



**JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -**

Bogotá, D.C., 30 de marzo de 2022.

Sentencia No.: 6
Expediente: 110013335-017-2018-00237-00
Demandante: Cesar Augusto Vargas Turizo
Demandada: Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional.
Asunto: Reintegro – llamamiento a calificar servicios.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda: Declarar la nulidad de la Resolución No. 8331 del 10 de noviembre de 2017, mediante la cual la demandada, decide retirar del servicio activo al señor Cesar Augusto Vargas Turizo, por llamamiento a calificar servicios, a partir del 15 de enero de 2018, fecha en la que se le notificó el acto administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar:

- i) Se ordene el reintegro del demandante, sin solución de continuidad, disponiendo el ascenso al grado que corresponda de manera que conserve su antigüedad y orden de prelación, una vez cumpla los requisitos necesarios, diferentes al tiempo de servicio en cada grado.
- ii) El reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, incluidos los valores que correspondan a la retroactividad en cada grado una vez se produzcan los ascensos.
- iii) Que los valores pagados sean reajustados conforme el artículo 4 del artículo 187 del CPACA, se dé cumplimiento en los términos del artículo 192 y 195 *ibidem* y se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos.

- El demandante ingresó a la Armada Nacional el 01 de diciembre de 1994, como teniente de corbeta (FI.10 PDF "01ExpedienteDigital).
- El 10 de octubre de 2017, la Junta Clasificadora para la Selección de Ascenso de Oficiales, emitió concepto informándole al accionante que *"no fue considerado favorablemente para ascenso"* (FI. 08 PDF "01ExpedienteDigital).
- La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, mediante Acta No. 009 del 06 de octubre de 2017, recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios del señor Cesar Augusto Vargas Turizo. (FI. 99-105 PDF "01ExpedienteDigital).
- Mediante Resolución No. 8331 del 10 de noviembre de 2017, se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares, al señor Vargas Turizo, cuando ostentaba el grado de Capitán de Fragata (FI. 04-06 PDF "01ExpedienteDigital). La anterior decisión le fue notificada personalmente el día 15 de enero de 2018 (FI. 07 PDF "01ExpedienteDigital).

Tesis del demandante: Considera que el acto administrativo mediante el cual se desvinculó al señor Vargas Turizo, del servicio activo de las Fuerzas Armadas, fue expedido con infracción a las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y desviación de poder, en atención a que la recomendación emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, que sirvió como fundamento para la Resolución 8331 de 2017, fue emitida vulnerando el procedimiento establecido en el Decreto 1790 de 2000, que establece que la decisión de retiro del

personal debe ir precedida de la evaluación de las listas de clasificación del personal, según el *Reglamento de Evaluación y Clasificación para el Personal de las Fuerzas Armadas*, pero que para el caso concreto solo se tuvo en cuenta que el demandante tenía el tiempo suficiente para acceder a la asignación de retiro y a que existía una recomendación de NO ascenso.

Tesis de la demandada: Señala que el acto administrativo mediante el cual se desvinculó del servicio activo al señor Vargas Turizo, fue expedido conforme la normatividad legal vigente y teniendo en cuenta la recomendación de la Junta Asesora de Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Que para el efecto, su representada constató en cumplimiento a lo establecido en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, que el demandante tuviera derecho a la asignación de retiro, como en efecto se indicó en el acto administrativo demandando cuando se manifestó que el señor Vargas Turizo, a la fecha tenía más de quince (15) años de servicio en la institución, por lo que a la luz de lo establecido en el Decreto 0991 del 2015, se hacía merecedor de una asignación de retiro.

Centra su defensa en la facultad discrecional de la administración (llamamiento a calificar servicios) figura que permite decidir la permanencia o el retiro cuando, a su juicio las necesidades del servicio así lo exijan, por lo tanto, la esencia del llamamiento a calificar servicios es la evolución institucional que conduce a la adecuación de su misión, visión y a los desafíos que enfrenta y que además es un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados facilitando el ascenso y promoción del personal y por tanto no fue cierto que el demandante se haya desvinculado del servicio activo en razón a intereses particulares como lo pretende hacer valer.

Afirma que por deficiencia probatoria, el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo, siendo improcedente procesalmente acceder a las pretensiones deprecadas.

