



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de septiembre de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2017-00250-00
Demandante: ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ
Demandado: LA NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 173

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ identificado con la cédula de ciudadanía nro. 86.047.676, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y establecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL, buscando la declaración de nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 1791 del 21 de marzo de 2017 mediante la cual se ordenó su retiro del servicio activo como oficial del ejército nacional, por llamamiento a calificar servicios.

Consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, como ascensos a que hubiere lugar, desde la fecha en que se dio su retiro del servicio, hasta la fecha en que se materialice su reintegro, sin solución de continuidad.

En síntesis, se relató en la demanda que el señor VALENCIA GONZALEZ prestó sus servicios al ejército nacional por espacio de 18 años, 9 meses y 23 días, siendo ascendido hasta obtener el grado de mayor, con ejemplar trayectoria, empero, a través del acto enjuiciado fue llamado a calificar servicios, agregando que dicho acto carece de la firma del comandante de brigada, siendo igualmente irregular su notificación, y dice desconocer el concepto previo emitido por el ministerio.

Como normas infringidas y concepto de la violación normativa, estima la parte accionante que con el acto administrativo enjuiciado se quebrantan preceptos constitucionales al no ser estos aplicados, a saber, los artículos 2, 13, 25, 29, 53 y 58 y los artículos 99, 100 y 103 del decreto 1790 de 2000.

Lo anterior por cuanto, afirmó, el accionante desconoció el concepto y demás antecedentes previos a la expedición del acto enjuiciado, esto es, el acta 02 del 28 de febrero de 2017; no se tuvo en cuenta su excelente hoja de vida, y no cuenta dicho acto con firma de su jefe inmediato, quebrantándose así el debido proceso constitucional.

En sus alegaciones finales, este extremo procesal reiteró, en resumen, los hechos en que sustenta su pedimento, para concluir que el acto administrativo enjuiciado carece de motivación y que al actor no se le dio a conocer el concepto emitido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional mediante Acta nro. 02 del 28 de febrero de 2017 como tampoco las actas, informes, evaluaciones de desempeño que efectuó esta, u otro documento relacionado con el concepto emitido, pese a ser una obligación de la administración, y que debe estar sustentado en razones objetivas y hechos ciertos.

Consideró que en el presente caso el acto administrativo atacado no se expidió acorde con el criterio de finalidad y proporcionalidad que se predica de ese tipo de decisiones, por cuanto la administración, ni en el acto administrativo demandado, ni en el acta de la junta asesora, hubo pronunciamiento acerca de las capacidades, virtudes, aptitudes, recorrido o desempeño del actor Alexander Valencia González, dentro de la institución, aplicando de manera indebida la normatividad que regula la materia, inobservada al ser retirado del servicio.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– EJERCITO NACIONAL.

Por intermedio de apoderada judicial debidamente constituida, en tiempo, esta entidad se opuso a que se despachen en forma favorable las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo goza de legalidad por cuanto fue expedido de acuerdo a las normas legales que rigen la materia.

Afirmó que, contrario a lo dicho por el actor, la medida de llamamiento a calificar servicio adoptada se justificó y fundamentó en lo establecido en el Decreto 1790 del 2000, el cual fue aplicado de manera puntual en aspectos de forma, y de fondo o sustanciales.

Finalmente, reitera la potestad discrecional de la entidad, otorgada por la ley, en este caso en pro de un mejor servicio, e indicó que el actor cumplía con todos los requisitos que establece la normatividad vigente para ser llamado a calificar servicios, facultad que ha sido amparada por decisiones jurisdiccionales de las altas cortes.

La mandataria judicial de la entidad accionada, en la etapa de alegaciones conclusivas, mantuvo sus argumentos de defensa, insistió en su oposición a las pretensiones de la demanda, manifestando, en suma, que el retiro del Mayor ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ, por llamamiento a calificar servicios, constituye la materialización de una facultad discrecional, y que tal voluntad no requiere de explicación previa sobre los propósitos que animan el acto que la materializa, lo cual guarda analogía con la relativa a la insubsistencia de empleados públicos de libre nombramiento y remoción en donde también se encuentra la expresión de voluntad del nominador, lógicamente en aras del buen servicio, y por ello considera que el acto lleva implícita la presunción de legalidad.

Concluyó afirmando que la resolución demandada está motivada al expresar que el señor ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ contaba con más de 18 años de servicio, enmarcándose su retiro dentro de los parámetros establecidos en el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La señora agente del Ministerio Público delegada ante este despacho judicial, no emitió concepto dentro del asunto objeto de resolución.

