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

Bogotá, D.C., 31 de julio de 2018

Sentencia No.:	**84**
Expediente:	**2016 – 00273**
Demandante:	**WILLIAM RODRÍGUEZ ÁVILA**
Demandada:	**MINISTERIO DE DEFENSA**
Asunto:	**Retiro del Servicio**

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, en aplicación del inciso noveno del artículo 323 del C.G.P. y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor William Rodríguez Ávila, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 12 de septiembre de 2016 (f. 92), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A. PRETENSIONES:

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Declarar la nulidad de la **Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016**, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró al demandante del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.
2. A título de restablecimiento se condene a la demandada a reubicar al actor en el Cargo de Inspector Delegado en el área de A.S.P.C. del Ejército Nacional, repartición castrense con sede en Bogotá o en otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración, sin solución de continuidad y ascenderlo al grado de Coronel, ordenando el pago actualizado de todos los salarios y emolumentos que dejó de recibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha en que se dé cumplimiento al fallo como lo prevé el artículo 187 del CPACA.
3. Condenar a la demandada al pago de los perjuicios morales subjetivos causados al actor como consecuencia del retiro del servicio, por una suma equivalente a 100 SMLMV o a la suma más alta que jurisprudencialmente fije el Consejo de Estado.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa a pagar al demandante el daño emergente, por cuanto la entidad debe reconocer los salarios dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio activo hasta la fecha en que sea reintegrado al cargo, ajustando la suma a la fecha real de su reintegro, a título de indemnización y no puede confundirse con la asignación de retiro que percibe. Los valores de la condena deberán ser actualizados.

5. Que la valoración de los daños atienda a los principios de reparación integral y equidad y observe los criterios técnicos actuariales de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

B. NORMAS VIOLADAS

Señaló el accionante el artículo 29 y 209 de la Constitución Política, artículo 99 y numeral 3, literal a) del artículo 100 y artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, artículos 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 y 75 del Decreto Ley 1799/00, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y sentencias de la Corte Constitucional 039/03, SU 053/15, SU 091/16 y SU 217/16.

C. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN (ff. 54 a 86)

1. Violación de normas: señaló que se vulneró al demandante el derecho a continuar al servicio de la institución y ascender al grado de Coronel.

Citó el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por la Ley 1104 de 2006 que contempló dentro de las causales de retiro temporal con pase a la reserva el llamamiento a calificar servicios, hizo cita textual del acto demandado, Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016, por medio de la cual el Ministro de Defensa retiró del servicio al aquí demandante, a su juicio sin que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa hubiera emitido el acto preparatorio requerido por el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000 para que el Ministerio de Defensa profiriera el acto administrativo demandado:

Manifestó que las consideraciones insertas en la parte motiva del acto demandado se contraen a mencionar reflexiones generales para todos los miembros de la Fuerza Pública y las normas que gobiernan la carrera militar, sin expresar decisión alguna sobre el demandante, luego se esbozan las normas de carrera militar y unas consideraciones subjetivas para posteriormente transcribir el concepto del Comité de Evaluación.

Estimó que tanto en el acto preparatorio como el acto administrativo de retiro se observa una falsa motivación porque el Comité de Evaluación le atribuyó como aspectos inhabilitantes para negarle el ascenso conceptos negativos y reprensión simple en el grado de Subteniente, Capitán y Mayor desconociendo que estos actos jurídicos ya habían hecho tránsito a cosa juzgada y que el estudio debía fundamentarse exclusivamente en el desempeño profesional de Teniente Coronel donde el evaluado fue clasificado en lista No. 2: muy bueno; en estricto cumplimiento de lo normado en el artículo 75 del Decreto Ley 1799/00.

Añadió que la valoración de su folio de vida en el Grado de Teniente Coronel no fue efectuada de manera objetiva, razonable y ponderada por parte del Comité de Evaluación, ni por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, ya que en sus folios de vida abundan conceptos positivos, anotaciones de mérito y felicitaciones.

