



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4º
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>
Ventanilla Virtual Samai: <https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Nanny Elinor Gómez Moreno¹
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana²
Radicación:	11001333501620200035600
Asunto:	Sentencia Primera Instancia

1. Asunto a decidir

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

1

2. Antecedentes

2.1. Pretensiones³. La señora MY® **Nanny Elinor Gómez Moreno**, por conducto de apoderado judicial y, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 2191 del 1° de diciembre de 2019 por medio del cual no fue ascendida al grado de Teniente Coronel y la N° 0172 de 3 de febrero de 2021 por medio del cual fue retirada del servicio por llamamiento a calificar servicios, en razón a que los mencionados actos violan las normas en que debían fundarse, están falsamente motivados y en ellos hay desviación de poder.

2.2. Hechos⁴.

De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

¹ nizamudio@hotmail.com; nannyg76@gmail.com

² Notificaciones.Bogota@mindefensa.gov.co; jesus.gutierrezj2022@gmail.com

³ Archivos 012 y 013

⁴ Ibidem

- a. Que ingresó como Oficial de las FF.MM a la Fuerza Aérea Colombiana en el grado de Subteniente, perteneciente al Cuerpo Administrativo Especial Comunicación Social, luego de haber cursado y aprobado los estudios para ser Oficial en el curso 20, según Resolución N° 1780 de 5 de diciembre de 2001.
- b. Llegó al grado de Mayor dentro de su carrera militar y desempeño varios cargos como Jefe de diferentes departamentos, secciones y subsecciones en el área de las comunicaciones y como Directora de Medios Institucionales y página web, así mismo cuenta con estudios en Comunicación Social y Posgrado en Comunicación Organizacional y múltiples seminarios, cursos de profundización y Diplomados, recibió múltiples condecoraciones y distintivos.
- c. Como Mayor obtuvo calificaciones: lista 3 “bueno” y no registra en su carrera antecedentes administrativos, penales, disciplinarios o fiscales vigentes.
- d. Para el mes de diciembre de 2019 cumplía con el tiempo requerido para el ascenso a Teniente Coronel y había superado el Curso de Información Militar – CIM y pese a ello no fue ascendida por lo que inició el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.
- e. Mediante Resolución 0172 de 3 de febrero de 2021 suscrita por el Ministro de Defensa fue retirada del servicio activo por llamamiento a calificar servicios y motivando la anterior decisión de manera general en la naturaleza de la causal de retiro, discrecional, y el requisito objetivo que es tener el tiempo de servicio para ser titular de la asignación de retiro.
- f. Previamente a la anterior decisión se realizó la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional consignada en el Acta N° 013 del 28 de octubre de 2020 con igual contenido y exposición que la contenida en la Resolución de retiro.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 123, 209 y 217 de la Constitución Política, artículo 100 modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 literal a) numeral 3 y el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, artículos 3, 4, 5, 53, 64 y 65 del Decreto 1799 de 2000, artículo 30 del Decreto 2335 de 1971 y artículos 1, 3, y 44 de la Ley 1437 de 2011 y las Disposiciones N° 039 de 203 y 016 de 2018.

En su concepto de violación indicó que los actos atacados violentaron de manera flagrante el ordenamiento legal al haber sido concebidos, expedidos y ejecutados, no con el ánimo de proteger el interés general, bajo el concepto de necesidad del servicio como motivo y buen servicio como finalidad, sino en obediencia a intereses individuales y motivaciones completamente contrarias al servicio público.

Que el hecho de que la carrera militar sea de naturaleza especial, no la aparta del cumplimiento de los principios y fines que se persiguen con el establecimiento de la

carrera administrativa, es decir, están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad.

