuanto los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro están contemplados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que exige quince (15) años de servicio en el caso del llamamiento a calificar servicios a 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 solo se cumplirían si el demandante estuviera en servicio activo.

Revisado el escrito de contestación se aprecia que no se formularon excepciones de mérito en estricto sentido.

3. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de octubre de 2020⁶, siendo repartida a este Juzgado y admitida mediante auto calendado el 25 de enero de 2021⁷; providencia que se notificó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AEREA 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 07 de septiembre de 2021¹⁰, se determinó la posibilidad de aplicar la figura de sentencia anticipada, por lo cual se fijó el litigio, se tuvieron como debidamente incorporadas las pruebas obrantes al plenario y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁶ Ver archivo documento digital 02.

⁷ Ver archivo documento digital 04.

⁸ Ver archivo documento digital 06.

⁹ Ver archivo documento digital 08.

¹⁰ Ver archivo documento digital 09.

3.1. Alegatos de Conclusión Demandante¹¹:

En su oportunidad legal, la parte accionante señala que el motivo determinante para proceder a retirar del servicio activo a la demandante, consistió en que la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, en sesión ordinaria de fecha 19 de febrero de 2020, registrada en el Acta No. 001, recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por “Llamamiento a Calificar Servicios, situación que desconoce una excelente y brillante hoja de vida militar con 121 felicitaciones administrativas y 35 anotaciones de mérito”.

Dicho motivo, no es suficiente para tomar la decisión de retirarla por la causal de llamamiento a calificar servicios, puesto que se debe probar que su retiro obedeció a razones del servicio, lo cual no sucedió en este caso.

Además, se desconoció la trayectoria militar de los últimos cuatro (4) años de servicios con la institución, por cuanto en su folio de vida se refleja a través del último cuatrienio, que para los años 2016 al 2017 estuvo en lista dos (2), 2017 a 2018 en lista uno (1) y para el año 2018 a 2019 en lista tres (3).

El Mayor General del Comando de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana en su oficio N° 09 de fecha 8 de junio de 2018, dice:

“... el comando de la Fuerza Aérea no la seleccionó para integrar el Curso de formación Militar a realizarse ...”.

Es decir, no se le permitió ascender dentro de la fuerza.

Añadió, que se omitió el análisis del documento que refleja la calificación favorable por la trayectoria de un año de servicio, y que supera la anotación de una novedad que no resulto demostrada como soporte para expedir el acto administrativo demandado.

3.2. Alegatos de Conclusión Demandada¹²:

La entidad accionada concluyó, que más allá de lo argumentado por la parte demandante, 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.

Los parámetros jurisprudenciales fueron debidamente aplicados y de conformidad con el material probatorio la resolución por medio de la cual se retiró del servicio al demandante cumplió con los requisitos previstos por la ley, sin que el demandante armará prueba que demostrara lo contrario.

De igual forma, con relación a lo manifestado por la parte actora sobre el cargo “Desviación de Poder”, acorde con el criterio jurisprudencial del Tribunal de cierre de

¹¹ Ver archivo documento digital 12.

¹² Ver archivo documento digital 11.

la jurisdicción, se deduce que ese vicio ocurre cuando la intención del empleado público al expedir el acto se aleja del interés general y del contenido de las normas que autorizan proferirlo, afectando así el elemento teleológico del acto administrativo, ya que su propósito siempre ha de ser el previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, el interés general.

Para que pueda hablarse de la configuración de este vicio es preciso que el servidor público actúe apegado a su competencia, a las formalidades y procedimientos previstos en la ley, es decir, con aparente legalidad; empero, que su propósito no sea el buen servicio público.

La carga de probar la desviación de poder se halla radicada en cabeza de la parte que la alega, por lo que le incumbe acreditar que la voluntad de la administración se desvió a fines distintos a los que la norma preveía.

Al respecto se deberá precisar que, si bien es cierto de la hoja de vida de la Mayor JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ CABRERA se puede inferir un buen desempeño que le hizo merecedora de múltiples felicitaciones y condecoraciones, tal circunstancia no es óbice para limitar el ejercicio de la facultad discrecional de retirarla por llamamiento a calificar servicios, por cuanto como ya se anotó en precedencia, esta no representa una sanción por un mal comportamiento, sino una herramienta válida que permite el relevo en la línea de jerarquía en la carrera militar.

