



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

Bogotá, D.C., 29 de julio de 2022.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00199-00¹

Demandante: Yecid Fernando Pabón Rueda.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

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. 5603 del 09 de octubre de 2019, emitida por el Ministerio de Defensa, mediante el cual se retira del servicio activo al Mayor Yesid Fernando Pabón Rueda con cedula de ciudadanía No 13.541.324. (Fl. 82-85 PDF "01ExpedienteDigital").

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) Que la entidad emita los actos administrativos necesarios para que el actor pueda finalizar el Curso de Estado Mayor 2019.
- iii) 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.
- iv) 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 al Ejército Nacional el 01 de junio de 2002, prestando sus servicios por 21 años, 05 meses y 15 días (Fl. 68 PDF "01ExpedienteDigital").
- Mediante Acta No. 151587 de septiembre de 2018, el accionante es seleccionado y recomendado para efectuar el curso de ascenso a Teniente Coronel, junto con otros 232 oficiales. (Fl. 94 PDF "01ExpedienteDigital").
- Que el Curso de Estado Mayor CEM 2019, inició clases el 08 de enero de 2019 y culminó el día 19 de noviembre de 2019, teniendo una duración de 10 meses y 11 días. (Fl. 172 PDF "01ExpedienteDigital").
- Mediante Resolución 008 del 16 de enero de 2019, se le concedió al actor comisión colectiva para estudios (Fl. 176 PDF "01ExpedienteDigital").
- El actor inició el curso y tras 9 meses de desarrollo, el 11 de octubre de 2019, se le comunica el retiro por llamamiento a calificar servicios mediante Resolución 5603 del 09 de octubre de 2019, faltándole 2 materias para su normal terminación (Fl. 172 PDF "01ExpedienteDigital").

¹ angelica.velez.gonzalez@gmail.com;
angelica.velez@buzonejercito.mil.co;

yesidfernandoparu@hotmail.com;

carlosapinof@gmail.com;

- Se expidió la Resolución No. 5603 del 09 de octubre de 2019, mediante la cual se retira del servicio activo de las fuerzas militares al accionante (Fl. 82-85 PDF "01ExpedienteDigital").

- Que el actor obtuvo las siguientes clasificaciones los últimos 5 lapsos: 14-15:3, 15-16:2, 16-17: 2, 17-18:2, 18-19: 3. (Fl. 198 PDF "01ExpedienteDigital").

Tesis del demandante: Considera que el acto administrativo mediante el cual se desvinculó al MY Pabón Rueda, del servicio activo de las Fuerzas Militares, fue expedido de forma irregular, infringiendo las normas en que debería fundarse, con falsa motivación y desviación de poder.

En primer lugar expresa que en el concurso de selección para realizar el curso CEM 2019, participaron trecientos cuarenta y tres (343) Oficiales de grado Mayor, aclarando que "todos los participantes" del concurso que se realizó en el año 2018, tienen el tiempo y el derecho a asignación de retiro, y de acuerdo a las vacantes en razón de estudio pormenorizado realizado por un Comité de Ascenso integrado por un (1) Brigadier general y trece (13) Coroneles, con fundamento en las normas de evaluación y clasificación anteriormente citadas, seleccionan 233 oficiales, entre los cuales se encuentra el accionante, de tal suerte que el Mayor Yecid Fernando Pabón Rueda.

Que el señor Mayor YECID FERNANDO PABON RUEDA, aprueba de forma satisfactoria las pruebas de admisión como lo acredita el Oficio Radicado No 104076 de fecha 27 de enero de 2020, motivo por el cual mediante Resolución No 008 de fecha 16 de enero de 2019 fue enviado en comisión colectiva permanente de estudios a realizar el curso de ascenso en la Escuela Superior de Guerra.

Que se impidió sin justificación alguna la culminación del curso de ascenso para ascender al grado de Teniente Coronel al actor. Que faltándole tan solo dos (02) materias para la terminación y aprobación del curso CEM-2019, de forma arbitraria es llamado a calificar servicios, vulnerando el derecho que "SE HABÍA GANADO EL ACTOR MERITOCRATICAMENTE", transgrediendo el derecho fundamental al debido proceso administrativo, el principio constitucional de confianza legítima y seguridad jurídica al cambiar sin ningún motivo las condiciones del actor impidiendo la terminación del curso de ascenso.