Alegatos de conclusión:

Demandante: La Doctora Julieth Alexandra Castellanos Delgado, como apoderada judicial del demandante, alegó de conclusión manifestando que si bien el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere motivación particular, al momento de la expedición del acto administrativo demandado no se tuvieron en cuenta las reglas contenidas en la sentencia SU354 del 2017, configurándose un uso anormal de la facultad aludida. Refiere que para los ascensos se debe realizar el proceso de evaluación y clasificación para ascenso y retiro de oficiales contenido en el Decreto 1799 del 2000 con el fin de seleccionar los más calificados y además tener en cuenta: 1) El orden de las listas de clasificación elaborado por la Junta Clasificadora; 2) Excluir cualquier criterio de diferenciación expresamente proscrito por la Constitución Política; 3) Abstenerse de utilizar criterios subjetivos ajenos a la idoneidad profesional militar y; 4) Considerar los elementos relevantes de la actividad militar. Que en ese mismo sentido se dispuso en el Art. 53 de la norma en cita que las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre ascensos de personal, capacitación del personal y retiro de la institución.

Que en el asunto bajo estudio la decisión de retiro tuvo su origen en el hecho de no haber sido considerado el demandante, para ascenso al grado de Capitán de Navío, situación ante la cual nunca se expusieron los motivos que se adoptaron para tomar esa decisión y en su lugar solo se indicó que *“los ascensos a coronel o capitán de navío son de libre escogencia del Gobierno Nacional ...”*, afirmando además que los ascensos son discrecionales de la Fuerza, lo que se traduce en una confusión de la entidad demandada entre libertad de escogencia y arbitrariedad. Que una vez negado el ascenso, el Director de Personal de la Armada Nacional, CN Camilo Giraldo, contactó en distintas ocasiones al Oficial Vargas Turizo, para que solicitara su retiro por voluntad propia y ante la negativa se adoptó el llamamiento a calificar servicios, pues no de otra forma explicó como el acto administrativo de retiro tuvo como fecha de expedición el 17 de noviembre de 2017, pero su notificación se haya dado hasta el 15 de enero de 2018.

Que se demostró con los folios de vida del oficial y su declaración, que no existía ningún motivo para que la Fuerza argumentara que el no ascenso del oficial se debía a que este no cumpliera con los requisitos exigidos por la normatividad legal y que no reuniera el perfil requerido, puesto que el Oficial

no tenía ningún inconveniente de carácter judicial y de sanidad que limitara su continuidad en el servicio. Que contrario a ello se destacó en el servicio y sus calificaciones fueron sobresalientes a lo largo de su carrera militar y en especial durante el lapso calificable. Que el actor se encontraba en mejores posiciones que quienes continuaron el proceso de ascenso, pues fue clasificado en listas 1 y 2 entonces la decisión no se adoptó en aras del buen servicio público ni debido a necesidades del servicio. Además indica que se demostró que la accionada oculta información que permite demostrar su actuar irregular como quiera que omite dar a los evaluados y a las autoridades judiciales los documentos sobre la evaluación, argumentando reserva legal, evidenciándose así el desconocimiento del proceso de evaluación y violación al debido proceso y al principio de publicidad y contradicción.

Refiere que se probó que el accionante nunca fue formalmente notificado sobre las razones que tuvo la entidad demandada para no ascender y luego retirarlo del servicio activo, incluso después de haber solicitado información de manera formal a través de derecho de petición, donde lo único argumentando es la libertad de escogencia de la fuerza. Que tampoco es cierto que el retiro se hubiese efectuado por ausencia de cupos en la planta de Oficiales, pues como lo manifestó el actor en la declaración de parte rendida, el Capitán de Navío Carlos Rodríguez, encargado del alistamiento de los documentos de los oficiales postulados para ascenso, le indicó que habían 50 cupos y solo 35 aspirantes.

Que se demostró que previo al estudio para ascenso y al posterior retiro, el actor tuvo inconvenientes con el Almirante Ernesto Durán González, quien buscó imputar responsabilidad al demandante por denuncia de un anónimo que lo acusó de malos manejos administrativos, lo que implicó la apertura de un proceso en contra del señor Vargas Turizo; sin embargo, ante las irrefutables y contundentes pruebas se archivó la investigación. Que lo anterior prueba los sentimientos adversos del Almirante Durán, que como Comandante de la Armada, tiene incidencia en los procesos en que se le niega el ascenso y decide el retiro del demandante.

Que son tan claros los errores en el proceso de retiro del accionante que la demandada mediante oficio No. 20200041310387221 de fecha 06 de octubre de 2020, afirma que para la desvinculación del accionante no se requería concepto previo de la Junta Asesora y que el uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios podría ser aplicada en cualquier momento a quien cumpla requisitos para recibir asignación de retiro. Que se probó que el actor tuvo mejores calificaciones que otros oficiales que si continuaron en el proceso de ascenso, situación que no fue desvirtuada por la demandada.