La entidad ascender a unos miembros de la fuerza y retirar a otros, por razones de necesidad y de conveniencia, ante la imposibilidad de ascenderlos a todos de manera automática.

Es así como del análisis del acervo probatorio allegado, es posible determinar que la administración cumplió con las exigencias señaladas en los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000, modificados por la Ley 1104 de 2006, para el ejercicio de dicha facultad, así como los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en torno al ejercicio de la misma, toda vez que:

- i) Atendió a la previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares para el retiro, y
- ii) El demandante cumplía los requisitos para acceder a una asignación de retiro.

3.3. 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 la competencia para asumir el conocimiento del asunto: para luego indicar el

problema jurídico y proponer 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 en auto del 07 de septiembre de 2021, es el siguiente:

"(...) consiste en establecer si el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio a la demandante por llamamiento a calificar servicios, incurre en las causales de desviación de poder y falsa motivación, invocadas en la demanda, que hagan procedente la nulidad del acto administrativo demandado ordenando a título de restablecimiento del derecho el reintegro de la demandante al grado militar que ocupaba al momento del retiro o a otro igual o de superior jerarquía y el pago de los haberes, sueldos, primas, subsidios y prestaciones legales y extralegales dejados de devengar desde cuando fue desvinculada del servicio y hasta cuando sea reintegrada, con la declaración de no haber existido solución de continuidad..¹³ (...)"

Adicionalmente, conforme a lo dicho se menciona violación del orden jurídico pre establecido.

4.3. Tesis del Despacho

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

4.3.1. El llamamiento a calificar servicios como causal de retiro:

Según el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000, 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.

La causal de retiro es apenas una de las múltiples causales previstas en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, causal que es autónoma, en tanto su procedencia descansa sobre los presupuestos normativamente exigidos:

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

4.3.1.2. 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.

¹³ Ver documento digital 9, Pagina 2-3.

4.3.1.2. 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.

Las condiciones del buen desempeño constituyen la manifestación del deber de todo servidor de cumplir los deberes asignados de manera eficiente¹⁴.

No puede pretender la parte actora que al tener buenas calificaciones en el cargo de Mayor según corresponda al caso, ello le otorgue por sí solo un ascenso en la carrera militar, o por el contrario, inhabilite a la Administración de ejercer sus potestades discrecionales.

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.

4.4.1. Premisas Fácticas

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 JUANA ISABEL PEREZ CABRERA, se incorporó al servicio de la FUERZA AERA COLOMBIANA el día 10 de julio de 2001 como alumna, posteriormente se desempeñó como oficial desde el 05 de diciembre de 2001 al 30 de abril de 2020, siendo la última unidad donde laboró el Departamento de desarrollo humano EPFAC-SEPFA (Bogotá)	Documental: Formato hoja de vida – Constancia laboral. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 81, 142, 146).
2-. Se determina claramente que la demandante laboró al servicio de la FUERZA AEREA, por 19 años y 19 días.	Documental: Constancia laboral. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 142).

¹⁴ 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

3-. Que durante el tiempo que la accionante prestó sus servicios a la FUERZA AEREA, se desempeñó como Alumna oficial, Subteniente, Teniente, Capitán y Mayor.	Documental: Constancia laboral. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 81).
4. Mediante Oficio No. 09 del 08 de junio de 2018, el Comando de personal de la Fuerza Aérea comunicó a la demandante que no fue seleccionada para integrar el curso de formación militar en el año 2019.	Documental: Oficio No. 09 del 08 de junio de 2018. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 44).
5. Con Oficio No. 001 / MD-COGFM-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DIPER SUMIL-AOFSU-2-103 del 18 de febrero de 2020, la Junta Asesora de la Fuerza Aérea Colombiana, propuso ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el retiro del servicio de la demandante.	Documental: Oficio No. 001 / MD-COGFM-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DIPER SUMIL-AOFSU-2-103 del 18 de febrero de 2020. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 40-43).
6-. En sesión del 19 de febrero de 2020, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, recomendó por unanimidad el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios de varios uniformados, incluida la demandante.	Documental: Acta del 19 de febrero de 2020, suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 53-61).
7. A través de Resolución No. 1127 del 15 de abril de 2020, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, la demandante fue retirada del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.	Documental: Resolución No. 1127 del 15 de abril de 2020. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 49-52).
8. A través de Resolución No. 8664 del 22 de julio de 2020, expedida por CREMIL, se reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro a favor de la demandante.	Documental: Resolución No. 8664 del 22 de julio de 2020 (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 63-65).
9. Para los periodos evaluables 2016-2017, 2017-2018 y 2019-2019, la demandante registró en lista de clasificación número dos (02), uno (01) y tres (03) respectivamente.	Documental: Certificación: (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 121).