II.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el último lugar de prestación del servicio del actor, este juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 138, 155 numeral 2 y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Así, tenemos que el acto administrativo objeto de control judicial fue notificado al accionante el 23 de marzo de 2017, por lo que el término de los cuatro meses dispuesto en el artículo 164 del CPACA para poner en marcha el medio de control en principio se precisa desde el 24 de marzo, hasta el 24 de julio de esa anualidad; no obstante, la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 19 de julio de 2017, llevándose a cabo el 22 de agosto de 2017, y la demanda se presentó el día siguiente, contando el actor con 5 días adicionales para ese fin, dada la suspensión del término acaecido por el trámite extrajudicial surtido ante el Ministerio Público, por lo que es posible concluir que la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legalmente prevista.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar, si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución nro. 1791 del 21 de marzo de 2017 mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional ordenó el retiro del servicio activo como oficial del señor Alexander Valencia González, por llamamiento a calificar servicios.

En caso afirmativo, se analizará si es procedente ordenar el restablecimiento del derecho consistente en el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, como ascensos a que hubiere lugar, desde que se dio su retiro del servicio, hasta la fecha en que se materialice su reintegro, sin solución de continuidad.

2.3.- Tesis.

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que el retiro del servicio al ser llamado a calificar servicios de las Fuerzas Militares– Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva del señor ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ, se ajustó a la normativa vigente, y no se ha probado que haya sido expedido por motivos discriminatorios, fraudulentos o arbitrarios.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando los siguientes ejes temáticos: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico que regula el llamamiento a calificar servicio de los miembros de la fuerza pública, (iii) Marco jurídico, y (iv) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA. Lo probado en el proceso.

- Obra en el expediente extracto de hoja de vida del señor Alexander Valencia González, en donde se puede constatar que se vinculó a la fuerza pública, Ejército Nacional, desde el 1.º de diciembre de 2000 hasta el 20 de marzo de 2017.
- Se encuentra probado que el señor Alexander Valencia González fue retirado de la fuerza y llamado a calificar servicios, mediante el acto administrativo contenido en la Resolución nro. 1791 del 21 de marzo de 2017, notificada personalmente al actor dos días después, y en este el Ministerio de Defensa Nacional, dispuso:

"RESUELVE:

ARTÍCULO 1. Retirar del servicio de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva "Por llamamiento a calificar servicios", a los oficiales que a continuación se relacionan, a partir de la fecha de comunicación del presente acto administrativo, de conformidad con lo consagrado en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 5 de la ley 17352 de 2016) y 103 (modificado por el artículo 25 de la ley 1104 de 2006) del Decreto ley 1790 de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo así:

(...)

12. MY. VALENCIA GONZALEZ ALEXANDER 86.047.676

(...)"

- Obra en el expediente derecho de petición mediante el cual el actor solicitó al Ejército Nacional que se le expida copia del concepto emitido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa en el Acta nro. 02 del 28 de febrero de 2017 y de todas las diligencias y/o los actos previos a la emisión de dicho concepto.
- También se incorporó al expediente, credencial del actor en el que consta su grado: Mayor, y la fecha de ascenso: 29 de noviembre de 2013, y la fecha de expedición de la misma: 25 de junio de 2014.
- Obra igualmente, certificado de ingresos y retenciones del año 2016 perteneciente al actor, donde por concepto de ingresos únicamente de salarios registra el monto de \$ 78.017.144.85, y aportes a salud, pensión y solidaridad pensional y fondos de pensiones y cuentas AFC. Además, se anexa una tabla que especifica los montos gravados y no gravados de sueldo básico, primas y subsidio familiar.
- Obra certificación de la Dirección de Personal del Ejército donde certifican que en la nómina mensual de activos marzo de 2017 se le presupuestaron 30 días en comando Brigada Móvil #37 con lo devengado y los descuentos, dando como resultado un monto \$ 5.202.262.15 pesos.
- Obra el expediente administrativo del actor, donde reposa, entre otros, los documentos relacionados con antecedentes prestacionales. Se destaca de estos la Resolución nro. 583 del 3 de abril de 2017 por la cual se aprobó las hojas de servicios de un personal de oficiales retirados de las fuerzas militares, dentro de los cuales se encuentra el señor VALENCIA GONZALEZ.

SEGUNDA. Marco jurídico que regula el llamamiento a calificar servicio de los miembros de la fuerza pública.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

En primer lugar, es necesario recordar que conforme al artículo 216 de la Constitución Política, la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares -dentro de las que se encuentran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- y la Policía Nacional; a la vez que, según lo dispuesto en el artículo 217 *ibídem* los miembros de las fuerzas militares están sujetos a un régimen especial en materia prestacional, disciplinaria y de carrera.