En segundo lugar expresó que el accionante fue enviado a realizar pruebas de admisión las cuales aprobó satisfactoriamente, siendo enviado en comisión de estudios a la Escuela Superior de Guerra mediante resolución No. 008 de 2019, que a su vez, por el buen rendimiento académico el Mayor Pabón Rueda, fue enviado en comisión transitoria al exterior mediante Resolución No. 192 del año 2019, para continuar su capacitación, asimismo al llegar del viaje sustenta el trabajo final de grado obteniendo una calificación de 4.6, pero a falta de cursar dos materias para finalizar el curso y ser clasificado al grado de Teniente Coronel, de forma arbitraria es retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicio, en perjuicio del respeto al principio de buena fe, acto propio, confianza legítima, debido proceso administrativo.

Que el Ministerio de la Defensa mediante la Directiva No 22 de 2019, exige certificación en la cual se indique que el oficial propuesto para retiro por llamamiento a calificar servicios, "NO se encuentre en proceso de ascenso, Que no se encuentra en comisión al exterior" con el fin evitar errores, detrimento al patrimonio público y arbitrariedades dentro de la administración. Que mediante certificación del 04 de septiembre de 2019, se afirma que el actor "no se encuentra en proceso de ascenso" situación que no corresponde a la realidad y que induce en error a los subsiguientes departamentos encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos para el retiro culminando en la expedición de un acto administrativo estructurado en información falsa.

Afirma que no existió propuesta del comando del ejército, ni estudio que realizara la junta asesora del ministerio junto con los soportes de las diferentes situaciones administrativas de personal, que se encuentren relacionadas en el Acta No. 10 del 03 de septiembre de 2019, motivo por el cual la Resolución No. 5603 del 09 de octubre de 2019, nace viciada por expedición irregular con violación al debido proceso administrativo toda vez que carece de requisitos sustanciales para la formación del acto administrativo final.

Solicita al Despacho aplicar un control difuso de constitucionalidad, fundamentado en el Art. 4º de la Constitución Política, con el objeto de verificar la violación *iusfundamental* advertida, con el objeto de acceder a las pretensiones deprecadas.

Tesis de la demandada (PDF “08Contestacion”): Afirma que la Resolución fue proferida con el cumplimiento de los reglamentos de la Institución y los Decretos que rigen el régimen de carrera de las FFMM y posee motivación legal. Dice que la decisión contenida en el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad y así deberá declararse, toda vez que su expedición obedeció al cumplimiento de las disposiciones que así lo autorizan, esto es, el Decreto 1790 de 2000.

Que el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, señala las causales de retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y en su literal a) numeral 3º, contempla el retiro temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios. Que de igual manera, el artículo 103 señala que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro y en consecuencia, al demandante le era adaptable la citada norma, pues contaba con 20 años y 12 días de servicio.

Afirma que esa decisión no es producto de una sanción disciplinaria, penal o de cualquier otra índole, sino una facultad que está consagrada en el Decreto Ley 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal militar, la cual obedece a la necesidad de la renovación de los cuadros de mando de la Institución.

Manifiesta que la idoneidad y excelente desempeño de las funciones que alega el demandante en su demanda como cortapisa o impedimento para que la entidad no lo hubiere llamado a calificar servicios, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no generan por sí solas fuero de estabilidad.

Dice que la facultad discrecional le permite a la Institución retirar en cualquier momento al personal que considere que ya ha cumplido con su misión en el Ejército y de ninguna manera el hecho de estar cursando o inclusive aprobar el CEM le otorga el derecho a los alumnos oficiales a ascender al grado inmediatamente superior. Que la parte actora se equivoca al afirmar que el demandante contaba con un “derecho adquirido” por el simple hecho de estar cursando el CEM para ascender al grado de Teniente Coronel, ya que no le otorga bajo ninguna óptica dentro de la institución, la garantía de ascender o permanecer indefinidamente en el Ejército, pues se desdibujaría la discrecionalidad de la Fuerza.