10. La demandante fue una oficial condecorada, le fue conferida la medalla “Marco Fidel Suarez”, con felicitaciones administrativas, anotaciones de mérito y demerito en toda su carrera militar.	Documental: Presentación comité previo de ascenso: (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 108 – 122-138).
--	---

4.4.2. Premisas jurídicas

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."¹⁵ (...)

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, 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:

¹⁵ Dicha norma se replica y compila en el artículo 99 del Decreto 1428 de 2007.

“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 servicios¹⁶.**
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 fuera de texto)

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

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.

La causal no se puede considerar como violatorio del derecho a la igualdad, por cuanto se trata de una herramienta que permite con 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:

¹⁶ Causal que se replica y compila en el artículo 100, numeral 4º del Decreto 1428 de 2007.

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

(...) **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:

4.4.3. Concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y

4.4.4. Que el oficial y suboficial hayan 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.

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

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

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"

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."²⁰ (...)"

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 quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público".²¹ (...)"

²⁰ 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))

²¹ 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)

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 administrativo²², ha concluido que:

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

4.4.6. 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;

4.4.7. 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;

4.4.8. El ejercicio de esa potestad discrecional no requiere 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:

"(...) **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)

²² 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).

"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,

- Tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro;
- El concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para nuestro caso de las Fuerzas Militares, y
- 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, de lo plasmado en el libelo introductorio de la acción, se logra determinar que la accionante señaló que los actos demandados estaban incursos en inconstitucionalidad o ilegalidad, falsa motivación y desviación de poder, de manera que corresponde en el caso concreto abordar el estudio de los cargos de nulidad invocados.

5.1. Respetto del cargo de ilegalidad o inconstitucionalidad y falsa motivación.

Según la parte actora, el motivo determinante de recomendar por unanimidad el retiro del servicio activo no es suficiente para tomar la decisión de retirarla a la demandante por la causal de llamamiento a calificar servicios, puesto que se debe probar que su retiro obedeció a razones del servicio, lo cual no sucedió en este caso.

Además, que se desconoció de tajo la trayectoria militar de los últimos cuatro (4) años de servicios con la institución, pues para los años 2016 al 2017 estuvo en lista dos (2), 2017 a 2018 en lista uno (1) y para el año 2018 a 2019 en lista tres (3), de manera que no era dable negar el ascenso de la actora dentro de la fuerza.

Pues bien, de cara al anterior planteamiento, es menester señalar que el artículo 49 del Decreto Ley 1790 de 2000 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”

Tal situación es 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.”
- (...)

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 suboficiales²³, 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.

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 a saber.

- El llamamiento a calificar servicios como causal de retiro, dispone que aunque el artículo 53 del Decreto 1790 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 servicio, 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 Ley 1790 de 2000, causal que, a criterio de este fallador, es autónoma, en tanto su procedencia descansa sobre los presupuestos normativamente exigidos:
- Concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de las Fuerzas Militares y

²³El 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.

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

La facultad citada no se somete a la prelación de las listas de clasificación para ascenso, ni el ascenso se hace obligatorio en caso de existir una causal de retiro del servicio, por tanto mal se puede afirmar ilegalidad o inconstitucionalidad del retiro invocado por la demandante y menos aún desvío de poder.

Lo que se debe entrar a establecer es si se configuran los elementos constitutivos de la causal de retiro y de contar con ellos, el ejercicio de la facultad de la Administración no se puede confundir con desvío de poder o ser tildado de ilegal o arbitrario.

En ese orden, el argumento de la parte actora resulta incoherente, por cuanto postula la exigencia relativa a la elaboración de listas de clasificación para que proceda el llamamiento a calificar servicios, como si los niveles en que fue calificada la demandante enervaran la facultad discrecional anotada.