Ahora, el Decreto 1790 de 2000¹, regula en su artículo 99 el retiro de los militares donde por disposición administrativa cesan de cumplir sus labores militares sin perder su grado militar, en los siguientes términos:

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.

¹ Decreto 1790 de 2000. Por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. 14 de septiembre de 2000.

Dejando claro que el retiro de los miembros de la institución 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. 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:

"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..."*

Además, se estableció finalmente en el citado decreto, en cuanto al retiro por llamamiento a calificar servicio, en su artículo 103, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006², lo siguiente:

*ARTÍCULO 25. El artículo 103 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:
Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.*

Conforme lo anterior, se puede colegir 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.

Ahora bien, el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 163 dispone cuáles son los requisitos para que los vinculados a la fuerza obtengan su asignación de retiro, en el siguiente tenor:

Artículo 163. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa*

² Ley 1104 de 2006. Por medio de la cual se modifican artículos del Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Militares. Diario Oficial No. 46.481. 13 de diciembre de 2006.

justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

Este último requisito lo consagra el Decreto 0991 de 2015 “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, que en su artículo 1. ° señala que será de quince (15) años de servicio activo, para aquellos escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004; y, a los demás, en el Decreto 4433 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, 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 corresponda.

Respecto del tema el Consejo de Estado en sentencia de 19 de julio de 2019³, estableció sobre el llamamiento a calificar servicio en la fuerza pública, lo siguiente:

“El llamamiento a calificar servicios corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las Fuerzas Armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal, en desarrollo de la cual el nominador tiene libertad para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades. (...) según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio. Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, el buen cumplimiento de las funciones ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo. De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro. Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley y para que proceda solamente es necesario que el policial demuestre: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares. Adicionalmente, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con ocasión de la prerrogativa de llamamiento a calificar servicios, no debe motivarse, sin embargo, cuando como en este caso, se advierten sus fundamentos en el acto enjuiciado, el juez debe analizar aquellos, con el fin de verificar la administración atendió los límites legales y constitucionales.

El Consejo de Estado en esta sentencia, reitera que cumplidos los requisitos para la asignación de retiro y por la potestad discrecional que tiene el ejército, no debe buscarse más motivación que la legal para realizar el llamado a calificar servicio, y tampoco es

³ CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Radicación número: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17)

relevante dar a conocer el concepto de la junta asesora al interesado, como lo reclama el actor:

"En virtud de lo anterior, tal y como se expresó en el anterior acápite, los artículos 99, 100 y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 facultan a la Administración para retirar por llamamiento a calificar servicios a aquellos oficiales que hubiesen cumplido 15 años o más de servicios, previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares; potestad que comporta carácter discrecional y en tal medida no es dable la motivación expresa del respectivo acto administrativo como tampoco la posibilidad de darle a conocer al interesado los fundamentos o soportes de la recomendación de la aludida junta, puesto que constituye una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, precedida por razones de conveniencia institucional.

En otras palabras, si bien es cierto se profiere el acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios en medio del ejercicio de la facultad discrecional, también lo es que ello se produce en aras a renovar al personal uniformado, previas razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta.

Más reciente, la misma Corporación, en sentencia del 8 de julio de 2021⁴, acogiendo criterios jurisprudenciales propios, y de la Corte Constitucional, señala:

"Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro⁵.

La causal de retiro en comento, se constituye en un instrumento importante para la administración, que permite el relevo generacional dentro de la línea jerárquica dentro de actuación que supone el ascenso de algunos miembros y la separación del servicio de otros, de ahí la especial connotación que adquiere frente a otras formas de retiro laboral. Tal característica ha sido objeto de análisis de la jurisprudencia en varias oportunidades. En efecto, la Corte Constitucional⁶ sostuvo:

*«[...] "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 desdolorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, **en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución.** Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio. [...]» (Resaltado intencional).*

Igualmente, el pronunciamiento contenido en la sentencia SU-091 de 2016⁷ se refirió al tema de motivación en el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios para indicar que en este caso, aquella está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos, a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, regla que en la

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00155- 01(1205-18) Actor: JUAN MANUEL PADILLA MALDONADO Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2016.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-072 de 1995. Referencia: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046.

⁷ Sentencia del 25 de febrero de 2016. Referencia: expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.

sentencia SU-217 de 2016⁸, juzgó conveniente para promover la «[...] necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial. [...]».

