Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (_30_) de noviembre mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICADO	**13 001 33 33 007 2019 00104 00**
DEMANDANTE	**MANUEL VIGENTE GUEVARA DIAZ**
DEMANDADO	**NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- JUNTA CALIFICADORA (JUCLA)**
TEMA	**Retiro discrecional por llamamiento a calificar servicios de un suboficial.**
SENTENCIA NO.	**NYRL 2020-098**

- **PRONUNCIAMIENTO**

El señor **MANUEL VICENTE GUEVARA DIAZ**, actuando por medio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- JUNTA CALIFICADORA (JUCLA)**, al cual se le dio el trámite del proceso ordinario y ha agotado todas sus etapas, razón por el cual el Despacho procede a emitir decisión de fondo.

- **ANTECEDENTES**

- **HECHOS**

Los hechos presentados en la demanda se pueden sintetizar de la siguiente manera:

El señor Manuel Vicente Guevara Díaz, se encontraba vinculado a las Fuerzas Militares de Colombia- Armada Nacional desde el año 1997 cuando ingreso como Infante de Marina regular para la prestación del servicio militar.

El accionante continuo como infante de marina voluntario hasta el año 2033, cuando se graduó como Infante Profesional, posteriormente, en el año 2009 obtiene ascenso al grado de cabo primero y, finalmente, en el año 2013 asciende al grado de sargento segundo.

Así las cosas, en el año 2013 estando activo y apto para continuar ascendiendo en la carrera militar a Sargento Viceprimero, comenzó a realizar los lapsos evaluables para el ascenso, los cuales se evalúan cada año mediante listas de las Juntas Calificadora quien es la encargada de evaluar. Son evaluados las listas con puntuación del 1 al 5, pero solo continúan en el proceso de ascenso aquellos que en su calificación sea 1, 2 y 3.

En estas circunstancias, el señor Guevara Díaz inicio en el año 2013 el proceso de ascenso y los lapsos evaluables, proceso que dura aproximadamente 5 años, por lo que la totalidad de los lapsos evaluados son 5 y en cada uno de esos lapsos obtuvo calificaciones que oscilan entre 2 y 3, quedando así dentro de los parámetros de buena calificación que exigen la junta.

Entonces, considera el accionante que, al haberse obtenido calificación satisfactoria en los 5 lapsos, se cumplió con todos los requisitos para el ascenso al grado de Sargento Viceprimero. Sin embargo, el día 30 de agosto del 2018, el Ministerio de Defensa a través de la Junta Clasificadora informan

que el señor Manuel Guevara no fue favorable para el ascenso, sustentando tal negativa en el Decreto 1790 del 2000 artículos 52 y 64.

En virtud de lo anterior, el actor mediante derecho de petición del 7 de noviembre de 2018 solicito el ascenso al grado de Sargento Viceprimero de la Infantería de Marina, en las mismas condiciones en que fueron ascendidos los demás participantes que participaron en el proceso y que si clasificaron.

Añade a lo anterior que en la petición mencionada de manera expresa se refirió a los argumentos con los cuales considera que queda desvirtuados los expuestos por el Ministerio de Defensa cuyo fundamento se encontraba en los artículos 52 y 64 del Decreto 1790, indicando que la Junta Clasificadora de la Armada Nacional se fundamentó en 2 causales inexistentes para negar el ascenso al señor Manuel Vicente Guevara Díaz, lo cual, según sostiene, le causo grandes perjuicios materiales al accionante dado que el proceso de ascenso duro 5 años y durante ese periodo el actor se sometió a todo tipo de exámenes y cursos que fueron costeados por él.

De otra parte, manifiesta que el 10 de diciembre de 2018 mediante Resolución No. 1256. La Armada Nacional, a través del comandante encargado, decide retirar del servicio activo de las Fuerzas militares al suboficial MANUEL VICENTE GUEVARA DIAZ. Por lo establecido en el artículo en el artículo 103 del Decreto ley 1790 2000, sin mediar una justa decisión por parte de la JUCLA,

- **PRETENSIONES**

  - Que se declare la Nulidad por Falta Y Falsa Motivación de la Resolución No. 1256 del 10 de diciembre de 2018, proferida por el comandante de la Armada, mediante la cual se resuelve RETIRAR al Sargento Segundo Manuel Vicente Guevara Díaz, del servicio activo de las Fuerzas Militares Armada Nacional.