Igualmente, señaló que en el Acta No. 12 de la Junta Asesora se dijo que habían asistido 35 Generales y Oficiales de insignia y allí aparecen relacionados, pero al final solamente fue firmada por el Director de Personal del Ejército Nacional, 4 generales y el Ministro de Defensa, generando inexistencia de pleno derecho. Esta exigencia está establecida en el artículo 33 del Decreto 19 de 2012.

Citó el artículo 27 del Decreto Ley 1799 de 2000 y refirió que en este no se otorga competencia alguna al Comandante del Ejército para nombrar Comités de Evaluación que recomienden o

no el ascenso de los Oficiales en el grado Teniente Coronel a Coronel, lo que imposibilita que un Comité integrado por oficiales pueda examinar los folios de vida y demás documentos de evaluación y clasificación.

Concluyó que la nulidad surge en primer lugar porque el demandante ya se había ganado el derecho a continuar en la institución y a ser ascendido al grado de Coronel en el mes de diciembre de 2015, por las clasificaciones lista No. DOS: muy bueno; en segundo lugar, quedó plenamente demostrado que el acto administrativo demandado se sustentó en un acto preparatorio ineficaz de pleno derecho por cuanto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares nunca lo elaboró y en la motivación aparente desconoció las normas de carrera militar y las sentencias SU-091/16 y SU 217/16 y en tercer lugar, al demandante los superiores le dieron el tratamiento de un empleado de libre nombramiento y remisión.

2. Desviación de poder y falsa motivación: consideró que el acto administrativo demandado nació a la vida jurídica con un fin totalmente distinto, toda vez que no se sustentó en el mejoramiento del servicio, sino en la retaliación de los señores Brigadieres Generales Pablo Federico Przychodny Jaramillo y Oscar Iván Botero Flórez para "cobrarle a actuación del demandante como Inspector Delegado del Comando Ejército designado para investigar el oprobioso acontecimiento protagonizado por el señor Brigadier General Rubén Darío Alzate compañero de curso de Przychodny Jaramillo y el caso de la pérdida de las armas en el Batallón San Mateo que muy seguramente sensibilizó al señor BG. Botero Flórez por tratarse de un Oficial del Arma de Artillería, integrantes del Comité de Evaluación...".

D. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Admisión de la demanda

El 10 de noviembre de 2016 se admitió la demanda en providencia que fue notificada mediante estado el 11 de noviembre del mismo año. (ff. 94 y vto.).

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que el acto demandado contiene todos los elementos esenciales que le otorgan presunción de legalidad, en vista que fue expedido acorde con las normas legales y constitucionales que para el efecto regulan la carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y sus formas de retiro.

En cuanto a los cargos de nulidad invocados, falsa motivación y desviación de poder, centra su defensa en la facultad discrecional de la administración, llamamiento a calificar servicios, figura que permite a la administración decidir la permanencia o el retiro cuando, a su juicio las necesidades del servicio así lo exijan, por lo tanto, la esencia del llamamiento a calificar servicios es la evolución institucional que conduce a la adecuación de su misión, visión y a los desafíos que enfrenta y un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados facilitando el ascenso y promoción del personal.

Añadió, que el llamamiento a calificar servicios conduce al cese de las funciones de un militar en servicio activo que no comporta una sanción, despido ni exclusión denigrante, por el contrario las normas consagran el reconocimiento y pago de una asignación de retiro,

con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades y encuentra asidero en el principio de razonabilidad.

Sobre el caso en concreto señaló que el demandante se sustenta en la relación de felicitaciones, pero este solamente cuenta con una felicitación por antigüedad que se entrega por razón al tiempo de permanencia y no en razón a las calidades personales.

Refirió que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, luego del proceso de evaluación, recomendó el retiro del servicio, de acuerdo con lo previsto en los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000, situación que le permite acceder a una a asignación de retiro.