En esta última providencia la Corte Constitucional hizo énfasis en que la ley «[...] no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar [...]», de manera que es claro que no es exigible que el nominador exponga razones adicionales para la adopción de la decisión.

Por su parte el Consejo de Estado⁹ ha sostenido que el llamamiento a calificar servicios corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las fuerzas armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal, en desarrollo de la cual el nominador tiene libertad para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por otro lado, frente a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, el Consejo de Estado¹⁰ ha considerado:

*«[...] El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio **y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.***

[...]

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

En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, el buen cumplimiento de las funciones, ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo¹¹.

De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro¹².

Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley y para que proceda solamente es necesario que el militar demuestre: (i) tener un tiempo mínimo de

⁸ Sentencia del 28 de abril de 2016. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Radicado: 760012331000200501375 01 (0197- 2013).

¹⁰ Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01936-01.

¹¹ En este sentido se pueden consultar la providencia del 19 de enero de 2017. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).

servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Colofón, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con ocasión de la prerrogativa de llamamiento a calificar servicios, no debe motivarse, empero, cuando como en este caso, se advierten sus fundamentos, el juez debe analizar aquellos, con el fin de verificar si la administración atendió los límites legales y constitucionales.

Atendiendo el anterior panorama jurídico, el despacho se referirá al caso en concreto.

TERCERA. Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Descendiendo al caso en estudio, tenemos que el señor ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ busca la declaración de nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 1791 del 21 de marzo de 2017 mediante la cual se ordenó su retiro del servicio activo como oficial del Ejército Nacional, por llamamiento a calificar servicios, y el consecuente restablecimiento del derecho, que, según la demanda, consiste en que se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, como ascensos a que hubiere lugar, desde la fecha en que se dio su retiro del servicio, hasta cuando se materialice su reintegro, sin solución de continuidad.

Lo anterior al considerar que se presenta una falsa motivación en el acto enjuiciado, siendo por demás inconstitucional, al violentar garantías constitucionales y legales, y la falta de realidad o veracidad al sustentarse en una sentencia de tutela de la Corte Constitucional, amparado en una facultad discrecional que no es absoluta, sin tener en cuenta la idoneidad y aptitudes del militar retirado, y con desconocimiento de los actos previos a su expedición.

Para resolver, tenemos que, de las pruebas allegadas se puede concluir que el señor VALENCIA GONZALEZ en efecto estuvo vinculado en servicio activo del Ejército Nacional, por espacio de 18 años, 9 meses y 23 días, y que el último grado militar que ostentó para la fecha de su retiro fue el de Mayor. Así también, que mediante la Resolución nro. 1791 de 2017 de 21 de marzo de 2017 fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares, al ser llamado a calificar servicio.

De las fuentes de derecho invocadas en esta providencia, puede concluir este despacho 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, sin embargo, esto no se puede considerar como violatorio del derecho a la igualdad, más bien es una herramienta que permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales, que la institución disponga de un instrumento que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la junta asesora que corresponda.

Ahora bien, cuando se demande el acto administrativo con el cual se dispuso el retiro del militar, en la sentencia -SU 091 de 2016-, citada con anterioridad, 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, circunstancias últimas que se echan de menos en el presente proceso.

Al examinar el acto enjuiciado, esto es, la Resolución nro. 1791 de 21 de marzo de 2017, se concluye que fue expedido conforme a derecho, pues en particular, siguió el precedente jurisprudencial fijado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, para esta causal específica de retiro, como es: i) si el oficial retirado tenía el tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro; ii) si existió el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares; y iii) si el demandante demostró que los motivos fueron discriminatorios o fraudulentos.

En efecto, el accionante al momento de ser retirado del servicio activo contaba con más de 15 años de servicio, siendo, por tanto, acreedor de la asignación mensual de retiro.

Como antecedente a la expedición de la resolución nro. 1791, se tiene la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, según sesión del 28 de febrero de 2017, registrada en el acta nro. 02, transcrita en el mismo acto administrativo.

En cuanto al cargo de falsa motivación, debemos en primer lugar precisar que este alude a los motivos del acto administrativo y se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica o jurídica.

Ahora, cuando se trata de decisiones discrecionales, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 establece que, la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, que no es otra que el mejoramiento del servicio.

Para el actor, la expedición del acto administrativo acusado debió preceder de un concepto que debió ser puesto en su conocimiento, sin embargo, para el despacho ello se aparta de la realidad jurídica, pues es necesario recordar que este tipo de conceptos solo hacen parte de los actos preparatorios y no constituyen acto definitivo alguno, y, además, no puede tildarse de ilegal la no puesta en conocimiento de dicho acto, ya que no existe norma positiva que así lo indique.