  - A título de Restablecimiento del Derecho la NACION- MINISTERIOR DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL – JUNTA CLASIFICADORA debe reintegrar al señor MANUEL VICENTE GUEVARA DIAZ, al grado de Sargento Viceprimero, con grado y orden que a sus compañeros que participaron en el curso de ascenso y que fueron ascendidos.

- Se condene a la NACION- MINISTERIOR DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL – JUNTA CLASIFICADORA pagar por perjuicios morales al señor MANUEL VICENTE GUEVARA el equivalente a trescientos (300) S.M.L.M.V Y y a pagar las costas del proceso.

- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y se reconozca el pago de intereses comerciales durante los primeros 6 meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término.

- **FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**

Considera el apoderado judicial que con expedición de los actos acusados se han trasgredido s siguientes normas:
Falta de motivación y falsa motivación en el acto administrativo demandado, las cuales se constituyen como causales de nulidad del mismo.

1. Constitución Política: Artículo 90
2. Artículo 138 De la ley 14 37 de 2011

Sostiene en el libelo de la demanda que el Consejo de Estado ha precisado que para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, es necesario que para que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el

autor les ha dado, osea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

Indica que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo que se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principio constitucionales y legales que rigen la función administrativa.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

CONTESTACIÓN

NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL.

Señala la entidad accionada que de las pruebas allegadas al proceso se desprende que el Ex Suboficial Manuel Vicente Guevara Díaz, al momento en que se dispuso su retiro tenía más de 21 años de servicio, razón por la cual no es de recibo el argumento de que no se adelantó un proceso de estudio de su caso para optar por el retiro y que se fraguo una conspiración en su contra para darlo de baja del ente militar.

Sostiene que la medida de Llamamiento a Calificar servicio adoptado se justificó y fundamento en la normatividad que para tal efecto establece el Decreto 1790 del año 2000 la cual fue aplicada de manera puntual tanto en su trámite como en su forma y en ese sentido, el derecho al debido proceso fue garantizado en su integridad al demandante ya que su llamamiento se rigió por los preceptos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000 en cuanto a su trámite y aplicación.

Adicionalmente indica que, para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, la ley y la jurisprudencia no fija motivos que se deben ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por ley le está siendo dada a través del articulo 103 mencionado, es decir, solo es necesario que la persona a la que se le llama a calificar servicios haya estado en servicio activo por un lapso de 15 años.

Adicionalmente, menciona que el llamamiento a calificar servicio del señor ex Suboficial MANUEL VICENTE GUEVARA DIAZ, se ejerció como una facultad legitima para permitir la renovación del personal uniformado, teniendo en cuenta los resultados exigidos para ello, el tiempo de servicio y el derecho a la asignación de retiro. No se probó dentro del proceso que dicho llamamiento se utilizó como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

- **TRÁMITES PROCESALES**

La demanda se presentó el 20 de mayo de 2019 y fue posteriormente admitida mediante auto del 24 de mayo del 2019, siendo notificada a la parte demandada, Ministerio Publico y Agencia Nacional para la defensa jurídica del estado mediante correos enviados el día 20 de junio de 2019.

Por auto de fecha 10 de octubre de 2018, esta Casa Judicial citó a las partes para el 5 de diciembre del 2019, a fin de celebrar la audiencia inicial, sin embargo, la misma no pudo llevarse a cabo debido a la solicitud de aplazamiento presentada por el apoderado de la parte demandante y en atención a ello, mediante auto del 18 de diciembre de 2019 se fijó nueva fecha para la realización de la audiencia para el día 17 de marzo de la presente anualidad, la cual tampoco pudo llevarse a cabo como quiera que de conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura los términos judiciales estuvieron suspendidos entre el 15 y el 30 de junio de 2020 a causa de la contingencia generada por la pandemia Covid-19.