Tal argumento es aplicable sobre la base de la prelación aplicable en materia de ascenso, y 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 la demandante sea relevada de ser llamada a calificar servicios por tal causa.

Respecto al cargo enunciado, la parte demandante señaló básicamente que la decisión de retiro del servicio adoptada por la entidad demandada se adoptó sin considerar el desempeño y trayectoria de la demandante en la institución.

En efecto 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 eficiente²⁴, 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 inhabilite a la administración de ejercer sus potestades discrecionales.

De hecho, el Consejo de Estado ha 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.”²⁵...

Ahora bien, a pesar que el concepto de violación desarrollado por la parte actora

²⁴ 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

²⁵ Ibídem.

en la demanda, se torna en ciertos puntos ambiguo o anfibológico, se identifica que uno de los motivos en que fundamenta el cargo de falsa motivación, es el argumento según el cual, el retiro del servicio de la actora obedeció a que debía ser ascendido y no lo fue y a las anotaciones de demerito que tuvo en su carrera militar, argumento utilizado para cubrir de legalidad el retiro presuntamente irregular.

De cara al planteamiento referido, esta instancia debe referir que no milita en la actuación prueba que acredite o sustente el argumento mencionado por la parte actora, incluso revisado el acto de retiro, no se aprecia que tales circunstancias fueran manifiestas en el mismo como justificantes a la terminación del vínculo laboral.

En gracia de discusión, si tales motivaciones estuviesen encubiertas en la causal invocada por la Administración, se observa un desfase temporal que impide incluso, por vía de inferencia razonable, aplicar el indicio invocado, veamos:

Mediante Oficio No. 09 del 08 de junio de 2018, el comando de personal de la fuerza aérea comunicó a la demandante que no fue seleccionada para integrar el curso de información militar en el año 2019²⁶, tal como se indicó en precedencia, según la evaluación realizada a la actora para el periodo 2018-2019, fue calificada en el nivel "Bueno".

Sin embargo, solo hasta el 18 de febrero de 2020, es decir, luego de un año y ocho meses, con Oficio No. 001 / MD-COGFM-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DIPER SUMIL-AOFSU-2-103, la Junta Asesora de la Fuerza Aérea Colombiana, propuso a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el retiro del servicio de la demandante.

Revisada el acta de fecha 19 de febrero de 2020 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional²⁷, se aprecia que dicho órgano recomendó el retiro del servicio de veintiséis (06) oficiales, incluida la demandante, por llamamiento a calificar servicios y dado que le asistía derecho a la asignación de retiro.

De manera que, no se aprecia probatoriamente hablando, que entre el retiro del servicio por la causal anotada y la no selección de la demandante para integrar el curso de formación militar, un año y ocho meses, haya una relación causal que permita afirmar que la no escogencia referida, fue realmente a la postre la causal de retiro.

En contraste, se aprecia que precisamente para el momento que la actora no fue llamada a curso, registró la calificación menos destacada (nivel bueno – lista tres) dentro de su historia laboral.

El hecho que al retiro le haya antecedido la no selección referida, a juicio de este fallador, no tiene la connotación dada por la parte actora en punto de falsa motivación, por cuanto además del desfase temporal anotado, recordemos que a la luz del artículo 2º del Decreto 1799 de 2000, la evaluación es un proceso continuo y permanente que determina el desempeño profesional; de suerte que, si al retiro le

²⁶ Archivo 01, - Hoja 44

²⁷ Expediente digital del proceso, archivo 01, - Hojas 53-61

antecedió una evaluación realizada más de un año atrás, no es indicativo de falsa motivación del acto principal demandado.

Ahora, lo que si resulta probado, conforme a las documentales obrantes en la actuación, es que la demandante para el año 2020 tenía más de 15 años de servicio, exactamente contaba con 19 años y 19 días²⁸, contaba con la recomendación de fecha 19 de febrero de 2020 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.

Así mismo, no se aprecian en el particular probadas condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, máxime cuando el retiro ordenado no fue de facto, se garantizó, como debe ser, el lapso de tres meses al alta, los cuales se entienden y computan como servicio activo para efectos prestacionales.

En 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, y a partir de ello, no puede predicarse desamparo laboral.

Se concluye entonces que no existe falsa motivación ni ilegalidad o inconstitucionalidad del acto.