Frente al reconocimiento de los ascensos correspondientes, se opuso pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, NO es procedente acceder al ascenso solicitado por el demandante, como quiera que éste supone una serie de presupuestos que sólo se cumplirían si el demandante se encontrara en servicio activo, que la figura de reintegro sin solución de continuidad NO puede implicar ascensos retroactivos.

Referencia lo expuesto en la Sentencia de Unificación 217 de 28 de abril de 2016, y solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones formuladas.

Alegatos de conclusión:

Parte demandante: Con memorial allegado al Despacho a través de correo electrónico, el apoderado judicial de la parte accionante manifestó que con fundamento en las Sentencias SU 091-2016, SU 217-2016, SU 237-2019, expone los actos arbitrarios, fraudulentos y con desviación de poder, transgrediendo derechos fundamentales del Mayor YECID FERNANDO PABON RUEDA en su retiro por llamamiento a calificar servicios indicando:

Que el Ministerio de la Defensa Nacional emitió el Acto Administrativo Directiva Permanente No 22 de 2019 con el fin de emitir instrucciones de obligatorio cumplimiento, entre ellas al Comando del Ejército, para la elaboración de los actos administrativos que deban ser suscritos por el señor Presidente de la República y/o por el Ministro de Defensa, por la necesidad de unificar los requisitos y procedimientos para la elaboración y trámite de los proyectos de actos administrativos que se gestionan para las autoridades enunciadas y en esta dispuso instrucciones particulares para la expedición del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, entre las que se encuentra “Certificación suscrita por la autoridad administrativa competente, que certifique (...) Que

no se encuentra en proceso de ascenso, que no se encuentra en comisión al exterior, comisión en la administración pública, entidad oficial o privada (...). Que el accionante fue seleccionado y recomendado para realizar curso de Estado Mayor CEM2019, en suma, presento y aprobó los exámenes de admisión a la Escuela Superior de Guerra, motivo por el cual el demandante fue enviado en comisión de estudios a entidad oficial (ESDEGUE) mediante resolución No 008 de 2019 a realizar el curso de ascenso al grado de Teniente Coronel, motivo por el que no era posible el retiro por llamamiento a calificar servicios del actor, pues en ese momento Pabón Rueda se encontraba en proceso de ascenso y en comisión de estudios en una entidad oficial.

Que con el objeto de satisfacer este requisito se aportó certificación fraudulenta con la que se hizo incurrir en error a las demás autoridades encargadas de tramitar el retiro del actor, como se evidencia a continuación:



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DIRECCION DE PERSONAL

Bogotá D.C. 04 de septiembre de 2019

QUE PARA LOS EFECTOS DEL RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS DE LOS SEÑORES OFICIALES SUPERIORES RELACIONADOS A CONTINUACIÓN, PROPUESTOS POR EL SEÑOR GENERAL COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL, RECOMENDADO POR LA HONORABLE JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DEFENSA NACIONAL PARA LAS FUERZAS MILITARES, EN SESIÓN ORDINARIA SEGÚN ACTA N° 10 DEL 03 DE SEPTIEMBRE DEL 2019, SE CERTIFICA QUE, EL NÚMERO DEL DOCUMENTO DE IDENTIDAD, EL TIEMPO DE SERVICIO EN LA INSTITUCIÓN, ASÍ COMO EL ARMA, UNIDAD Y SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ACTUAL, ES COMO A CONTINUACIÓN SE RELACIONA, NO TIENEN OBLIGACIONES PENDIENTES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO AL TÉRMINO DE UNA COMISIÓN DE ESTUDIOS, NO SE ENCUENTRAN EN COMISIÓN EN EL EXTERIOR, NI EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NI JUSTICIA PENAL MILITAR NI EMPRESA PRIVADA, NO SE ENCUENTRAN EN PROCESO DE ASCENSO; POR OTRA PARTE NO TIENEN PENDIENTE POR DISFRUTAR VACACIONES, DE IGUAL FORMA SE CUENTA CON LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL PARA EL PAGO DE LOS TRES (03) MESES DE ALTA CORRESPONDIENTES Y NO HAN SIDO REINTEGRADOS POR ORDEN JUDICIAL, ASÍ