Manifestó que, de acuerdo con lo anterior, el buen desempeño demostrado en la hoja de vida del actor no genera per se fuero de inamovilidad, pues un óptimo desempeño es lo mínimo que se puede esperar de un servidor público. Hace cita jurisprudencial. Resalta que la clasificación final para ascenso ocupó el puesto 13 de 17 que se encontraban en su grupo de arma.

3. Audiencia Inicial

El 23 de marzo de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se surtieron las etapas contempladas en el artículo 180 del CPACA y se decretaron pruebas señalando fecha para la audiencia de pruebas.

4. Audiencia de pruebas

El 26 de abril de 2018 se realizó la audiencia, se incorporaron las pruebas, se suspendió en dos oportunidades (ff.186, 189) y fue continuada el 12 de junio de 2018 (f. 193) fecha en la que se corrió traslado para presentar alegatos conclusivos.

5. Alegatos de Conclusión

Las partes presentaron sus respectivos escritos dentro del término.

a. Parte demandante

Reiteró los argumentos de la demanda y estimó que quedaron probados los cargos formulados contra el acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios porque: (i) La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para pronunciarse debió tener en cuenta la lista de clasificación del demandante en lista 2 (dos): muy bueno y el cuerpo colegiado debía igualmente proferir el acto preparatorio (concepto previo) para que el nominador profiriera el acto administrativo demandado, configurándose en esta forma violación flagrante al debido proceso que genera trámite irregular del acto administrativo.

(ii) Ninguna disposición de carrera militar, ni el reglamento de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa señala que las actas de la Junta Asesora debe ser firmadas exclusivamente por los Comandantes de Fuerza y el Ministro de Defensa, por lo que la falta de firmas de los 35 oficiales, Generales y de Insignia que participaron en las deliberaciones del 26 de noviembre de 2015 la hace ineficaz de pleno derecho porque tenían la obligación de firmar el acta para darle validez a esta actuación administrativa.

(iii) La Junta Asesora del Ministerio de Defensa no debatió los motivos de conveniencia para emitir el concepto previo requerido como acto preparatorio para proferir el acto administrativo demandado.

(iv) Si bien el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios no exige una motivación, sí debe contar con el concepto previo de la Honorable Junta Asesora de Ministerio de Defensa.

(v) El Comando del Ejército carece de competencia para designar Comité que recomiende el ascenso de los oficiales del Ejército, toda vez que esa facultad corresponde exclusivamente a la Junta Clasificadora del Ejército en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 44 del Decreto Ley 1799 de 2000.

(vi) No existe disposición alguna que consagre como causal de retiro la falta de cupos y no existe porque las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa tienen dependencias de planeación que garantizan el ascenso de todos los oficiales que ingresan a las escuelas de formación, mientras permanezcan dentro de la calidad exigida, es decir que se encuentren en listas uno, dos o tres, tal como lo consagra el artículo 75 del Decreto 1799 de 2000.

(vii) La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios no fue institucionalizada por el legislador castrense con el propósito de abrir cupos para que los menos antiguos fueran ascendiendo, este tiene su origen en permitir a la administración prescindir de aquellos oficiales que se comprometan en actos que no ameritan juicio de reproche disciplinario.

(vii) Las anotaciones referidas por el Comité de Evaluación para excluir al demandante ya habían hecho tránsito a cosa juzgada, por cuanto fueron evaluadas en el periodo correspondiente, es decir, en el grado de Capitán y en el grado de Mayor, además de no existir disposición alguna que determine que el Comando del Ejército cuando elabora el estudio para proponer a los Oficiales de grado Teniente Coronel a Coronel deba afectárseles con las anotaciones que fueron registradas en su folio de vida en los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y Mayor.