Que se probó la afectación moral y económica del actor como quiera que la expedición irregular del acto administrativo desencadenó problemas que llevaron al actor a consultar especialistas en psiquiatría y a adelantar un proceso de divorcio. Refiere que no solo dejó de percibir los salarios y prestaciones que le corresponderían si estuviera activo, sino que la asignación de retiro que hoy percibe es inferior al salario que devengaba como Capitán de Fragata.

Que se demostraron los actos de discriminación contra el demandante al impedirle ingresar al Club Militar como consecuencia del retiro bajo la facultad de llamamiento a calificar servicios. Al respecto afirma que el Estatuto de Socios del Club Militar, consignado en el Acuerdo No. 5 del 10 de octubre de 2018, señala "**Capítulo VII- Artículo 23 Limitaciones para ser socio: No podrán ser socio en ninguna de las categorías: Literal E: Los Oficiales que se retiren por llamamiento a calificar servicios**".

Concluye indicando que ninguno de los hechos esbozados fue tachado de falso por la entidad demandada y requiere se decrete la nulidad del acto administrativo demandado y se acceda a las demás pretensiones de la demanda.

Parte demandada: El Doctor Diógenes Pulido, como apoderado judicial de la demandada, alegó de conclusión indicando que en materia de retiro por llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares, el marco legal corresponde a lo reglado por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Refiere que el accionante fue llamado a calificar servicios debido a que la Armada Nacional, no cuenta con la disponibilidad de planta de oficiales en los grados de Capitán de Navío y además cumplía con los parámetros establecidos y con los requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro al

llevar más de (23) años un mes(01) y (15) días años en el servicio activo.

Afirma que previo a la expedición del acto administrativo demandado, su representada agotó todos los procedimientos legalmente establecidos para el efecto por el Decreto 1790 de 2000, los cuales para el caso de oficiales y suboficiales son: Tiempo de servicio para el llamamiento a calificar servicios, tener derecho a la asignación de retiro y concepto favorable de la Junta Asesora. Que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene una decisión de esa naturaleza, esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual en el presente, caso no se probó. Refiere que la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador.

Referencia lo expuesto por la H. Corte Constitucional, en sentencia SU – 091 del 25 de febrero de 2016 y manifestado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, MP: Dr. Samuel José Ramírez Poveda. Expediente N° 2016-00563-001 el 30 de octubre de 2019, para concluir que el acto administrativo demandado es válido, eficaz y goza de la presunción de legalidad, no aportándose ninguna prueba por parte del extremo actor que evidencie que el mismo deba ser nulado; por lo tanto, debe permanecer incólume.

Identificación del acto enjuiciado: Se demanda la nulidad de la Resolución No. 8331 del 10 de noviembre de 2017 “*Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial Superior de la Armada Nacional*” (Fl. 04-06 PDF “01ExpedienteDigital”).

Problema jurídico: Consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado y con ocasión a ello, si es procedente el reintegro del demandante en la forma y términos solicitados.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho estudiará si el acto administrativo demandado fue expedido con infracción a las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y/o desviación de poder.

Solución al problema jurídico: Los cargos de nulidad del acto administrativo por infracción a las normas en que debería fundarse, falsa motivación y desviación de poder, que sirvieron de fundamento para las pretensiones no se configuraron, por lo tanto, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara la Resolución 8331 del 10 de noviembre de 2017.

Conforme con la conclusión que se extrae de la sentencia SU 217 de 2016 se negarán las pretensiones de la demanda en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) 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; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

A. ANÁLISIS DEL DESPACHO

Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa: El Decreto 2335 de 1972 “por el cual se reorganiza el Ministerio de Defensa Nacional” modificado en sus artículos 8, 35 y 36 por el Decreto 2218 de 1984, establece todo lo relacionado con las Juntas Asesoras, definición, organización y funciones, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Juntas Asesoras. Son las entidades asesoras del Ministerio de Defensa en todos los asuntos relativos a la organización y preparación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden interno.

Artículo 30. De La Organización De La Junta Asesora Para Las Fuerzas Militares. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares estará integrada por:

- A) El Ministro de Defensa Nacional;
- B) El comandante General de las Fuerzas Militares;
- C) Los Comandantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y
- D) Los Oficiales Generales y de Insignia en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá. (...)