Posteriormente, mediante auto de 146 de fecha 1 de octubre de 2020 se ordenó correr traslado para alegar como quiera que la situación de este proceso se subsume dentro de la hipótesis prevista en el numeral primero del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, es decir, en el presente proceso no se ha realizado audiencia inicial y no hay pruebas que practicar, en la medida en que los sujetos procesales no pidió ninguna distinta a las documentales aportadas con la demanda y su contestación, y así mismo, el juzgado no considera necesario practicar pruebas de oficio por lo tanto no es necesario llevar a cabo la audiencia inicial del artículo 180 del CPACA y en su lugar e correrá traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

- **ALEGACIONES**

Demandante: no presento alegatos de conclusión

Demandando: se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y reitera los argumentos expuestos en la contestación de la misma aduciendo que al momento de expedirse el acto administrativo de retiro de servicio por llamamiento a calificación de servicios el accionante contaba con más de 21 años de servicio

El acto administrativo con el que se deicidio retirar el servicio activo al demandante se generó por parte de la administración con el lleno de los requisitos, situación que además hace que el acto sea perfectamente legítimo y además desprovisto de características que lo pudieran viciar.

Po lo tanto, el llamamiento a calificar servicio del señor Ex Suboficial MANUEL VICENTE GUEVARA DIAZ se ejerció como una facultad legitima para permitir la renovación del personal uniformado, teniendo en cuenta los requisitos exigidos para ello, el tiempo de servicio y el derecho a la asignación de retiro.

De esta manera, sostiene que al no probarse dentro del proceso que dicho llamamiento se utilizó como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder, ni ninguna otra causal de nulidad.

Ministerio Público: no presento alegatos de conclusión

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no rindió concepto.

- **CONTROL DE LEGALIDAD**

Efectuado el control de legalidad de que trata el Art. 207 del CPACA, al agotarse todas las etapas de este proceso, no observa el Despacho irregularidad alguna o causal de nulidad que invalide lo actuado, y en todo caso, cualquiera que haya podido presentarse ha quedado saneada, de conformidad con la preceptiva de la norma en cita, toda vez que ni las partes, ni el Ministerio Público han objetado el trámite impartido al proceso.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que como se ha dejado claro en el curso del mismo, esta judicatura es competente para conocer de este asunto, no ha operado la caducidad del medio de control judicial ejercitado, la demanda, en líneas generales, reúne los requisitos previstos en artículo 162 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, las partes tienen capacidad para comparecer, y están debidamente representadas, se procede a estudiar el fondo de la controversia sometida a nuestra consideración.

- **CONSIDERACIONES.**

- **Problema jurídico**

Establecidos los extremos de la presente controversia, el problema jurídico se contrae a determinar si el acto administrativo demandado, materializado en la Resolución Nº 1256 del 10 de diciembre de 2018, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares-Armada Nacional al señor Manuel Vicente Guevara Díaz, adolece de las causales de nulidad invocadas.

Para ello, debe determinarse **i)** si el acto acusado fue arbitrario y está inmerso en las causales de nulidad de Falsa Motivación y Falta de Motivación

En consecuencia deberá dilucidarse si el señor Guevara Diaz, tiene derecho a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o al cargo de Sargento Viceprimero al que debió ser ascendido al igual que sus compañeros, con el consecuente reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir.

- **Tesis del despacho**

A fin de resolver el problema jurídico **planteado**, el Despacho sostendrá la tesis de que en el presente caso no hay lugar a que el actor sea reintegrado al cargo que venía desempeñando cuando fue retirado del servicio activo en la Armada Nacional o a uno de mayor jerarquía, puesto que el actor no logró demostrar la configuración de las causales de nulidad de desviación de poder, falsa y falta de motivación del acto administrativo demandado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que se pudo comprobar dentro del proceso que 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, atendiendo 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, por lo cual no se exige la motivación del acto administrativo, ni exige que se tengan en cuenta las calificaciones positivas y las felicitaciones que obtuvo el uniformado durante su vida militar. Únicamente se exige que el uniformado cumpla con los requisitos para obtener la asignación de retiro, es decir, haber cumplido más de 15 años de servicio en la institución militar, lo cual ocurrió en el presente caso, pues el actor estuvo vinculado a la Armada Nacional por un poco más de 21 años.

Finalmente, se estableció que, conforme a las normas jurídicas que regulan la materia, no se exige el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para retirar del servicio a un suboficial.

La anterior tesis, se soporta en los lineamientos normativos y jurisprudenciales que se exponen a continuación:

- **Marco Normativo y Jurisprudencial.**
    - **Del retiro del personal de las Fuerzas Militares**

El marco general del retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, está consagrado en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000[1], que al tenor literal previeron:

> *«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*

[1] «por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.»

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. […]».