Como se precisó anteriormente, en la Resolución nro. 1791 de 21 de marzo de 2017 se consignó la decisión integral de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, la cual recomendó el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios de los oficiales relacionados en la resolución, dentro de los que se encuentra el hoy demandante.

De esta manera queda claro, que el acto administrativo demandado cumplió en su expedición con los requisitos, desde el punto de vista formal, que garantizan el debido proceso, de lo que se colige que no existe violación de las normas en que debía fundarse y tampoco podría afirmarse una eventual desviación de poder por el incumplimiento de las formalidades debidas, pues como se indicó, al momento de su expedición se dio cumplimiento a los presupuestos de los artículos 100, literal a), numeral 3, y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000.

El accionante igualmente consideró que en su caso no se evaluó con razonabilidad su ejemplar trayectoria al adoptar la medida de retiro por llamamiento a calificar servicios. Al respecto, debemos indicar que efectivamente de ello da cuenta su hoja de servicios, no obstante, se itera que el fin del llamamiento a calificar servicios, como lo han considerado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, va dirigido a materializar la finalidad para la cual fue creado, que no es otro que permitir el ascenso y la promoción de otros uniformados y garantizar la estructura jerarquizada y piramidal de la institución.

Asimismo, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-217 de 2017, dijo que *“El buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro”*. En igual sentido el Consejo de Estado¹³ ha afirmado que *“el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la Policía Nacional, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad”*.

De lo que se desprende que, si bien en la hoja de vida del accionante se evidencia múltiples distintivos y felicitaciones en el desempeño de sus funciones, tal consideración por sí misma no impide el ejercicio del retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, tal como se indicó al examinar las normas que rigen esta facultad.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Consejero ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez. 15 de noviembre de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02334-00(AC)

Además, más allá de lo argumentado por el actor, se insiste, el retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera en la Fuerza Pública, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida deshonrosa o que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro.

De esta manera, fuerza concluir que los parámetros jurisprudenciales fueron debidamente aplicados y que de conformidad con el material probatorio recaudado la resolución por medio de la cual se retiró del servicio al demandante cumplió con los requisitos previstos por la ley y la jurisprudencia, sin que el actor arrojara prueba que demostrara lo contrario.

Igualmente, no probó que la medida del retiro por llamamiento a calificar servicios hubiera sido discriminatoria, pues no se demostró que otros oficiales, en su misma condición y con igual o menores calidades, no fueron retirados del servicio, por lo que no se puede declarar que el Ministro de Defensa faltó a la objetividad e imparcialidad en la decisión.

Aunado a lo anterior, el actor no demostró que el acto administrativo hubiera sido expedido arbitrariamente, esto es, contra la ley, pues como se advirtió, cumplió con los requisitos establecidos en la norma que facultaba a la entidad demandada para ello.

Finalmente, respecto de la notificación aparentemente irregular del acto administrativo enjuiciado, alegada en la demanda, el despacho considera que si bien el comandante de la Brigada Móvil nro. 37 Coronel GONZALO MORENO LEON no firmó el acta de notificación, se encuentra plasmada efectivamente la firma del actor en la misma y de quien notifica, el Suboficial de Talento Humano de la citada brigada, RUBEN EMILIO CORDOBA MENA, el 23 de marzo de 2017, por lo tanto, se entiende debidamente notificado de la decisión administrativa y tuvo conocimiento del acto administrativo, a plenitud.

Asentado en esto y reconociendo el precedente jurisprudencial que consta sobre el tema en estudio, el despacho considera ajustado a derecho y, por consiguiente, amparado de legalidad el acto administrativo que ordenó el retiro del servicio activo al actor, lo que impone la denegación de las súplicas de la demanda.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente caso, de manera que no hay lugar a imponerlas.

4. DECISIÓN.

Por lo expuesto Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas, según lo expuesto.

TERCERO. Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: jarconsultores@yahoo.es; notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co; mapaz@procuraduria.gov.co; claudia.diaz@mindefensa.gov.co;

Sentencia REDE núm. 173 de 30 de septiembre de 2021
Expediente: 19-001-33-33-008-2017-00250-00
Actor: ALEXANDER VALENCIA GONZALEZ
Demandado: LA NACIÓN. MIN. DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTO. Archivar el expediente una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

**Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca**

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:

c27e736c351dcd35b0f6016468be232cb46e6ae77d52e74cfaf66404b148c336

Documento generado en 30/09/2021 11:27:33 a. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**