Finalmente, se refirió a los perjuicios causados al demandante y a su familia y a las pruebas que al respecto obran en el expediente.

b. Parte demandada

Se refirió a las causales de nulidad de los actos administrativos y a continuación a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios señalando que se probó que el demandante cumplía, para el momento de retiro, con los requisitos exigidos y el acto administrativo está soportado en la decisión tomada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, que conforme los parámetros establecidos determinó recomendar por unanimidad el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, del oficial.

Indica que no es de recibo que el buen desempeño profesional del demandante era su principal motivo para continuar en la institución, toda vez que la sentencia SU – 2017 de 2016 estableció que el buen desempeño no genera por sí solo fuero de estabilidad, ni puede convertirse en una limitante del poder discrecional.

Afirmó que con las pruebas arrimadas al proceso no se logró establecer que el acto administrativo hubiese sido proferido con fines discriminatorios, con desviación de poder o

falsa motivación, como lo manifiesta en la demanda el apoderado, siendo deber de las partes aportar las pruebas que sustenten sus pretensiones.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y a decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demandó la nulidad de la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016, por medio de la cual se retiró del servicio al demandante por llamamiento a calificar servicios.

B. PROBLEMA JURÍDICO

La parte actora estimó que la entidad demandada con la expedición del acto demandado incurrió en violación de normas por no aplicación, desviación de poder y falsa motivación, por cuanto el retiro del servicio del actor no cumplió con las normas de la carrera militar y no obedeció al mejoramiento del servicio sino a circunstancias personales que vician de nulidad la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016, aquí demandada.

Por su parte, la entidad demandada consideró que el llamamiento a calificar servicios es instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados facilitando el ascenso y promoción del personal que conduce al cese de las funciones de un militar en servicio activo que no comporta una sanción, despido ni exclusión denigrante, por el contrario las normas consagran el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades y encuentra asidero en el principio de razonabilidad y el demandante cumplía, al momento del retiro, con los requisitos, aunado a que no probó los cargos alegados en la demanda.

De acuerdo con la presentación de la tesis de los intervinientes, en esta oportunidad corresponde dilucidar si los cargos de violación de normas, desviación de poder y falsa motivación, con los cuales se ataca la **Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016**, por medio de la cual se retiró del servicio al accionante, se encuentran demostrados para proceder a su nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho señalado en la demanda.

C. HECHOS PROBADOS.

Con las pruebas documentales allegadas, se acreditaron los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016, el demandante fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios (ff. 2 a 5).

2. Obra en el expediente copia del extracto de la hoja de vida del demandante del cual se resalta (cfr. ff. 7 a 16).

a. Que se desempeñó en el grado de TC desde el 2 de diciembre de 2010 y obtuvo en dicho grado 25 felicitaciones, de las cuales 10 fueron en el año 2012 por: capacidad de dinamismo, ética militar, condiciones personales, disposición y actitud hacia la colaboración, respeto a las autoridades civiles y de policía, conocimiento y aplicación normas administrativas y contables, disposición y actitud hacia la

colaboración, consagración al trabajo, obtención de resultados operacionales, y para el año 2013 tuvo 5 felicitaciones por disposición y actitud hacia la colaboración y capacidad para trabajo en equipo.

b. Consta que en el grado de Teniente Coronel fue condecorado con medalla por tiempo de servicio, medalla fe en la causa y el 7 de agosto de 2014 tuvo una condecoración denominada orden del mérito militar "Antonio Nariño".

c. En los 5 años anteriores a su retiro no le figuran: sanciones, ni investigaciones penales.

3. De acuerdo con la revisión y clasificación anual – 2014-2015 – el demandante fue clasificado en lista DOS (ff. 24 a 32).

4. Obra acta No. 7885 del 24 de septiembre de 2015 suscrita por el Comité de Evaluación en la que recomienda que el oficial William Rodríguez Ávila no debe ser considerado para ascenso al grado inmediatamente superior de acuerdo al cupo de planta ordenado, teniendo en cuenta que está ubicado en el puesto 13 entre 17 aspirantes de su arma (ff. 33 a 35 y 156 vto. a 167).

5. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional se reunió en sesión del 26 de noviembre de 2015, recomendando el retiro del Teniente Coronel William Rodríguez Ávila, aquí demandante (copia parcial visible a folios. 39 a 43).

D. ANÁLISIS DEL DESPACHO

Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa

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

> "**Artículo 8. Juntas Asesoras**. Son las entidades asesoras del Ministerio de Defensa en todos los asuntos relativos a la organización y preparación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden interno.
>
> **Artículo 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 loa 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, *"[p]or el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares"*, en el Título IV *"De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación"* de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al ***"retiro"*** como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente en la obligación de prestar servicios en actividad.

*"**Artículo 99. Retiro**. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.*

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto".

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

*"**Artículo 100. Causales del retiro.** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

(...)

3. Por llamamiento a calificar servicios.

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

***"Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios.** <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro".*

Por su parte el artículo 1º del Decreto 0991 de 2015 *"Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"* estableció:

Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fíjese 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 discrecional[1] 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.

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

Al respecto, la Corte Constitucional en reciente sentencia[2] 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***
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.	*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.*
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 adquiera el derecho a la asignación de retiro. *(...)*	*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.*
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 escalafón[3].	*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)*
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.*	*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.*
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.	*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.*
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 perdida de la confianza en el personal uniformado.	*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.*
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	*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*

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

garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.	*o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.*
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). *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.* *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.*	*Su aplicación 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.* [4]"

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 vigente[5].

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 retiro[6]. Por tanto, constituye un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.[7]

ii) El retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas

[4] Cita interna de la Sentencia SU 091 del 25 de febrero de 2016. *"Cuadro extraído del oficio OPTB-708115 del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), enviado por la Policía Nacional".*
[5] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 091 de 2016.
[6] Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 7 de abril de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00 (ac).
[7] Sobre el particular el Consejo de Estado (Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).

militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses[8].

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 funciones[9].

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 demuestre[10].

1. Estado de la cuestión

En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta la obligatoriedad de su motivación[11] pero entraña el cumplimiento de algunos requisitos por parte del militar para acceder a la asignación de retiro, acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva, que permite a las Fuerzas Militares un relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional sin que ello implique una sanción, pues el retiro dado en esta forma no es de carácter definitivo.

2. 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 (f. 7), existe la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016 suscrita por el Ministro de Defensa Nacional y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa contenido en el Acta No. 12 del 26 de enero de 2015 mediante la cual se recomienda el retiro de varios militares, entre ellos el aquí demandante (ff. 39 a 43).

Sobre este punto el demandante afirma que el acta 12 del 26 de noviembre de 2015[12], es ineficaz de pleno derecho por cuanto no todos los oficiales generales y de insignia la

---

[8] *Ibídem.*
[9] *Ibídem*
[10] Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección "A", sentencia de 30 de octubre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01. v.et Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11).
[11] A juicio de la Corte Constitucional al exigir motivación expresa a estos actos de retiro se desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, así como la facultad discrecional de estos organismos de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Cfr. Sentencia SU 091 de 2016.
[12] Al respecto se cita aparte de sentencia del Consejo de Estado del 26 de abril de 2018. Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00044-01(1237-16), en la que con ocasión de una demanda contra el acta de la Junta de Calificación, se consideró lo siguiente: "Establecida como está la diferencia entre los actos de trámite y los administrativos complejos, surge con claridad el motivo por la cual no le asiste razón a la parte apelante, sin embargo, sobre este punto es necesario hacer énfasis en el carácter de acto de trámite de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal y como pasa a explicarse:

El artículo 60 del Decreto 1512 del 11 de agosto de 2000, dispuso:

«RECOMENDACIONES DE LAS JUNTAS ASESORAS:

suscribieron y que dicho requisito se encuentra en el artículo 33[13] del Decreto Ley 019 de **2012** "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

A este respecto, aun cuando el Acta mencionada no es plausible de control de legalidad, no sobra precisar que revisados los artículos pertinentes del Decreto 2335 de 1972, modificado parcialmente por el Decreto 2218 de 1984, allí solo se establece como estará integrada, sus funciones, sin que se obligue a la firma de sus integrantes y por otro lado la norma citada por el apoderado del actor señala que las actas serán "firmadas por quien la presida y por quien sirva de secretario", es decir allí tampoco se obliga a suscribir el acta por todos los asistentes.