Artículo 32. Presidencia de las Juntas. El Ministro de Defensa presidirá las Juntas Asesoras tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional.

Parágrafo. Cuando se trate de asuntos de personal, el Ministro podrá delegar esta función, en el Comandante General de las Fuerzas Militares para la Junta Asesora de las Fuerzas Militares y en el Oficial más antiguo de los miembros permanentes para la Junta Asesora de la Policía Nacional.

Artículo 33. Funciones de las Juntas Asesoras. Son funciones comunes de las Juntas Asesoras las siguientes:

(...) 3ª. Aprobar o modificar las clasificaciones de los Oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa, los ascensos, llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, así como recomendar los nombres de los Oficiales superiores que deban asistir a los cursos reglamentarios de acuerdo con las normas legales sobre la materia. (...).

Artículo 35. De la asistencia de Jefes de Personal. Cuando las Juntas Asesoras deban estudiar ascensos, retiros, llamamientos a cursos o al servicio u otros movimientos de personal formarán, también parte de ella los Jefes de Personal de la respectiva Fuerza, con derecho a voz pero sin voto. Cuando se trate de personal de la Policía, asistirá el Director de Personal, con voz pero sin voto.

Artículo 36. De las recomendaciones de las Juntas. Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el Ministro de Defensa. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta.”

Llamamiento a calificar servicios: El Decreto 1790 de 2000, “[p]or el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, en el Título IV “De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación” de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al “**retiro**” como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente en la obligación de prestar servicios en actividad.

“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”.

Dentro de las causales de retiro del servicio activo, el artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, contempla la siguiente:

“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: (...)

3. Por llamamiento a calificar servicios.”

El *eiusdem* supeditó el llamamiento a calificar servicios al hecho de que el retirado haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro de la forma que sigue:

“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”.

Por su parte el artículo 1º del 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” estableció:

“Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fijese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, de según corresponda, 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 13 del Decreto 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto (...).”

De las disposiciones transcritas se deduce que los artículos 100, literal a) numeral 3, y 103 del Decreto 1790 de 2000, así como el artículo 3º de la Ley 857 de 2003, que disciplinan la figura del retiro por llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares, deben ser analizados de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido en que solo procede el retiro por llamamiento a calificar servicios, si se cumplen los requisitos allí establecidos, para acceder a la asignación de retiro.

Es indudable que la causal de retiro denominada llamamiento a calificar servicios posee, entre otros, un requisito de orden cronológico que se refiere al mínimo de 15 años de servicio (artículo 1º del Decreto 0991 de 2015), pero también contiene un elemento discrecional¹ que es el que debe evaluar la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares (artículo 99 del Decreto 1790 de 2000) en orden a consignar en el acta respectiva la recomendación de retiro.

Al respecto, la Corte Constitucional en reciente sentencia² extrajo un cuadro comparativo en el cual se diferenció el retiro por voluntad del Gobierno, del retiro por llamamiento a calificar servicios, así:

“RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES	RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA
<i>La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del</i>	<i>La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este</i>

¹ Al respecto, véase la sentencia del 17 de noviembre de 2011 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado: 07779-2011.

² Corte Constitucional, sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016.

<p>servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.</p>	<p>pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.</p>
<p>Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a la asignación de retiro. (...)</p>	<p>Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.</p>
<p>Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón³.</p>	<p>Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro (requisito sine quanon), prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)</p>
<p>Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.</p>	<p>Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.</p>
<p>Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.</p>	<p>Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.</p>
<p>Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.</p>	<p>Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.</p>
<p>El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.</p>	<p>No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.</p>
<p>El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).</p>	<p>Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</p>

³ Cita interna de la sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016. "Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014".

<p><i>Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, 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.</i></p> <p><i>Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.</i></p>	<p><i>Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. ⁴</i></p>
---	--

En la misma providencia la Corte Constitucional concluyó del cuadro transcrito que las dos figuras difieren sustancialmente en su contenido, requisitos, efectos o consecuencias, pero que son similares en cuanto a la intención de retirar del servicio activo de la Fuerza Pública a quienes cumplan unos requisitos específicos, como en el caso del retiro por llamamiento, o se encuentren inmersos en circunstancias especiales por razones del servicio, como en el caso del retiro discrecional en las Fuerzas Militares o del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional, que generen el ejercicio de la facultad “discrecional” prevista en la normatividad vigente⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido en su jurisprudencia similares conclusiones, al efecto ha considerado que:

i) El llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional que conduce necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, y a los desafíos a los que se enfrenta una institución. Es una causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública, que sirve como instrumento para remover al personal de las instituciones militares y de policía, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro⁶. Por tanto, constituye un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.⁷

ii) El retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses⁸.

iii) Por regla general, el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, ya que se presume expedido con la finalidad de modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones⁹.

iv) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional que 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 demuestre¹⁰.