Por su parte, el artículo 100[2] señaló las causales de retiro en los siguientes términos:

«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; […]». (Subrayas fuera de texto).

Y el artículo 103, sobre el retiro discrecional preceptuó:

«ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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 a la normativa en cita, se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es el llamamiento a calificar servicios y el único requisito que se exige para disponer esta medida es que el oficial o suboficial haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

- **Retiro por llamamiento a calificar servicios**

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 retiro[3].

[2] Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016.
[3] Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2016.

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 Constitucional[4] 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 desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio. […]» (Subrayas fuera de texto).*

Igualmente, el pronunciamiento contenido en la sentencia SU-91 de 2016[5] 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 sentencia SU-217 de 2016[6], 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. […]"

Es esta misma providencia la Corte Constitucional enfatizó 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.

De otro lado, el Consejo de Estado[7] 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.

En ese orden, con respecto a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, el Consejo de Estado 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.*

---

[4] Corte Constitucional, sentencia C-72 de 1995. **Referencia: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046.**
[5] Sentencia del 25 de febrero de 2016. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.
[6] Sentencia del 28 de abril de 2016. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).
[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Radicación: 76001233100020050137501 (0197-2013).

[…]
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[8]. […]»

De lo anterior, puede inferirse que 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, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, 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[9].

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[10].

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 miembro de la fuerza pública 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, este último en el caso de los oficiales.

Por su parte la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU-237 de 2019 reitero su línea jurisprudencial en cuanto a que el llamamiento a calificar servicios no requiere una motivación, indicándose lo siguiente:

(i) Existencia de un precedente vinculante de la Corte Constitucional en la materia

Por medio de la Sentencia SU-091 de 2016, la Corte *"establec*[ió[*una* ***precisión*** *de la jurisprudencia, pues se mant*[uvo] *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* ***desarroll*****[ó]** *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"* (negrillas originales).

Del anterior precedente, se deben verificar los siguientes requisitos: *(i)* que el funcionario acredite un tiempo mínimo de servicio, en los términos del artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado

[8] Sección Segunda, subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014. Magistrado ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01936-01.
[9] En este sentido se pueden consultar las providencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicación 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), reiterado por la Subsección B, en la sentencia del 19 de enero de 2017.- Consejero ponente César Palomino Cortés. Radicación: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).
[10] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Magistrado ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).

por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016[11]; y *(ii)* que ese tiempo lo haga acreedor a una asignación de retiro. Esto, sin perjuicio de los casos en los que es obligatorio el concepto de la Junta Asesora.

En criterio de la Corte, exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios, *"se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal"*.

Frente al control judicial posterior, la Sala aclaró que el mismo no debe restringirse a la verificación formal de los mencionados requisitos. Estos deben evitar que la figura sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales, por ejemplo, como herramienta de abuso de poder o de retaliación. La carga de la prueba, de todos modos, es de quien demanda, lo que quiere decir que corresponde al interesado demostrar que el llamamiento a calificar servicios y, por ende, su retiro, se dieron por motivos ilegales o fraudulentos.

Conforme a lo anterior, *"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,* [sí] *deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten"*. Estas mismas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia SU-217 de 2016[12].

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

- **CASO CONCRETO.**

- **Acervo probatorio.**

Documentales

Revisado el expediente, se encuentra que el acervo probatorio recaudado en el mismo, está conformado por las siguientes pruebas documentales:

- Copia de la Resolución No. 1256 del 10 de diciembre de 2018.

- Extracto de hoja de vida del señor Manuel Vicente Guevara Díaz.

- Copia de las notificaciones de las calificaciones de los 5 lapsos en los que la Junta Clasificadora evaluó al señor Manuel Vicente Guevara de manera anual desde el año 2013 hasta el año 2018, con calificaciones que oscilan en puntajes entre 2 y 3.

- Copia del oficio No. 20180423470238705/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DISAN-SSS-AMEL-27.3 del 6 de julio de 2018 mediante el cual se remite informe de aptitud psicofísica de Ascenso Suboficiales septiembre 2018 remitiéndose el listado de personal considerado apto.

[11] En el caso de los Oficiales, el tiempo es el siguiente: 4 años para los rangos Subteniente, Teniente, Brigadier General y Mayor General; y 5 años para los rangos Capitán, Mayor, Teniente Coronel y Coronel.
[12] Allí se concluyó: *"(…) la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve 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"*.