Si bien la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional, la misma es reglada, es decir se encuentra sometida a una serie de lineamientos formales, sustanciales y a la finalidad del buen servicio de acuerdo a los principios e proporcionalidad y razonabilidad y debe estar guiada de elementos como la competencia, la existencia de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, el derecho a la asignación de retiro, motivos y finalidades legales y ciertos con la finalidad del mejoramiento del servicio y en aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Y en el presente asunto no existió la debida argumentación, pues el sólo derecho a la asignación de retiro derivaría en una causal de retiro forzoso o en una arbitraria donde no exista la obligación de motivar en debida forma la decisión.

Que es claro que no fueron tenidas en cuenta la hoja de vida, las evaluaciones y clasificaciones de la señora Gómez Moreno, por lo que la finalidad del mejoramiento el servicio fue completamente ajena al ejercicio de esa facultad discrecional, tornándose así en una decisión irrazonable y desproporcionada.

Así mismo que la decisión de no ascenso al grado de Teniente Coronel contenida en el Decreto 2191 de 2019 está desprovista de legalidad en tanto que el Comandante de la Fuerza Aérea no tenía competencia para impedir que ello ocurriera y al no poner su nombre a consideración de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, ni hacerlo frente al Ministro de Defensa y el Presidente de la República violó las normas propias del ascenso (Artículos 3, 51, 52, 53 y 69 del Decreto 1790 de 2000), pues se encuentra plenamente demostrado que cumplía con los requisitos legalmente establecidos para ser ascendida y además de ello la decisión de no ascenso no fue expresa ni explícita y tampoco le fue legalmente notificada.

Y todo lo anterior generó daños emergentes y morales.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 30 de noviembre de 2020⁵ y mediante auto del 1º de febrero de 2021⁶, fue admitida por encontrar colmados los requisitos para su procedencia, el 23 de febrero de 2021⁷, notificada mediante correo electrónico la entidad demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

⁵ Archivo 001

⁶ Archivo 006

⁷ Archivo 007

En el término de traslado de la demanda, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana, dio contestación a la misma ejerciendo su derecho de defensa y contradicción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Posteriormente, el apoderado de la parte demandante allegó escrito de acumulación de demanda respecto de pretensiones sobre el acto administrativo de retiro de la señora Gómez Moreno, la cual fue negada en principio por éste Despacho, pero al haber sido atacada el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión y ordenó estudiar la acumulación de demandas.

A través de auto del 20 de febrero de 2023⁸ se admitió la acumulación de demandas y se ordenó notificar a la entidad accionada, lo que se realizó el 14 de abril de 2023⁹, entidad que dentro del término allegó escrito de contestación.

Mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2º de la Ley 1437 de 2011 y 110 del Código General del Proceso, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Posteriormente, el 26 de septiembre de 2023¹⁰ se llevó a cabo la audiencia inicial donde se fijó el litigio, se decretaron las pruebas y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas.

El 14 de noviembre de 2023¹¹ se llevó a cabo la audiencia de pruebas y ante las dificultades de los testigos se reprogramó y se llevó a cabo el 13 de febrero de 2024¹².

Evacuado el recaudo probatorio se cerró la respectiva etapa y se concedió el termino para presentar las respectivas alegaciones.

2.5. Sinopsis de la respuesta.

2.5.1. Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana.¹³ En sus escritos de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de demanda, y en ellos indicaron para el efecto que la estructura de las Fuerzas Militares tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con la función que le es asignada dentro del Estado y las necesidades del servicio, lo que implica que no todos pueden llegar a ascender al grado más alto, premisa constitucionalmente acatada dentro del

⁸ Archivo 035

⁹ Archivo 037

¹⁰ Archivos 043 y 044

¹¹ Archivos 047 y 048

¹² Archivos 051 y 052

¹³ Archivo 008 y 038

estamento militar y dentro de toda la administración pública, por lo que la misma es piramidal en su constitución y composición, ya que en la medida en que se asciende se van especializando funciones, cargos y perfiles que desafortunadamente dejan por fuera a personas que quisieran llegar a mejores posiciones.