⁴ Cita interna de la Sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016. “Cuadro extraído del oficio OPTB-708115 del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), enviado por la Policía Nacional”.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 7 de abril de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00 (ac).

⁷ Sobre el particular el Consejo de Estado (Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01. v.et Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).

Estado de la cuestión: En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta la obligatoriedad de su motivación¹¹ pero entraña el cumplimiento de algunos requisitos por parte del militar para acceder a la asignación de retiro, acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva, que permite a las Fuerzas Militares un relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional sin que ello implique una sanción, pues el retiro dado en esta forma no es de carácter definitivo.

Caso concreto:

Del cargo de infracción a las normas en que debería fundarse: De lo anotado se colige que, de acuerdo con las normas citadas que además sustentan el presente cargo, los requisitos formales para retirar del servicio al actor se encuentran cumplidos en el *sub lite*, sin que se exijan requerimientos adicionales como los señalados por el actor al momento de sustentar el cargo, pues está probado que a la fecha de retiro del servicio el actor cumplía con más de 15 años para tener derecho a la asignación de retiro (Fl. 05 PDF “01ExpedienteDigital”), existe la Resolución 8331 del 10 de noviembre de 2017, suscrita por el Ministro de Defensa Nacional y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa contenido en el Acta No. 09 del 06 de octubre de 2017 mediante la cual se recomendó el retiro de varios militares, entre ellos el aquí demandante (Fl. 99-105 PDF “01ExpedienteDigital”).

Ahora bien, el demandante alegó como fundamento de la presunta ilegalidad del acto demandado que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, para pronunciarse debió tener en cuenta las listas de clasificación del demandante conforme lo establecido en el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000 y el cuerpo colegiado debía igualmente proferir el acto preparatorio (concepto previo) para que el nominador profiriera el acto administrativo demandado, configurándose en esta forma violación flagrante al debido proceso que genera trámite irregular del acto administrativo. Considera el Despacho que el anterior argumento expuesto en la demanda, tienen relación directa con las **calidades del demandante** en la prestación de sus servicios, para lo cual este Despacho solamente se remitirá a lo consignado en precedencia y que fue considerado por la Corte Constitucional en la SU 091 de 2016 en la cual se expuso que la aplicación del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro:

“Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público”¹².

Al respecto, aun cuando el Acta mencionada no es pasible de control de legalidad, no sobra precisar que para la aplicación de la facultad discrecional de retiro en estudio, el actor cumplió con la edad para acceder a la asignación de retiro y la Junta de Evaluación emitió la respectiva recomendación contenida en el Acta 09 del 06 de octubre de 2017, sin que existan requisitos adicionales que deban ser objeto de estudio por esta instancia.

Estas razones, adicionalmente conducen a que el cargo de **“infracción a las normas en que debería fundarse”** invocado no prospere.

Del cargo de Desviación de poder y falsa motivación. El acto acusado y de la facultad discrecional: El apoderado de la parte demandante señaló que el accionante fue retirado del servicio sobre la consideración de que no fue recomendado para el ingreso al curso de ascenso de Capitán de Navío.

Sobre este tema, como ya se enunció, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el llamamiento a calificar servicios, si bien es una causal de retiro del servicio activo *“(…) no comporta*

¹¹ A juicio de la Corte Constitucional al exigir motivación expresa a estos actos de retiro se desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, así como la facultad discrecional de estos organismos de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Cfr. Sentencia SU 091 de 2016.

¹² *Ibidem*.

*una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales (...).*¹³

Así, el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el funcionario público, pues es desvinculado, en este caso, de la Armada Nacional para disfrutar su asignación de retiro así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación¹⁴.

Ahora bien, en el evento que se estime que el llamamiento a calificar servicios se erige en una sanción, el interesado es quien tiene la carga de la prueba de demostrar que su desvinculación no obedeció al relevo de los mandos y a que cumplió el tiempo de servicios, sino a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura.