A PARTIR DE LA COMUNICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO								
No	GDO	ESP	NOMBRES Y APELLIDOS	C.C.	T. GRADO	T. SERV	UNIDAD	ESTADO
01	MY	INF	PABON RUEDA YECID FERNANDO	13541324	4-2-19	20-1-14	ESGAL	COMISION
02	MY	CAB	RAMIREZ ROJAS WILLIAM RICARDO	4253489	4-2-24	19-6-9	ESGAL	COMISION
03	MY	INF	ESCOBAR LIZARAZO JORGE ALBEIRO	80031677	3-8-20	19-5-18	BAEEV10	LABORANDO
04	MY	ART	CONTRERAS SALAZAR HERBERTH HUMBERTO	88226557	3-3-1	19-0-7	CBR29	LABORANDO
05	MY	ART	HIGUERA GONZALEZ NESTOR DAVID	74080779	2-2-24	18-1-9	BASRO	LABORANDO
06	MY	ART	GAVIRIA HERNANDEZ EDUVIEL RIGOBERTO	7719637	2-2-21	18-11-9	BAEEV16	LABORANDO

Teniente Coronel CARLOS FERNANDO RUIZ VARGAS
Oficial de Ascensos y Retiros

Que lo anterior demuestra que en contra del actor se manifestó de forma fraudulenta y arbitraria que no se encontraba en proceso de ascenso y que no se encuentra en comisión de estudios. Esta certificación fue presentada con la propuesta del Comandante del Ejército a la reunión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y que como consecuencia vició de nulidad el acto demandado.

Por otro lado indicó que la falta de contestación de la reforma a la demanda genera indicio grave en contra de la entidad demandada o el particular. En suma y conforme lo expuesto solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Con memorial allegado a través del correo electrónico del Despacho, la parte accionada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y afirmó que de la normatividad estudiada y los argumentos presentados, así como de la documental aportada, se puede establecer que el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad, pues fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, siguiendo los lineamientos establecidos por la Institución y las leyes; por consiguiente toda invocación de nulidad contra el mismo debió ser necesaria y debidamente probada, situación que no ocurrió y por lo tanto deberán negarse las pretensiones de la demanda.

Que la figura mediante la cual se retiró del servicio al actor, está establecida para tal fin, cumpliendo los requisitos que para ello se imponen a la Institución, siendo estudiado por la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, dando como resultado la

recomendación del retiro del servicio activo y su llamamiento a calificar servicios, por las razones que se encuentran consagradas en el Acto Administrativo demandado.

Identificación del acto demandado: Se demanda la nulidad de la Resolución No. 5603 del 09 de octubre de 2019, emitida por el Ministerio de Defensa, mediante el cual se retira del servicio activo al Mayor Yecid Fernando Pabón Rueda con cedula de ciudadanía No 13.541.324. (Fl. 82-85 PDF "01ExpedienteDigital).

Problema Jurídico: Consiste en establecer si el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por los cargos propuestos en la demanda y si como consecuencia de ello el Mayor Yecid Fernando Pabón Rueda, tiene derecho al reintegro en la forma y términos solicitados con el consecuente pago de salarios y demás emolumentos percibidos en actividad, desde la fecha de su desvinculación.

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

Solución al problema jurídico: Los cargos de nulidad del acto administrativo por haber sido expedido en forma irregular, infringiendo 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 No. 5603 del 09 de octubre de 2019.

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; (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”*.

Con el material probatorio allegado no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado ni se logró evidenciar el supuesto uso indebido de la facultad discrecional de llamamiento a calificar servicios.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa Nacional: 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 31. De la Organización de la Junta Asesora para la Policía Nacional. La Junta Asesora para la Policía Nacional estará integrada por:

- A. El Ministro de Defensa Nacional;
- B. El Jefe del Estado Mayor Conjunto;
- C. El Secretario General del Ministerio de Defensa;
- D. El Director General de la Policía Nacional;
- E. El Subdirector de la Policía Nacional;
- F. Los Oficiales Generales de la Policía Nacional 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:

1ª (...);

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, “Por 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 discrecional² 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 sentencia³ 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 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.</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 pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.</i>

² Al respecto, véase la sentencia del 17 de noviembre de 2011 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado: 07779-2011.