Que las decisiones que toma el Ministerio de Defensa son el resultado de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por la Junta Asesora establecida para tal efecto y en la que se efectúa un análisis y estudio pormenorizado donde prevalece el bien general.

Que al ser fijada la planta de personal mediante Decreto del Gobierno Nacional en ella se determinan el número de oficiales y suboficiales que rigen para determinado período y por ello los actos administrativos referentes a las promociones y ascensos deberán regirse a llenar vacantes que se crean en cada grado sin sobrepasar los cargos fijados por el Gobierno Nacional.

Que el hecho de ser buen trabajador no constituye fundamento válido para permanecer en el cargo ni para anular el acto de retiro por ese solo hecho, sopesar los motivos de conveniencia de permanecer en el servicio activo de los uniformados resulta ser una atribución privativa de las instancias pertinentes de las fuerzas militares no del Juez.

Que la posibilidad de llamamiento a calificar servicios es conocida de antemano por los uniformados, es una figura castrense aplicable a la mayoría de los oficiales, en razón a la estructura piramidal de la misma, que impide que todos puedan en la práctica ser ascendidos y por eso si aún este acto de retiro no está expresamente motivado, ello no lo convierte per-se en ilegal, puesto que se presume expedido en aras del buen servicio.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión en audiencia y en ellos manifestó que se demostró que la accionante era una oficial sobresaliente y habiendo sido seleccionada para el curso de estado mayor y habiéndolo superado no aparece una circunstancia objetiva si cumplía con los demás requisitos y aunque ello no es factor esencial para ascender, lo cierto es que una vez probado constituye la medida de la discrecionalidad para que no se torne arbitrario el llamamiento a calificar servicios y su no ascenso, que no es lógico que la entidad invierta en la preparación de una persona para que de manera inexplicable sea retirada, por lo que claro es que su fundamento fue una desviación de poder.

Que esas facultades discrecionales se ven limitadas con la motivación que dispuso la Corte Constitucional, razón por la cual en este caso se torna imposible saber la real causa, que claramente su no ascenso y retiro no iba en mejora del servicio, por el contrario, iba en contra de ellos, pues su labor fue destacada y contaba con la confianza de sus mandos y ello se probó en el proceso.

Que, si bien la asignación de retiro es un derecho, la principal es la de la carrera administrativa y los pilares de la seguridad de la patria y estas no fueron tenidas en cuenta para adoptar las decisiones atacadas.

Por lo que solicitó se accediera a lo pretendido. (minutos 1:34:11 a 1:49:39 archivo 051)

2.6.2. Alegatos de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional. La entidad presentó sus alegatos de conclusión en audiencia y en ellos manifestó que la decisión de la entidad obedece al ejercicio de una facultad discrecional que está determinado en el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las FF.MM., que las decisiones de ascenso y cursos las toman varias las fuerzas y que el hecho de tener el curso no obliga a que se dé el ascenso, pues ese no es un derecho, sino una expectativa, que el buen ejercicio del deber es lo normal y es obligación de quien lo ejerce.

Que no se probó que quien ocupa actualmente el cargo de la accionante no tenga las capacidades o fuera inferior a la señora Gómez, por lo que solicitó se negara lo pretendido. (minutos 1:50:01 a 1:59:54)

3. Consideraciones

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar:

- a) Si los actos acusados, mediante los cuales se negó el ascenso al grado de Teniente Coronel y se retiró del servicio activo a la actora por llamamiento a calificar servicios, se ajustan al ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, fueron expedidos con falsa motivación y con falta de competencia
- b) Si la negativa de ascenso y retiro del servicio causaron daños emergentes y morales a la actora

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** Régimen de carrera de las Fuerzas Militares; **ii)** Ascensos en la Carrera Militar, **iii)** El retiro de las FF.MM por llamamiento a calificar servicios, **iv)** Falsa motivación de un acto administrativo, y **v)** Caso concreto.