Para resolver, basta citar un aparte de la Sentencia de Unificación 217 de 2016, en la que la Corte Constitucional, se refirió al llamamiento a calificar servicios, *usado como herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos*, dejando en cabeza del demandante la carga probatoria, en los siguientes términos:

“19. No obstante lo anterior, el precedente fijado por la Corporación no desconoce que los actos de llamamiento están sujetos a un eventual control judicial. De esta manera, la Corte manifestó que los jueces administrativos en estos casos, no solo deben verificar que se cumplan con los requisitos de tiempo y recomendación de la junta, que deben quedar expresamente consignados en la resolución de retiro, sino también deben evitar que el instrumento sea utilizado como una herramienta de persecución por razones de diseminación o abuso de poder (como quiera que se busca evitar que la misma sea utilizada para desconocer los derechos fundamentales de los oficiales). Así, la sentencia de unificación que constituye un precedente vinculante para efectos de la presente providencia, señaló que:

*“En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (...). **Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos.** De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten” (resaltado fuera del texto)*¹⁵

Bajo el anterior parámetro, manifiesta el demandante que el acto demandado nació a la vida jurídica con un fin totalmente distinto e incompatible con las normas de carrera militar, toda vez que el sustento legal no fue el mejoramiento del servicio público sino que se buscó satisfacer intereses particulares utilizando *“la facultad para “expulsar” del servicio activo a un oficial que resultaba “incomodo” para los intereses de otros de sus miembros*”¹⁶.

También afirma el demandante que *“la decisión de no ascenderlo al grado de Capitán de Navío es, en realidad, la razón por la cual se propuso ante la JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, el retiro del servicio activo de la Armada Nacional del Oficial, de tal forma que el último acto administrativo de retiro se afecta por DESVIACIÓN DE PODER, porque fue expedido con una intencionalidad diferente a la perseguida en la norma”.*

Al respecto, es importante advertir, que el llamamiento a calificar servicios es procedente en los casos de

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de noviembre de 2011, proceso con radicado 68001-23-31-000-2004-000753-01 (0779-11).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 217 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵ SU 091 de 2015

¹⁶ Fl. 149 reverso.

quienes no son ascendidos al grado inmediatamente superior, en razón a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, pues por lógica no es posible materialmente que todos los oficiales logren el ascenso hasta el grado de General, en atención a que el número de vacantes en grados superiores es menor. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 10 de octubre de 2018, con ponencia de la Doctora Amparo Oviedo Pinto, Expediente 11001333500820170000301 indicó:

“(…) Así las cosas, el hecho de que algunos uniformados no sean ascendidos al grado inmediatamente superior y en consecuencia, son retirados por llamamiento a calificar servicios, no quiere decir que carecen de las condiciones personales y profesionales requeridas para desempeñar el cargo, tampoco que la administración las desconoció, habida cuenta que es imposible materialmente ascender a todos los uniformados al grado inmediatamente superior y mantenerlos en servicio activo.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el ascenso a los grados superiores, es una expectativa, pero no un derecho, misma razón por la cual el decreto ley 1791 de 2000 en sus artículos 20 y 21 establece que los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo “podrán” ser ascendidos previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, dentro del orden jerárquico de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación de Desempeño.

(…) estructura jerárquica piramidal conlleva necesariamente, por un lado, el ascenso de unos uniformados a las pocas vacantes que se presentan en el grado inmediatamente superior y por tanto el retiro del servicio activo de quienes no son ascendidos y cumplen las condiciones para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, habida cuenta que los miembros del grado inmediatamente inferior, también deben ser promovidos con el fin de renovar el personal en servicio activo”

Lo referenciado previamente, se estructura como razón suficiente para que estimar que la entidad demandada se encuentra facultada para decidir el llamamiento a calificar servicios de los uniformados que no fueron convocados a curso de ascenso y cumplan con el requisito de tiempo de servicios exigido para obtener una asignación de retiro, pues en tal caso, la demandada solo está dando aplicación a la normatividad que prevé su aplicación en esta específica situación.

Precisa el Despacho que aunque la manifestación no resulta clara, si es evidente que la desviación de poder en la jurisprudencia nacional ha sido considerada como el vicio que se presenta cuando la administración se aparta de la finalidad prevista, al menos implícitamente, en la regla de derecho y en tratándose de actos discrecionales la administración cuenta con un amplio margen de decisión, pues el ordenamiento jurídico le brinda un catálogo de opciones de libre apreciación por parte del aplicador de la norma, pero en todo caso, con límite en los derechos fundamentales y el interés general del servicio público.