Ahora bien, respecto de lo que afirma el actor en cuanto a que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa no debatió los motivos de conveniencia para emitir el concepto previo requerido como acto preparatorio para proferir el acto administrativo demandado y debe contar con el concepto previo de la Honorable Junta Asesora de Ministerio de Defensa, basta revisar el acta 12 del 26 de noviembre de 2015 para evidenciar que sí se evaluó por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares la recomendación de retiro del actor y así quedó consignado en dicho documento, voluntad que se que presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

El demandante también alegó como fundamentos de la presunta ilegalidad del acto demandado, las siguientes:

(i) La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para pronunciarse debió tener en cuenta la lista de clasificación del demandante en lista 2 (dos): muy bueno y el cuerpo colegiado debía igualmente proferir el acto preparatorio (concepto previo) para que el nominador profiriera el acto administrativo demandado, configurándose en esta forma violación flagrante al debido proceso que genera trámite irregular del acto administrativo.

(ii) No existe disposición alguna que consagre como causal de retiro la falta de cupos y no existe porque las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa tienen dependencias de planeación que garantizan el ascenso de todos los oficiales que ingresan a las escuelas de formación, mientras permanezcan dentro de la calidad exigida, es decir que se encuentren en listas uno, dos o tres, tal como lo consagra el artículo 75 del Decreto 1799 de 2000.

(iii) La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios no fue institucionalizada por el legislador castrense con el propósito de abrir cupos para que los menos antiguos fueran

---

Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el Ministerio de Defensa Nacional. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta Asesora.»

De acuerdo con lo anterior, dichas actas contienen únicamente recomendaciones de las Juntas Asesoras, las cuales no podrán ser modificadas sino por el Ministerio de Defensa Nacional o por la respectiva Junta Asesora, es decir que por sí mismas carecen del carácter vinculante de los actos que crean, modifiquen o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas, lo que determina que no sean pasibles de control de legalidad ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa".

[13] Las decisiones de los consejos superiores o de los cuerpos colegiados de la administración pública se harán constar en actas aprobadas por los mismos, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por quien la presida y por quien sirva de secretario, en las cuales deberá indicarse, además, los votos emitidos en cada caso.

ascendiendo, este tiene su origen en permitir a la administración prescindir de aquellos oficiales que se comprometan en actos que no ameritan juicio de reproche disciplinario.

(iv) Las anotaciones referidas por el Comité de Evaluación para excluir al demandante ya habían hecho tránsito a cosa juzgada, por cuanto fueron evaluadas en el periodo correspondiente, es decir, en el grado de Capitán y en el grado de Mayor, además de no existir disposición alguna que determine que el Comando del Ejército cuando elabora el estudio para proponer a los Oficiales de grado Teniente Coronel a Coronel deba afectárseles con las anotaciones que fueron registradas en su folio de vida en los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y Mayor.

Considera el Despacho que los anteriores argumentos, expuestos 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"*[14].

Estas razones, adicionalmente conducen a que el cargo de ***violación de normas*** invocado no prospere.

Finalmente, la manifestación del actor, según la cual el Comando del Ejército carece de competencia para designar Comité que recomiende el ascenso de los oficiales del Ejército, toda vez que esa facultad corresponde exclusivamente a la Junta Clasificadora del Ejército en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 44 del Decreto Ley 1799 de 2000, no habrá pronunciamiento de fondo, teniendo en cuenta que para la aplicación de la facultad discrecional de retiro en estudio, el actor cumplió con la edad para acceder a la asignación de retiro y la Junta de Evaluación emitió la respectiva recomendación contenida en el Acta 12 del 26 de noviembre de 2015, sin que existan requisitos adicionales que deban ser objeto de estudio por esta instancia.