4. Normatividad y jurisprudencia aplicable.

4.1. Régimen de carrera de las Fuerzas Militares.

El régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares por expresa disposición Constitucional, es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos debido a las funciones que le fueron otorgadas, entre otras, la materialización de un orden justo, tendientes a obtener un mejor servicio según lo indican los artículos 216,¹⁴ 217,¹⁵ y 220¹⁶ superiores.

En atención a los principios que rigen la función pública, el personal dedicado a la actividad militar debe acreditar ciertas calidades para su ejercicio, como son “...la eficiencia, la moralidad y una ética a toda prueba”¹⁷.

4.2. Ascensos en la Carrera Militar¹⁸.

En desarrollo del régimen de carrera especial de origen constitucional que asiste a los miembros de las Fuerzas Militares, 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*», dispuso:

ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.

PARÁGRAFO. El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en

¹⁴ Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

¹⁵ Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

¹⁶ Artículo 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley.

¹⁷ Ver sentencia C-525 de 1995.

¹⁸ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 11 de noviembre de 2021, radicado 25000-23-42-000-2016-02813-01 (1135-19) Demandante Hiznardo Alberto Bravo Zambrano. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

A su vez, en lo relativo al ascenso de los oficiales, los artículos 51 y 53 de la citada norma establecieron:

ARTÍCULO 51. Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares”.

ARTÍCULO 53. REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES. Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.

b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.

c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.

d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.

e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.

f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

PARÁGRAFO. El requisito de curso de que trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá

cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares.

Por tanto, uno de los requisitos para ser llamado a curso de ascenso, es el concepto favorable de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

De igual forma, la obligación de cumplir la totalidad de los requisitos prescritos en la ley se infiere de los artículos 65, 66 y 67¹⁹ del Decreto 1790 de 2000, los cuales disponen que el Gobierno nacional escogerá entre quienes reúnan las condiciones allí establecidas.

En tal sentido, acerca de la facultad discrecional para la escogencia de los miembros de las fuerzas militares para ascenso, El Consejo de Estado, en concepto de 3 de julio de 2015²⁰, sostuvo:

[...]

Así, la facultad discrecional del Ejecutivo se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas Militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el Ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las respectivas promociones.

A juicio de la Sala no existe la mencionada obligación de ascenso por las siguientes razones:

i) Los ascensos se encuentran condicionados a la existencia de vacantes, tal como se desprende del ya mencionado artículo 51 del Decreto 1790 de 2000²¹.

ii) Los ascensos se confieren dependiendo de las necesidades o conveniencias de las Fuerzas Militares [...].

¹⁹ «Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina» (sic).

²⁰ Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, expediente 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

²¹ “Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares”. Decreto 1790 de 2000, artículo 51. En la sentencia T-941 de 2009, al estudiar el caso de un miembro de la Policía Nacional, la Corte Constitucional indicó: “A pesar de estas consideraciones, para la Corte es claro que no todos los aspirantes a un cargo superior que cumplan con los requisitos objetivos señalados para el ascenso, pueden acceder al mismo, toda vez que existen razones de índole administrativa y presupuestaria que lo impiden. Sobre el particular, es pertinente tener en cuenta que el artículo 20 del Decreto 1791 de 2000, al determinar las condiciones para los ascensos señala que los mismos se conferirán “de acuerdo con las vacantes existentes”, aspecto que no puede ser desconocido por las autoridades involucradas en el proceso de escogencia del personal uniformado ni por éste último”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de diciembre de 2009, T-941/09. (Referencia de la sentencia en cita).

Igualmente, el artículo 4º del Decreto 1790 de 2000 estableció que el Gobierno Nacional tiene la facultad de determinar la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en atención a las necesidades de estas²².