En los eventos en los que se invoca la desviación de poder es fundamental la carga de la prueba que radica en el demandante, quien al alegar la existencia del cargo tendrá que aportar las pruebas que soporten sus afirmaciones para lograr el convencimiento del juzgador y comprobar que el acto administrativo no cumplió con la finalidad de su expedición o fue proferido con una diferente. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional:

“[Q]uien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten”¹⁷.

En el presente caso, lo que se pretende corroborar es la conexidad existente entre los hechos antes citados y los móviles de la expedición del acto acusado.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-091-16.

Debe señalarse, además, que por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 166 y 167 del Código General del Proceso, aplicables al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, por regla general, incumbe a las partes probar el supuesto fáctico normativo del cual se persigue un efecto jurídico deseado. Y atendiendo a que en el caso del llamamiento a calificar servicios por ser un acto recubierto de presunción de legalidad y con una motivación en el texto legal, le compete entonces a quien lo acusa acreditar la existencia de razones diferentes al buen servicio que a su juicio hayan determinado tal decisión de la administración.

En la audiencia de pruebas celebrada el día 27 de octubre de 2020, se recepcionó declaración de parte al Capitán de Fragata Cesar Augusto Vargas Turizo, quien efectuó un relato de los hechos que a su consideración fueron las causas reales de su retiro de la fuerza, indicando que debido a una denuncia anónima por presuntos malos manejos administrativos fue procesado disciplinariamente bajo el No. radicado 99042013004 del 2013, sin embargo, refirió que dicho trámite concluyó en archivo debido a que se demostró que no había incurrido en las faltas endilgadas. Que pese a ello, en providencia suscrita por el Almirante Ernesto Durán, se le efectuó llamado de atención. Afirma que el Almirante Ernesto Durán, posteriormente como Comandante de la Armada Nacional, decidió su retiro subjetivamente debido a que en el curso del trámite disciplinario referido no se le pudo sancionar.

Que su retiro se decidió pese a tener clasificación en lista 1 y 2 y mejores calificaciones que otros oficiales que si fueron recomendados para ascenso, pues de acuerdo a sus puntajes estimó encontrarse dentro del primer tercio de los 35 oficiales postulados. Al respecto comentó que el oficial de la junta clasificadora Carlos Arturo Rodríguez, le comentó que cumplía con los requisitos y no tenía antecedentes ni anotaciones de inteligencia ni contrainteligencia, además le comentó que habían más de 50 vacantes disponibles para el grado de Capitán de Navío y su grupo estaba conformado por 35 capitanes de fragata y todos ascendieron menos dos oficiales.

Indicó que el acto administrativo demandado le fue notificado el 15 de enero de 2018, casi dos meses después de su expedición sin motivo alguno y que durante ese lapso fue contactado en tres (03) oportunidades por el Director de Personal, el Capitán de Navío Camilo, para solicitarle el retiro por voluntario indicándole que esa decisión sería mas favorable para su hoja de vida, a lo que hizo caso omiso.

Además, al expediente se allegó como prueba documental el extracto de la hoja de vida del actor,¹⁸ concepto positivo y favorable suscrito por el Coronel Alejandro Vélez Ospina, como recomendación de ascenso a favor del actor¹⁹ solicitud de reconsideración de ascenso suscrita por el accionante el 10 de octubre de 2017,²⁰ certificado suscrito por el Director de la Junta Calificadora de la Armada Nacional, en la que se indica que dicha Junta, no expide lista de clasificación para definir el personal de Oficiales del grado de Capitán de Fragata que debían ser propuestos para ser retirados del servicio,²¹ certificado de clasificación en el que se evidencia el puntaje obtenido por el actor así: 2012-2013: 2 2013-2014: 2 2014-2015: 2 2015-2016: 1 2016-2017: 1,²² lo que resume los datos de los formularios de calificación allegados,²³ certificado de tiempos de servicio,²⁴ Acta No. 009 del 06 de octubre de 2017, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, recomendó el retiro por llamamiento a calificar servicios del actor,²⁵ Resolución No. 8331 del 10 de noviembre de 2017, por medio del cual se retira del servicio al actor²⁶ y certificado expedido por la Directora de Investigaciones Disciplinarias y Administrativas a nombre del actor en la que se registra sanción por hechos ocurridos en el año 2007²⁷.