- Copia del oficio 0146 del 22 de noviembre de 2018 mediante el cual el Director de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional da respuesta a la petición radicada por el apoderado del accionante el día 16 de noviembre de 2018.

- Copia de la impugnación presentada por el apoderado del señor Manuel Guevara al interior de la tutela identificada con radicado No. 130013333009-2018-00287-00 llevada en el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito.

Por su parte, la entidad accionada al momento de contestar la demanda aporto copia del expediente administrativo del señor Manuel Vicente Guevara Díaz el cual contiene además de los documentos aportados por la parte demandante, los documentos e información del accionante desde que inicio su desempeño en la Armada Nacional desde el año 1997.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el demandante, señor Manuel Vicente Guevara Díaz, manifiesta que fue retirado injustamente del servicio activo de las Fuerzas Militares- Armada Nacional, considerando que esta entidad, hizo uso de la figura de "retiro del servicio por llamamiento a calificar servicio" para disfrazar la verdadera razón de su retiro de la institución, pues realizo curso de ascenso con clasficación satisfactoria en los 5 lapsos evaluados por la Junta Clasificadora, lo cual, a su entender, constituye motivo suficiente para haber sido ascendido al igual que sus otros compañeros

De conformidad con lo anterior, afirma el demandante, que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de las causales de nulidad de falsa motivación, desviación de poder y falta de motivación; esta última, por cuanto considera que el acto administrativo por el cual se le retiró del servicio no estuvo motivado y tampoco se emitió un concepto desfavorable por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

Pues bien, analizadas las pruebas obrantes en el expediente, se observa que efectivamente el señor Manuel Vicente Guevara Díaz estuvo vinculado a la Armada Nacional como Suboficial desde el 16 de abril del año 1997 y fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios mediante Resolución 1256 del 10 de diciembre de 2018, tal como se pudo extraer del certificado emitido por la División de Hojas de Vida del Ministerio de Defensa, evidenciándose con ello que el accionante estuvo vinculado a la armada por un total de tiempo de servicio de 21 años, 7 meses y 25 días.

Ahora bien, se advierte que en la Resolución 1256 del 10 de diciembre de 2018 se ordenó el retiro del servicio el señor Manuel Vicente Guevara Díaz bajo la premisa de que el señor Guevara Díaz cumplió con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro por tener más de 15 años de servicio, lo cual no es producto de una sanción disciplinaria sino de la facultad legal conferida al Comandante de la Armada Nacional.

Seguidamente, teniendo en cuenta la jurisprudencia previamente citada en la parte considerativa de esta providencia, procede el despacho a analizar la regla jurisprudencial establecida de cara al caso concreto así:

Regla 1. Que el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios. Frente a este primer aspecto es válido mencionar que en la Resolución 1256 del 10 de diciembre de 2018 se señala expresamente que el retiro del servicio del señor Manuel Vicente Guevara Díaz fue por llamamiento a calificar servicios.

Regla 2. Que el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el Decreto 1791 de 2000, es decir, 15 años de servicio, en el presente asunto, se encuentra demostrado que el accionante estuvo vinculado a la Armada Nacional desde el mes de abril de 1997, por lo que se concluye que se encuentra demostrado que su vinculación sobrepasa los 15 años mencionados pues tuvo una duración de un poco más de 21 años de servicio

Regla 3. Que la persona retirada del servicio cumpla los requisitos para obtener la asignación de Retiro, de conformidad con lo señalado en la Regla 2, se reitera que el accionante tuvo una vinculación de más de 15 años de servicio con lo cual se hace acreedor al reconocimiento y pago de una asignación de retiro.