3. Desviación de poder y falsa motivación. Del acto acusado y de la facultad discrecional

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

[14] *Ibídem.*

instrumento sea utilizado como una herramienta de persecución por razones de diseminación o abuso de poder (como quiera que se busca evitar que la misma sea utilizada para desconocer los derechos fundamentales de los oficiales). Así, la sentencia de unificación que constituye un precedente vinculante para efectos de la presente providencia, señaló que:

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

Bajo el anterior parámetro, manifiesta el demandante que el acto demandado "nació a la vida jurídica con un fin totalmente distinto e incompatible con las normas de carrera militar y desconociendo el precedente judicial vinculante de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, toda vez que el sustento legal no fue el mejoramiento del servicio público sino la retaliación de los señores Brigadieres Generales Pablo Ferderico Przychodny Jaramillo y Oscar Iván Botero Flórez para cobrarle la actuación del demandante como Inspector Delegado del Comando del Ejército designado para investigar el oprobioso acontecimiento protagonizado por el señor Brigadier General Rubén Darío Alzate compañero de curso del antes referido BG Przychodny Jaramillo y el caso de la pérdida de armas en el Batallón San Mateo que muy seguramente sensibilizó al señor BG Botero Flórez por tratarse de un Oficial de Arma de Artillería, integrantes del Comité de Evaluación que de manera arbitraria lo excluyeron con justificaciones que a todas luces trasgreden el debido proceso por cuanto ya habían hecho tránsito a cosa juzgada del ascenso al grado de Coronel en el mes de diciembre de 2015".

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

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

> *"[Q]uien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza*

[15] SU 091 de 2015

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"[16].

En el presente caso, y del cargo en estudio, lo que se pretende corroborar es la conexidad existente entre el hecho antes citado y los móviles de la expedición del acto acusado.

Para resolver, la prueba testimonial es la idónea para demostrar el cargo de desviación de poder objeto de estudio, para lo cual respecto de la declaración de la señora Paola Alejandra Sosa Monroy, quien respecto del tema que compete en el presente asunto, y a la pregunta realizada por el Despacho "usted cree que había otra decisión oculta por parte del ejército y qué tipo de razones se tendría para no valorar debidamente la hoja de vida de su esposo, CONTESTÓ: pues en realidad yo tengo entendido que existe una parte legal para evaluar las hojas de vida, (El Despacho interviene: alguna razón, alguna investigación, algo?) No, mi esposo no tenía nada en su hoja de vida (pregunta el Despacho: algo que pudiera incidir en la decisión) No, no, no lo sé). A continuación, pregunta el apoderado de la parte actora "no sé, señora Paola Alejandra Sosa si el Coronel le comentó a usted algo respecto a un problema que él tuvo en una Inspección en el Batallón San Mateo en Pereira, (...) CONTESTÓ: no sé qué grado tendría él en ese entonces, pero no, no me comentó nada de eso".

De lo anterior, observa el Despacho que no se pudo comprobar que el retiro del servicio obedeciera a los hechos relacionados y que sustentan el cargo, pues el testimonio recibido, no da cuenta de ello.

4. Conclusión

Los cargos de nulidad del acto administrativo por violación de normas, motivación insuficiente, desviación de poder y falsa motivación que sirvieron de fundamento para las pretensiones no se configuraron, por lo tanto, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2016.

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 ésta[17].

---

[16] Corte Constitucional, Sentencia SU-091-16.
[17] 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".

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- **NEGAR LAS PRETENSIONES** de la demanda, de acuerdo con las consideraciones hechas en precedencia.

SEGUNDO.- **SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Eigr