¹⁸ Fl. 10-21 PDF "01ExpedienteDigital"

¹⁹ Fl. 33-35 PDF "01ExpedienteDigital"

²⁰ Fl. 38-39 PDF "01ExpedienteDigital"

²¹ Fl. 78 PDF "01ExpedienteDigital"

²² Fl. 79 PDF "01ExpedienteDigital"

²³ Fl. 155-215 PDF "01ExpedienteDigital"

²⁴ Fl. 07 del PDF "10PruebaRequerida".

²⁵ Fl. 09-72 del PDF "10PruebaRequerida".

²⁶ Fl. 73-77 del PDF "10PruebaRequerida".

²⁷ Fl. 79-80 del PDF "10PruebaRequerida".

De las pruebas obrantes en el expediente, no se encuentra probado que la expedición del acto administrativo demandado hubiese obedecido a razones diferentes a las del mejoramiento del servicio, pues al contrastar los diferentes medios de prueba anexos a los autos en conjunto con la declaración de parte rendida por el actor no se pueden evidenciar las supuestas razones que acarrearían la desviación de poder y que propiciaron el retiro del actor por motivos distintos o ajenos a los que otorga la facultad discrecional, de tal suerte, que la falta de elementos probatorios que permitan demostrar los supuestos intereses personales a los que obedeció el retiro del servicio activo del demandante nos remite a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, que indica que incumbe a las partes probar *“el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”*, recordando que sólo las afirmaciones hechas por el demandante, no son prueba suficiente, ya que se hace necesario evidenciar los fines adversos alegados. Como se ha entendido jurisprudencialmente, no es válido procesalmente construir su propia prueba, de tal suerte que el criterio valorativo de la declaración de parte rendida por el actor acompañada con las demás pruebas allegadas al proceso no rindió los méritos suficientes para demostrar el cargo alegado.

La jurisprudencia al desarrollar la noción de carga de la prueba, también ha tenido en cuenta las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden; así por ejemplo, ha dicho: *“(...) «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota» (...) quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi...”*²⁸. Razones por las que se concluye que pese a que corresponde al actor acreditar con suficiencia y certeza, que el acto de llamamiento a calificar servicios es contrario a derecho por encubrir motivos diversos al buen servicio, a fin de conseguir el amparo; en el presente caso el demandante no lo hizo.

De lo anterior, observa el Despacho que no se pudo comprobar que el retiro del servicio obedeciera a los hechos relacionados y que sustentan los cargos propuestos, pues las pruebas documentales obrantes en el plenario, no dan cuenta de ello.

Finalmente es necesario argumentar, en cuanto a las manifestaciones que destacan las calificaciones, menciones honoríficas y estudios del demandante, que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado²⁹, este tipo de razonamientos no son de recibo, por cuanto la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario.

El buen desempeño del actor en la Armada Nacional, no genera un fuero de inamovilidad, como lo ha considerado el Alto Tribunal de lo Contencioso en un caso similar contenido en sentencia del 1º de marzo de 2012, así:

*“(...) Adicionalmente, las circunstancias de buen desempeño en el ejercicio del cargo, que según el actor debieron pesar su permanencia en la entidad, como lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Corporación, no generan por sí solas, fuero de estabilidad en el empleo (...)”*³⁰

Por consiguiente, la idoneidad del actor en su trayectoria profesional como integrante de la Fuerzas Militares Armada Nacional, no inhibe el ejercicio de la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios.

En conclusión, en el *sub lite*, el actor no acreditó los fundamentos de sus pretensiones, lo que permite afirmar que al demandante no le asiste razón en lo pretendido con su demanda, pues no logró desvirtuar la presunción de legalidad propia del acto administrativo, por tanto, este continúa surtiendo sus efectos jurídicos y se considera expedido conforme a las disposiciones normativas. En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 17720.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proceso con radicado N° 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11).

Conclusión: Los cargos de nulidad del acto administrativo por infracción a las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y desviación de poder que sirvieron de fundamento para las pretensiones no se configuraron, por lo tanto, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara la Resolución 8331 del 10 de noviembre de 2017.

Conforme con la conclusión que se extrae de la citada SU 217 de 2016 se negarán las pretensiones de la demanda “en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) 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; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.

Costas: El Despacho, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta³¹.

I. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **Juez Diecisiete Administrativo de Bogotá – Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones hechas en precedencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias a que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Jara

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

³¹ Sentencia del 25 de mayo de 2006. Subsección B, C.P. Jesús María Lemos. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”.

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:

376c5e3fddc23e2e8585a319057cfe14712cba1404214c1dcba8cdb1ad235e37

Documento generado en 31/03/2022 05:11:08 PM

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