³ Corte Constitucional, sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016.

<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 escalafón⁴.</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>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</p>	<p>Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</p> <p>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</p>

⁴ 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".

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.

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.

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. ⁵

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 vigente⁶.

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 retiro⁷. 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.⁸

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 castrenses⁹.

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 funciones¹⁰.

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 demuestre¹¹.

Estado de la cuestión: En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta la obligatoriedad de su motivación¹² pero entraña el cumplimiento de algunos requisitos por parte del

⁵ 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”.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

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

⁸ 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).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ 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).

¹² 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.

militar para acceder a la asignación de retiro, acompañado de la recomendación emitida por la Junta de asesora del Ministerio de Defensa, 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:

De los cargos de infracción a las normas en que debería fundarse y la expedición irregular: 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. 68 PDF “01ExpedienteDigital”), existe la Resolución No. 5603 del 09 de octubre de 2019, suscrita por el Ministro de Defensa Nacional y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Armadas, contenido en el Acta No. 10 del 03 de septiembre de 2019 mediante la cual se recomendó el retiro del aquí demandante (Fl. 109-115 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 emitir propuesta del comando del ejército y estudio junto con los soportes de las diferentes situaciones administrativas de personal, careciendo entonces de requisitos sustanciales para la formación del acto administrativo final. Que el cuerpo colegiado debía igualmente proferir el acto preparatorio (concepto previo) para que el nominador proferiera el acto administrativo demandado, configurándose en esta forma violación flagrante al debido proceso que genera trámite irregular del acto administrativo. Al respecto se tiene que conforme al Art. 33 del Decreto 2335 de 1972, dentro de las funciones de la Junta Clasificadora, no se encuentra las de proferir dicho acto preparatorio.

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”¹³.

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 el tiempo para acceder a la asignación de retiro y la Junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional emitió la respectiva recomendación contenida en el Acta No. 10 del 03 de septiembre de 2019, 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.

Desviación de poder y falsa motivación. Del acto acusado y de la facultad discrecional: El apoderado de la parte demandante señaló que el accionante fue retirado del servicio a través del uso indebido de la figura de llamamiento a calificar servicios, pues su motivación no tuvo en cuenta que el actor se encontraba transitando curso de ascenso CEM 2019 y que al momento del retiro le bastaba solo culminar 2 materias para finalizar el mismo.

¹³ *Ibidem*.

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 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 (...)*".¹⁴

Así, el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el funcionario público, pues es desvinculado, en este caso, del Ejército Nacional, para disfrutar su asignación de retiro, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación¹⁵.

Ahora bien, en el evento que se estime que el llamamiento a calificar servicios se utiliza como un medio arbitrario para desvincular al integrante de la Fuerza Pública, 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)¹⁶

Bajo el anterior parámetro, manifiesta el actor que el acto demandado nació a la vida jurídica con falsa motivación e incompatible con las normas de carrera militar, toda vez que el sustento legal no fue el mejoramiento del servicio público o la satisfacción de los requisitos para acceder a la asignación de retiro, sino que se basó en un certificado fraudulento en el que se indicó que al momento de su retiro no se encontraba en proceso de ascenso o no se encontraba en comisión al exterior, comisión en la administración pública, entidad oficial o privada, como se estableció en la Directiva Permanente No. 22 de 2019, haciendo incurrir en error a las demás autoridades de la Institución encargadas de tramitar el retiro por llamamiento a calificar servicios.