Regla 4. Que la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo, siempre que el mismo sea necesario. En este punto es preciso mencionar que si bien la Junta Clasificadora dio una calificación satisfactoria en los 5 lapsos evaluados entre 2013 a 2018, es importante señalar que mediante oficio del 22 de noviembre de 2018, emitido por el Director de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, indicándole que en relación a su solicitud de ascenso, "*no es posible acceder a la misma teniendo en cuenta que el Sargento Segundo Guevara Diaz Manuel Vicente no fue considerado favorable para ascenso de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000 como se comunicó mediante oficio48D de 30 de agosto de 2018.*

Aunado a lo anterior, es válido indicar que las normas invocadas en la Resolución Nº 0232 de 18 de marzo de 2016, acto administrativo de retiro del actor, fueron el Decreto Ley 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006 y el Decreto 0991 de 2015, preceptos vigentes para la fecha de expedición del acto demandado que, tal como se expuso en el marco normativo de esta providencia, señalan lo siguiente en cuanto al retiro de oficiales y suboficiales:

> *"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."*

A partir de la lectura de la norma transcrita se establece que el retiro general de los oficiales de las Fuerzas Militares, requiere un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. Entre tanto para el retiro de los suboficiales no se establece este requisito; basta con que haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro por llamamiento a calificar servicios en el casi de los suboficiales, esto es, que el acto administrativo de retiro haya sido expedido por el Comandante de la respectiva fuerza militar y que el uniformado tuviera 15 años de servicios.

De conformidad con lo anterior, el Despacho no comparte la aseveración efectuada por la parte demandante en cuanto a que el acto demandado adolece de nulidad pues el retiro del actor se adelantó sin el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, habida cuenta que, al ser el demandante un Suboficial de la Armada Nacional, no era necesario que su retiro estuviera recomendado en un concepto previo por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, pues como ya quedó suficientemente ilustrado, este requisito se exige exclusivamente para el retiro de los oficiales

Entonces, como se advierte, en el presente asunto se cumplieron todos los requisitos señalados por la jurisprudencia y la regulación legal requerida para el retiro del personal de las fuerzas militares por llamamiento para calificación de servicios.

De cara a todo lo expuesto anteriormente, para esta casa judicial no se advierten los supuestos vicios de desviación de poder y falsa motivación en el acto administrativo demandado, puesto

que, a diferencia de lo señalado por el demandante, no se observa una abierta discriminación por parte de la Armada Nacional hacia el señor Guevara Díaz y se estima que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, pues no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, o que por su simple parecer o especulación señale que existe una falsa motivación, lo cual indiscutiblemente ocurrió en el presente caso, pues el demandante no logró demostrar fehacientemente que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios desbordaron la facultad que tiene el nominador para separar del servicio activo al suboficial que cumplió más de 15 años en la institución; siendo dable concluir entonces que los cargos de falsa motivación y desviación de poder no están llamados a prosperar.

Ahora bien, en cuanto al cargo de nulidad de falta de motivación, debemos reiterar lo expuesto en el marco jurídico de esta providencia, en cuanto a que 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, atendiendo 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.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta 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.

En este sentido, debe colegirse que el acto demandado se fundamentó de conformidad con las normas establecidas en la ley, entre ellas se encuentra los artículos 55 y 57 del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, que señala «El personal de oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio», la cual es una causal de retiro del servicio activo. Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor Manuel Vicente Guevara Díaz siendo esta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. Lo anterior, tendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados.

Finalmente, es importante señalar que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el acto demandado que retiró del servicio al señor Manuel Vicente Guevara Díaz no debía expresar motivos adicionales a las normas que facultaban al Comandante de la Armada Nacional para llamarlo a calificar servicios por haber cumplido más de 15 años de servicio y tener derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro.

Colofón de todo lo expuesto con anterioridad, el Despacho advierte que el señor Manuel Vicente Guevara Díaz no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo enjuiciado, resultando válido inferir que la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicio, no es cosa diferente a razones del mejoramiento del servicio en la entidad y a la estructura piramidal de la carrera militar y en ese orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda.

Condena En Costas

el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[13], impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos,

[13] «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. 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 Código de Procedimiento Civil.»

y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso[14].

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, dentro del proceso con radicado Radicación número: 25000-23-42-000-2014-04338-01(0138-17), el 1 de marzo de dos mil 2018, ratificó que con la expedición del nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo se pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo entendiéndose:

> *"Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes."*

Así las cosas, como quiera que en el caso de marras no se encuentra que se hayan causado gastos procesales este despacho no condenara en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.

---

[14] «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALFREDO DE JESÚS MORENO DÍAZ
Juez

M.A.M.R

Firmado Por:

ALFREDO DE JESUS MORENO DIAZ

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 007 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

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:
eeb382e922cf2ec659a3a2cba8f3f3f596c477b8c5d7fc7551b172d58b7a3487

Documento generado en 30/10/2020 12:15:29 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica