



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 26 de febrero de 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00144-00

Demandante: JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

Tema: Llamamiento a Calificar Servicios

Sentencia No. 9

No encontrando causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas dentro de la presente actuación se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 23 de enero de 2015 (f.180), demanda ante esta jurisdicción lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la **Resolución 2989 del 11 de abril de 2014**, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional retira del servicio activo al demandante por llamamiento a calificar servicios.
2. A título de restablecimiento del derecho solicita, el reintegro del actor en un cargo igual o superior categoría sin ser sometido al procedimiento de exámenes para selección de aspirantes al curso de estado mayor y sin perjuicio de los ascensos a que haya lugar de acuerdo con la antigüedad.
3. Que la entidad demandada reconozca, liquide y pague al demandante todos los salarios, sueldos, primas, subsidios, bonificaciones y en general todas las prestaciones sociales dejadas de percibir y causadas desde la fecha en que se produjo el retiro de la institución hasta cuando sea efectivamente reintegrado, con su correspondiente indexación.
4. Que la entidad demandada reconozca la suma de \$84'12.000 por concepto de perjuicios materiales y morales.
5. Declarar que no habrá descuentos por sumas que hubiese recibido el demandante con ocasión de otra vinculación laboral durante el tiempo de su retiro del servicio.
6. Que se condene en costas a la entidad y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos descritos en el artículo 192.
7. Que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

NORMAS VIOLADAS

El demandante señala como transgredidos las disposiciones normativas contenidas en la Constitución Política artículos 1, 2, 25, 29, 220 y 230; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA en sus artículos 137, 138 y 152. Régimen Jurídico de las Fuerzas Militares: Decreto 1799 del 2000, artículos 54 al 60; y finalmente, Decreto 1790 de 2000 artículo 104.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirmó el accionante que desconoce los motivos por los cuales se decide retirarlo del servicio de manera discrecional, perjudicando su derecho al debido proceso. Señala que no hubo nexo causal entre la facultad discrecional plasmada en la resolución 2989 del 11 de abril de 2014 con algún proceso disciplinario o penal que pusiera en peligro el mejoramiento del servicio, de hecho, resalta que en el formulario de evaluación al calificar su desempeño se registró significativamente el perfil para ascender, en razón a que figuró como candidato logrando el nivel exigido para integrar la casa militar en la Presidencia de la República, donde se desempeñó como jefe de avanzadas de seguridad del señor presidente de la república en sus visitas a diferentes partes, lo que ameritaba ser llamado a curso de ascenso al grado de teniente coronel. Finalmente señala, que hubo una falta motivación en razón a que se tuvo en cuenta anotaciones negativas de los años 1996, 1998 y 2000, esto es de 17, 15 y 12 años de antigüedad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Considera que el acto demandado siendo un acto discrecional fue proferido conforme con las normas legales y constitucionales, esto es, producto de un proceso integral de evaluación por parte del personal competente en los que se consignan los motivos de la decisión los cuales no pueden ser otros que los que señala la norma (artículo 217 de la C.P., 99, 100 y 103 decreto 1790 de 2000, modificado por la ley 1104 DE 206 y, el artículo 14 del decreto 4433 de 2004

Arguye que un buen desempeño en el cargo no genera un fuero de inamovilidad, pues un óptimo rendimiento es lo mínimo que se puede esperar de un servidor público, más cuando es de alta graduación y si se revisaran las hojas de vida de todos los considerados para ascenso al grado de coronel, podría apreciar que igual tienen un gran número de medallas, condecoraciones, estudios y felicitaciones registradas, pues el buen desempeño que consta en la evaluación del actor, indica un ejercicio responsable de su vida laboral conforme a su obligación constitucional y legal de realizar un trabajo diligente para cuyo propósito se vinculó al ejército nacional, comportamiento que es de la esencia de las funciones públicas que corresponde a todos los servidores, además es la misma ley la que autoriza el retiro discrecional y esta no establece que el buen desempeño impida el ejercicio de dicha facultad

Señala que otro de los puntos que resulta de especial relevancia al momento de completar el número de cupos con los que cuenta la entidad, es la disponibilidad de la planta de personal, la cual se le dio a conocer al demandante, estando el ascenso del personal supeditado a circunstancias específicas dentro de las cuales se destaca también el número de plazas disponibles en la institución.

indica que no se aporta prueba al proceso que termine la existencia de vulneración al derecho a la igualdad, sin embargo recalca que no ha habido violación al derecho pues todo el proceso de evaluación se compone de múltiples aristas que arrojan diversos puntajes que en últimas son los que determinan la procedencia o no del llamamiento a curso, como el arma de la que hace parte, si pertenece o no al cuerpo administrativo, la especialidad, el número de condecoraciones, a los reconocimientos, a la experiencia, un sin número de aspectos que se computan en aras de concentrar a aquellos , que de acuerdo al cupo existente, cumplen con el mayor número de requisitos exigidos y el mayor puntaje obtenido.

Concluye diciendo que no existe una falta motivación en el acto demandado, encontrándose éste amparado por la presunción legal, producto de un proceso de evaluación en el que se tienen en cuenta no solo las calidades personales y profesionales de aquellas personas que pretenden ascender en el escalafón de oficiales, sino que además se deben tener en cuenta, aspectos tales como la disponibilidad de la planta de personal y las necesidades del servicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante (fls.302-308):

Indica que se encuentra probada a través de las calificaciones y hoja de vida la idoneidad profesional y eficiencia del demandante en la prestación de sus servicios en el último cargo; no obstante, la decisión fue tomada con base en unas anotaciones negativas realizadas en el grado de mayor, lo que lleva a suponer que la facultad para disponer su retiro fue contraria a las razones del servicio, por la que la presunción de legalidad del acto esta desvirtuada, debiendo prosperar las súplicas de la demanda, pues las razones del servicio no se encuentran fundadas frente a su sobresaliente hoja de vida y por ello no puede alegarse prevalencia del interés general.

La entidad no tuvo en cuenta la evaluación que habían hecho sus superiores, la hoja de vida del demandante dio el perfil para ser integrante de la casa militar del palacio del presidente, siendo idóneo para ser llamado a curso de estado mayor

Parte Demandada (fls.309-316):

Aclarando que el llamamiento a calificar servicios es una causal autónoma que difiere de la desvinculación discrecional por voluntad del gobierno, en razón a que pretende la renovación generacional y garantiza la asignación de retiro del personal, partiendo de la excelencia del servidor en el ejercicio de sus labores, en tanto que el retiro discrecional, es una casual ejercida en cualquier tiempo por no ser conveniente para el adecuado cumplimiento de las funciones institucionales, señala que en el caso, el argumento de la violación al debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia, no puede ser utilizado por cuando es claro que el retiro no se dio por la facultad discrecional del gobierno nacional, sino por llamamiento a calificar servicios, motivada en las normas del decreto 179 de 2000 y 1104 de 2006 y en la recomendación de la junta asesora del Ministerio de Defensa, no siendo una sanción o despido injusto, sino el ejercicio de una facultad discrecional que conduce al cese de funciones para permitir un relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promisión de otros.

Añade que la recomendación del comité de evaluación que estudió al personal de mayores que reunía el requisito de tiempo, para presentar exámenes de admisión al grado inmediatamente superior, no recomendó al señor mayor Juan Andrés tomando en consideración que realizado el análisis de su historia laboral se encontró que tiene varias anotaciones negativas durante los años 1996, 1998, 1999 y 2000, es decir, que no fue un militar con una hoja de servicios impecable, lo cual no permite contar con un concepto positivo por parte del mencionado comité, razón por la que es llamado al servicio

Concluye señalando que en razón a que no demuestra la existencia de una causal de nulidad, el demandante no logra desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, permitiendo inferir que se éste se ajustó a las normas superiores que regulan la remisión del personal del ejército nacional lo que conlleva a negar las súplicas de la demandada.

II. CONSIDERACIONES

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad de la **Resolución No.2989 del 11 de abril de 2014** "por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales del Ejército Nacional" (fls.167-170).

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad, corresponde al Despacho establecer si es procedente la nulidad del acto demandado por violación de normas en las que debía fundarse y por falta de motivación y, si con ocasión a ello es procedente el restablecimiento demandado.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

No es procedente la nulidad del acto demandado en razón el mismo fue expedido acatando las disposiciones normativas, esto es, en ejercicio de la facultad discrecional de la administración al cumplir el demandante un determinado tiempo de servicio, en razón a la estructura piramidal de la entidad demandada lo cual no permite el ascenso al grado superior para todos los uniformados en el grado inmediatamente anterior, siendo una forma de renovar el personal uniformado, en razón la conveniencia institucional y las necesidades del servicio, no sujeta exclusivamente a las condiciones personales o profesionales de funcionarios como el demandante.

HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. Según hoja de servicios el MY JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN ingresó a las fuerzas militares a presto el servicio militar como soldado bachiller desde el 29 de enero de 1993 hasta el 31 de julio de 1993; el 20 de agosto de 1993, ingresa como Cadete, asciende como Alférez el 12 de diciembre de 1994; convirtiéndose como Oficial el 30 de noviembre de 1995, asciende a teniente el 30 de noviembre de 1999, como capitán el 26 de noviembre de 2004 y, finalmente como mayor el 27 de noviembre de 2009 y dado de alta, por llamamiento a calificar servicios el 11 de abril del año 2014
2. Obra en el expediente en medio magnético visible a folio 299 totalidad de los folios de vida del demandante Mayor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN de 1995 a 2012, en la cual se resalta que: En formulario de evaluación y clasificación de oficiales y suboficiales del periodo 2011-2012 el comandante del componente Ejército calificó como “*excelente*” los indicadores de “*Condiciones Profesionales*” y “*Desempeño en el Cargo*”, y como “*bueno*” los indicadores de “*Ejercicio del Mando*”, “*Competencia Administrativa*” y “*Responsabilidad como Evaluador y Revisor*” (fls.239-241 del “*my Pinzon 2*” CD folios de vida obrante en página 299). Que entre el año 2011 y 2012 en el grado de mayor obtuvo 13 felicitaciones, por: “*capacidad de dinamismo, consagración al trabajo, aplicación de conocimientos en desarrollo de tareas en beneficio de la fuerza, manejo del talento humanos y recursos del Estado, cumplimiento de funciones y responsabilidades inherentes al cargo*” entre otras (fls.229-230, 233-238 del “*my pinzon 2*” CD folios de vida obrante en página 299).
3. Allega el accionante certificados de cursos y diplomas de estudios aprobados durante su tiempo en las Fuerzas Militares, así como también de distinciones otorgadas en razón de su servicio, siendo la última concedida el 11 de febrero de 2014 por haber cumplido los requisitos exigidos como “*Comando Especial Terrestre*” (fls.29-60).
4. Según reporte de investigaciones del Sistema de Información de Administración de Talento Humano del Ejército Nacional – SIATH suscrito por el Jefe Sección Jurídica Dirección de Personal del Ejército Nacional “*...el señor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN identificado con cedula No.79.118.642 (sic)¹ ... a la fecha no reporta investigaciones penales y/o disciplinarias en su nombre*” (fl.289).

¹ Sic. Siendo de señalar que la cedula de ciudadanía del accionante señor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN, es de número 79.718.642 de la ciudad de Bogotá.

5. Directiva Transitoria con radicado No.20135530112381: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-ASC del 14 de febrero de 2013 la Sección de Ascensos del Ejército Nacional, impartió las instrucciones sobre la evaluación y estudio de los oficiales considerados para ingresar al CEM-CIM de 2014 (fls.142 a 160).
6. Acta No.268 del 6 de agosto de 2013, cuyo asunto consistía en “...evaluación final del estudio por parte del comité de evaluación de los oficiales de grado mayor, que han sido considerados para presentar exámenes de admisión para ingresar al curso CEM-CIM 2014 en el mes de diciembre de 2013”, y en la cual se expuso el nombre del demandante dentro del listado de oficiales que NO se recomienda presentar exámenes (fls.163-166, 259-275, 290-292).
7. Solicitud de reconsideración de llamamiento a calificar servicios del 16 de agosto de 2013 (fl.61-63).
8. Comunicación No.20135530830801: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-ASC del 20 de septiembre de 2009, en el cual se contesta la anterior solicitud (fl.64).
9. Solicitud de reconsideración, del 8 de octubre de 2013, a través del cual se anexa concepto de idoneidad profesional expedido por los Tenientes Coronales- José Fredy Sabogal Moreno, Miguel Fernández González, Jaddaly Malkum Ceballos, Carlos Ortiz Ricardo, Ilvar González Villamil, José Luis Martínez Suarez y del Coronel Juan Vicente Trujillo Muñoz, jefe de la Casa Militar de la Presidencia de la República, que daban cuenta de sus condiciones físicas morales y de ética militar; y la explicación de las razones específicas por las cuales el Comité Evaluador había emitido un concepto negativo (fls.68-87).
10. oficio con radicado No.20135531001051:MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-ASC del 9 de noviembre de 2013, con el cual se informa al demandante que la decisión tomada por el Comité Evaluador obedeció a un estudio completo de su historia laboral (fs.88-89).
11. Acta No.09 del 20 de diciembre de 2013 de sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares se determinó el llamamiento a calificar servicios, entre otros, del accionante Mayor CASTAÑEDA PINZÓN por considerar: “...que al estudiar su historia laboral, se encontraron consideraciones que determinan que el desempeño, no llena las expectativas establecidas por el Comando de la Fuerza, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones de los cargos desempeñados por el personal militar en el grado de Teniente Coronel, teniendo en cuenta los registros que se encontraron en su folio de vida, los cuales fueron notificados en debida forma y eran susceptibles de recursos de acuerdo con la normatividad vigente.” (fls.248-258, 293-298).
12. Resolución No.2989 del 11 de abril de 2014, “por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales del Ejército Nacional”, oficiales dentro de los cuales se encontraba el accionante; decisión sustentada en el concepto emitido por la Junta Asesora del Ministerio en sesión de fecha 20 de diciembre de 2013 (fls.168-170).
13. Por intermedio de comunicación con fecha 24 de abril de 2014 se le dio a conocer al Mayor CASTAÑEDA PINZÓN la Resolución Ministerial No.2989 del 11 de abril de 2014 (fl.167).
14. Obra documental perteneciente al expediente administrativo que contiene pago de cesantías definitivas ordenado a través de Resolución No.175986 del 30 de mayo de 2014, y reconocimiento de asignación de retiro mediante Resolución No.4882 del 3 de junio de 2014, efectiva a partir del 11 de julio de 2014 (fls.14-15 y 43-46 respectivamente, del Cuaderno Expediente Administrativo)

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Retiro del personal de las Fuerzas Militares.

El retiro del servicio activo del Ejército Nacional, se dispuso con fundamento en 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”; 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. A tenor literal establece:

*“(…) **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. (...)”.

Por su parte, el artículo 100 del decreto precitado, estableció las causales de retiro en los siguientes términos:

*“(…) **ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.

9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.

2. Por conducta deficiente.

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.

4. Por muerte.

5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.

6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda. (...)” (Negrilla del Despacho).

Y el artículo 103, sobre la forma puntual de retiro por llamamiento a calificar servicios preceptuó:

*“(…) **ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.** <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007> <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. (...).”.

De la normatividad antes transcrita se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal de los miembros de las Fuerzas Militares, es el llamamiento a calificar servicios y el único requisito que se exige para disponer esta medida es que el oficial o suboficial haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Del Llamamiento a Calificar Servicios.

De las disposiciones transcritas se advierte entonces que para dar aplicación al retiro por llamamiento a calificar servicios, será indispensable determinar el cumplimiento de requisitos para el acceso a la asignación de retiro, lo cual procede bajo los supuestos del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*” que estableció:

Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o 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 separados 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, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro (...).*

Es de destacar lo que al respecto ha considerado desde sus comienzos la Corte Constitucional² que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro. Señalándolo en los siguientes términos:

“El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro.”³ (Subrayas propias)

Es entonces, 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 18 años de servicio (artículo 14 del Decreto 4433 de 2004), pero también contiene un elemento discrecional⁴ que es el que debe evaluar la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares

² En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-72 de 1996 con ponencia del H. Magistrado: José Gregorio Hernández Galindo, al revisar la constitucionalidad de las normas que regían en la época sobre las formas de retiro en la Policía Nacional, dijo: [...] “*calificar servicios*”, *acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdolorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio [...]*

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Al respecto, véase la sentencia del 17 de noviembre de 2011 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado: 07779-2011.

(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 la providencia de unificación pre citada⁵ realizó un cuadro comparativo entre las dos figuras denominadas “Retiro por llamamiento a calificar servicios y el Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional / Retiro Discrecional en las Fuerzas Militares”, así:

RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL / 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>
<i>(...) En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.</i>	<i>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.</i>
<i>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 escalafón⁶.</i>	<i>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)</i>
<i>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.</i>	<i>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.</i>
<i>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.</i>	<i>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.</i>
<i>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.</i>	<i>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.</i>

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

⁶ 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>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.</i></p>	<p><i>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.</i></p>
<p><i>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).</i></p> <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>Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</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.⁷</i></p>

Del anterior cuadro comparativo la Corte Constitucional concluyó 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 vigente⁸.

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

“De lo anterior se puede afirmar que el llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.”⁹

⁷ 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”.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14), Actor: Luis Alberto Ortiz Quintero, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, Asunto: Fallo ordinario CCA – Retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios

Colofón de lo anterior, el Consejo de Estado constituyó cuatro parámetros principales acerca del llamamiento a calificar servicios dentro de su línea jurisprudencial concretándose en:

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 retiro¹⁰. 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.¹¹

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 castrenses¹².

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 de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad de modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones¹³.

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 demuestre¹⁴.

El caso concreto

Una vez revisado el expediente y el cuaderno administrativo aportado por la entidad demandada; y a la luz de las normas y pronunciamientos jurisprudenciales precitados, el Despacho encuentra que, según los hechos probados, y los cargos propuestos contra el acto administrativo demandado por el actor señor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN hemos de precisar que:

i) Del cargo de violación de normas: 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 18 años para tener derecho a la asignación de retiro (fls.243-244 y reconocimiento de asignación de retiro mediante Resolución No.4882 del 3 de junio de 2014, efectiva a partir del 11 de julio de 2014 visible a folios 43-46 del Cuaderno Expediente Administrativo); que existe Acta No.09 del 20 de diciembre de 2013 de sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares que determinó sobre el actor que: “...al estudiar su historia laboral, se encontraron consideraciones que determinan que el desempeño, no llena las expectativas establecidas por el Comando de la Fuerza, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones de los cargos desempeñados por el personal militar en el grado de Teniente Coronel...” y su consecuente retiro del servicio (fls.248-258, 293-298), el cual se hizo efectivo mediante Resolución No.2989 del 11 de abril de 2014 (fls.168-170).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 7 de abril de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(ac).

¹¹ 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).

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ 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).

Aunado a lo anterior, respecto de las calidades del demandante en la prestación de sus servicios, 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 por llamamiento a calificar servicios tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro, destacando que:

“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”¹⁵.

En consecuencia, es la misma Constitución Política de Colombia la que estableció este sistema discrecional para las Fuerzas Militares en razón a la especialidad e importancia de su servicio; destacándose además, que dado que las manifestaciones o argumentos esbozados por el actor sobre esta causal refieren a una presunción de inocencia y debido proceso; es puntual aclarar que del discurrir normativo y jurisprudencial del acápite precedente, resulta más que evidente que la aplicación de la causal de llamamiento a calificar servicio no comporta ningún tema disciplinario ni sancionatorio ni deshonoroso, en palabras de la Corte, ésta, es tan solo una manera corriente de culminar la carrera oficial. Por lo cual, el cargo de violación de normas invocado no prospera.

ii) De la “falsa motivación” del acto acusado: El apoderado de la parte demandante señaló que la administración debió tener en cuenta la hoja de vida del actor y las buenas calificaciones que este tenía, la trayectoria profesional y sus múltiples estudios.

Siendo en este punto de precisar que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado¹⁶, este tipo de argumentaciones 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 las fuerzas militares 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 (...)”¹⁷

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 del servicio por llamamiento a calificar servicios.

Además el acto demandado se fundamentó de conformidad con las normas establecidas, entre ellas se encuentra los artículos 207 de la Constitución Política, artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 14 de septiembre de 2000, que señala «*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*», la cual es una causal de retiro del servicio activo.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación numero: 13001-23-31-000-2003-01692-01(4383-15), Actor: Ever Paulino Zambrano Niño, Demandado: Nación – Ministerio De Defensa – Armada Nacional, Asunto: Establecer si el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra viciado de desviación de poder.