5.2. Respetto del cargo de desviación de poder

En relación con el cargo anotado, la parte actora básicamente señaló que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, en coadyuvancia con el Comité de Evaluación de la entidad demandada, a través de valoraciones y evaluaciones subjetivas, han desacatado las normas que orientan el sistema de evaluación en la fuerza militar, con el consecuente desvío de poder en el acto administrativo parcialmente acusado.

Aunque lo sustentado por la parte actora no se identifica a plenitud con el cargo invocado, corresponde a esta instancia pronunciarse en los siguientes términos:

Sobre los elementos constitutivos del cargo denominado “desviación de poder”, el Consejo de Estado ha precisado²⁹:

"(...) Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés

²⁸ Expediente digital del proceso, archivo 01, - Hoja 142

²⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Bogotá, D. C. siete (7) de junio de dos mil doce (2012) Radicación número: 66001-23-31- 000-1998-00645-01

general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce. Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario. (...)"

En punto de resolver y bajo los mismos argumentos referidos para el cargo analizado anteriormente, no se aprecia que el acto demandado persiga una finalidad distinta a la que las normas que le sirvieron de base le autorizan o habilitan.

Por el contrario si se analiza la actuación administrativa que antecede al retiro del servicio, es evidente la voluntad manifiesta e inequívoca de la Administración, desde la proposición de la Junta Asesora de la Fuerza Aérea, pasando por la aprobación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, en llamar a la demandante a calificar servicios, al verificarse que contaba con el tiempo de servicios para ser acreedora de la asignación de retiro.

Por tal motivo, la Administración estaba habilitada para invocar la causal de retiro controvertida.

Entonces, ante tal escenario, difícilmente puede sostenerse que sobre el acto acusado reposa vicio por desviación de poder, en cuanto no se observa que la facultad legal otorgada al ente accionado, haya sido utilizada con fines torcidos o alejados a más del relevo institucional en una entidad caracterizada por su estructura piramidal o jerarquizada.

Se considera, que la parte demandante ha mezclado el disenso o inconformidad con la decisión de la entidad demandada en no seleccionar a la actora para integrar el curso de formación militar con fines de ascenso, con el retiro del servicio mismo, situaciones que, tal como se advirtió en precedencia, no se encuentra probado que estuvieran encuadradas en una relación de medio a fin como afirma la parte accionante.

Tampoco se configura el grado de desviación de poder, en primer lugar, porque la evaluación es un ejercicio continuo y permanente en la fuerza militar inherente a la institucionalidad.

En segundo lugar, el llamamiento a calificar servicios contó con los presupuestos necesarios para su adopción y se fundó en causa objetiva acreditada en el proceso, es decir, el tiempo de servicios cumplidos por la demandante para ser acreedora de asignación de retiro.

De manera que, al haber confrontado los actos acusados con los argumentos esgrimidos por el demandante, no se aprecia falsa motivación o desviación de poder ni vulneración del orden jurídico en los términos sugeridos y dado el análisis que antecede, habrán de negarse las pretensiones de la demanda, ya que no se logró romper la presunción de legalidad que cobijan los actos cuya nulidad se pretendía.

6. 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 reproachable, no se hace necesaria la sanción.

Aunado a lo anterior, se evidencia que obra a la plenaria renuncia al poder comunicada por la apoderada del extremo pasivo del litigio, la cual cumple con los requisitos del artículo 76 del C.G.P., por lo cual se acepta la misma.³⁰

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: NEGAR las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho propuestas por la señora JUANA ISABEL CRISTINA PEREZ CABRERA en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

TERCERO: En los términos del artículo 76 del C.G.P., acéptese la renuncia presentada al poder conferido a la Abogada Diana Carolina León Moreno, para actuar como apoderada de la entidad demandada y requerir a dicha entidad a efectos de designar un nuevo apoderado.

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

COMUNIQUESE, NOTIFÍQUESE³¹ Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

C.P.N.C.

³⁰ Ver expediente digital Archivos digitales 14 y 15

³¹ **Parte demandante:** abogadohumbertogarciarevalo@outlook.com, gybabogadosas@gmail.com
Parte demandada: notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
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: **8a5c089286cc1f6c3f6b5ad91181c1bd3f716c15a6f513af80da5a02e8444bc8**

Documento generado en 26/04/2023 04:47:56 PM

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