Se afirma además en la demanda que en el proceso de retiro del actor no se tuvo en cuenta sus folios de vida, ni su trayectoria militar sino únicamente la configuración de los dos presupuestos legales para retirar

¹⁴ 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).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 217 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁶ SU 091 de 2015.

al actor, es decir, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la Asignación de Retiro y la existencia del Acta expedida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

Al expediente se arrimó extracto de la hoja de vida del accionante donde se evidencia un tiempo de servicios de 21 años, 05 meses y 15 días (Fl.68-74 PDF “01ExpedienteDigital”) así como las clasificaciones del Mayor Yecid Fernando Pabón Rueda, para los últimos 5 lapsos: 14-15:3, 15-16:2, 16-17: 2, 17-18:2, 18-19: 3. (Fl.198 PDF “01ExpedienteDigital”). Constancia expedida por la Secretaria Académica y el Vicedirector Académico de la Escuela Superior de Guerra, donde se evidencian notas del accionante al transitar el CEM 2019 (Fl.231 PDF “01ExpedienteDigital”). y el Acta No. 151587 del 28 de septiembre de 2018, mediante la cual se consideró al actor para Curso CEM – CEM 2019 (Fl.149-153 Del PDF “01ExpedienteDigital”). De las mismas se evidencia las excelentes calidades militares del actor pues clasificó en listas 2 y 3 para el periodo comprendido entre los años 2014 y 2019.

Alegó el actor que su retiro del servicio se dio faltando 2 materias para culminar el curso de ascenso CEM-2019, situación anormal en el desarrollo de la carrera militar, pues el hecho de haber sido considerado para el curso significa que fue evaluado y aprobado para el mismo y como consecuencia cumple las calidades requeridas para hacer parte de la fuerza. Adicionalmente manifiesta que el ciclo normal de llamamiento a calificar servicios debe darse en caso de no ser recomendado para ascenso, lo que no fue su caso.

Sobre este reproche el Despacho encuentra, que en primer lugar, no está probado que el retiro haya obedecido a un motivo distinto a mejorar el servicio, otras razones no fueron probadas con certeza, en efecto, no hay en el expediente ninguna prueba que dé cuenta de ello. Por el contrario, en el acto demandado se hizo un recuento de los requisitos legales y jurisprudenciales para que se configurara esta causal, ante lo cual no se encuentra ningún reproche, pues se reitera, el demandante tenía el tiempo suficiente para acceder a la asignación de retiro. Este cargo no fue más allá de ser una mera afirmación carente de sustento, pues no se logró evidenciar con claridad que la desvinculación del actor obedeciera por ejemplo a una represalia en su contra u otro aspecto despreciable similar. Téngase en cuenta que la motivación del acto administrativo demandado no depende de los resultados de la aprobación o ingreso al curso de ascenso, pues cada asunto debe ser analizado bajo una órbita distinta respecto a la situación fáctica y jurídica del actor. Además, es claro para el Despacho que el hecho de ingresar e incluso aprobar el curso de ascenso CEM-2019, no significa *per se* la materialización del ascenso y permanencia en la fuerza a favor del actor.

Se precisa 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.

De las pruebas documentales 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, de tal suerte, que la falta de elementos probatorios para demostrar que el retiro del servicio activo del demandante obedeció a un móvil distinto al ya mencionado, necesario resulta remitirnos 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*”, y que sólo las afirmaciones hechas por el demandante, no son prueba suficiente, ya que se hace necesario evidenciar los fines adversos alegados.

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...*”¹⁸. 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 estuviese viciado de falsa motivación, pues como ya se indicó la misma opera en virtud a la ley que reglamenta esta figura o que el llamamiento a calificar servicios obedeciera a hechos distintos a los que del instrumento se presumen, 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 Estado¹⁹, 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 fuerza, 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 (...)”*²⁰

Por consiguiente, la idoneidad del actor en su trayectoria profesional como integrante de la Fuerzas Militares, 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

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 17720.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ 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).

jurídicos y se considera expedido conforme a las disposiciones normativas. En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

4. 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 No. 5603 del 09 de octubre de 2019 emitida por el Ministerio de Defensa, mediante el cual se retira del servicio activo al Mayor Yesid Fernando Pabón Rueda con cedula de ciudadanía No 13.541.324. (Fl. 82-85 PDF "01ExpedienteDigital).

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".

5. 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 ésta²¹.

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,

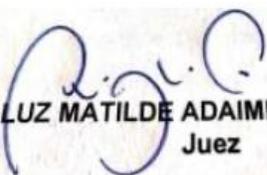
RESUELVE:

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. - En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Jara

²¹ 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".

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e1d8ce708ea501bc4fae177166625f5048051369e53ba10977b327241069afce**

Documento generado en 29/07/2022 11:47:26 AM

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