¹⁷ 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).

Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA PINZÓN dentro de las Fuerzas Militares, siendo esta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. Lo anterior, atendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, tal como en múltiples pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado se ha señalado.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

De otra parte, es pertinente esbozar que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, por su simple parecer o especulación, sino que tiene que demostrar suficientemente la misma. No puede el demandante decir que por el solo hecho de contar con algunas anotaciones negativas realizadas en el grado de subteniente, fue ese motivo principal para que la Institución Militar lo retirara del servicio activo por llamamiento a calificar servicios sin pruebas fehacientes y contundentes que demuestren esa falsa motivación que él predica en la demanda y demás actuaciones en este proceso.

La Corte Constitucional, en sentencia SU- 217 de 28 de abril de 2016, sobre este tema de la motivación del acto de retiro, precisó:

“(…) 20. En conclusión, la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.

*En particular, **la Sala quiere ser enfática en advertir que la ley no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar, de manera decorosa y con derecho a una asignación de retiro, a un oficial.***

*Tal y como lo advirtió la sentencia SU-091 de 2016 los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios **no requieren de una motivación expresa** más allá de la extratextual contemplada en la ley y que el buen desempeño laboral de los oficiales no representa una estabilidad laboral absoluta que impida la renovación de los cuadros de mando en las Fuerza Pública. Es así, como la providencia también incurrió en el defecto sustantivo en la medida en que señaló que se debía motivar la recomendación de la Junta de Asesores cuando la misma es un acto discrecional que goza de la presunción de legalidad. En ese sentido, como lo dijo esta Corporación en su reciente sentencia de unificación, solo es posible desvirtuar la legitimada del acto si se llegara a probar que el mismo fue el resultado de un acto de discriminación o fraudulento, cosa que no se probó en durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)”¹⁸*

Por su parte, el Consejo de Estado, en fallo de tutela de 7 de abril de 2016, afirmó que los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa, en el caso que estudiaba en ese momento de la Policía Nacional. Dice el fallo en algunos de sus apartes:

“[...] esta Corporación ha indicado¹⁹ que 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 castrenses.

[...]

Cabe destacar que de manera aislada la Sección acogió la posición inicial establecida por la Corte Constitucional, esto es, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro, sin embargo, no se puede alegar que dicho planteamiento constituye precedente, en tanto no corresponde a una posición uniforme y reiterada de la Sección Segunda sobre la materia y, por ende, no puede ser considerado un precedente vertical aplicable al caso por los Tribunales y Juzgados Administrativos.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, esta Corporación ha fijado el criterio según el cual no es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley.”²⁰

En consecuencia, se puede afirmar, tal como lo ha concluido el Consejo de Estado que: *“...se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley”²¹.*

En el caso concreto, se pudo comprobar que el acto demandado se realizó conforme a las leyes preexistentes, que se efectuó de acuerdo con el debido proceso, que fue proferido por la presunción del buen servicio, en donde la Resolución No.2989 del 11 de abril de 2014 del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares del demandante Mayor CASTAÑEDA PINZÓN, se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares mediante Acta No.09 del 20 de diciembre de 2013 de sesión ordinaria.

Además el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales, tal como efectivamente se le reconoció por parte de CREMIL a través de Resolución No.4882 del 3 de junio de 2014, y que fue efectiva a partir del 11 de julio de 2014 (fls.43-46 del Cuaderno Expediente Administrativo).

Igualmente, de los argumentos señalados en precedencia, es importante exponer que de conformidad con el principio de la carga de la prueba, que por regla general, tal como lo dispone el art. 167 del CGP., 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.

¹⁹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección “A”, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edisson Rojas Suarez.

²⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC), actor: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional-secretaría general, demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección C en descongestión y Juzgado Once Administrativo de Descongestión de Bogotá.

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

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..."²². 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.

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.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que "*Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*".

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: "*Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....*".

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²³, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "*La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra*" (Subrayas para resaltar).

Ahora bien, el Consejo de Estado²⁴ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 17720.

²³ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²⁴ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>²⁵”.

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia además de que hubo un uso debido y no arbitrario de los instrumentos procesales por parte de esta siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL 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 conformidad con la parte motiva de la sentencia.

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, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

²⁵ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