De esta suerte, si existiera la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas que cumplan los requisitos establecidos en la ley, sería esta circunstancia la que determinaría el ascenso, más no la prerrogativa del Ejecutivo y las necesidades del servicio, criterios estos que son, desde el punto de vista jurídico, los que se deben tener en cuenta para el efecto²³.

iii) Los ya mencionados artículos 54, 65, 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000 disponen con claridad que, para los ascensos de los rangos identificados allí, la autoridad competente escogerá entre quienes hayan cumplido la totalidad de los requisitos determinados por el Decreto. En consecuencia, el cumplir con los requisitos habilita al uniformado para ser parte de los candidatos a ser ascendidos, pero de ningún modo significa que debe ser obligatoriamente promovido²⁴.

iv) La necesidad de que el Ejecutivo tenga absoluta confianza en los integrantes de las Fuerzas Militares. Así, en atención a que la decisión de ascenso de sus miembros se enmarca dentro del ámbito del orden público, asuntos cuya dirección corresponde al Presidente de la República, y que estos se encuentran dentro de la línea de mando que ejecuta sus órdenes, es fundamental que el Ejecutivo confíe plenamente en los integrantes de estas Fuerzas²⁵.

[...]

v) La estructura vertical y jerarquizada de las Fuerzas Militares²⁶, la cual envuelve necesariamente una disminución ascendente del número de grados militares²⁷,

²² “La planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional revisado anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza”. Decreto 1790 de 2000, artículo 4º. (Referencia de la sentencia en cita).

²³ “En la misma línea, la existencia de vacantes en la línea correspondiente determina el número de promociones al grado de que se habla, pues es probable que el número de aspirantes sea superior a las plazas disponibles según el decreto de planta respectivo (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05. (Referencia de la sentencia en cita).

²⁴ Esta postura ha sido sostenida anteriormente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en sentencia de 1976, la Sección Segunda de esta corporación indicó: “Que, en virtud de la ley, el Estado no adquiere obligación alguna, ni nace obligación que se encuentre frente a un derecho. Es algo completamente potestativo, no obstante, se cumplan por un oficial los requisitos para el ascenso. Es decir, el Estado, por intermedio del Gobierno, no puede hacer ascensos sino dentro del orden jerárquico establecido por la ley y tampoco puede hacerse sino en las personas que llenen los requisitos legales, pero no está obligado a decretar el ascenso para una persona determinada que cumpla los requisitos en una determinada fecha”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 1976, Radicación número: 2831. (Referencia de la sentencia en cita).

²⁵ En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-1140 de 2004: “Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.)” Corte Constitucional. Sentencia del 12 de noviembre de 2004, T-1140/04. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05. (Referencia de la sentencia en cita).

²⁶ “Ahora bien, tratándose de instituciones jerarquizadas como lo son las Fuerzas Armadas, el derecho aludido ha de atemperarse, pues por su propia esencia y para llevar a cabalidad sus objetivos, se requiere de una cabeza que guíe y una tropa que obedezca; vale decir que gozan de un régimen especial y propio que implica una pirámide estructural y por ende, una disciplina particular a la que todos deben someterse hasta el de más alto rango, como se exige en un Estado Social y Democrático de derecho y en donde para ascender, se requiere que el seleccionador cuente con cierto grado de discrecionalidad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 10 de marzo de 2005, Radicación número: 12139. (Referencia de la sentencia en cita).

²⁷ “Finalmente, debe señalarse que no existe violación al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas por el hecho de que el Comité de Estado Mayor, no hubiere seleccionado al demandante para el Curso de 2005, por cuanto la estructura de mando

vi) La existencia de diferencias individuales entre los aspirantes²⁸, y

vii) El propio texto de los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, los cuales señalan que los oficiales y suboficiales “podrán ascender” cuando cumplan los requisitos dispuestos en la norma.

[...]

De este modo, resulta evidente para la Sala, que el artículo 52 del Decreto Ley 1791 de 2000 no contiene un mandato u orden inequívoca que imponga a la entidad demandada un deber imperativo, inobjetable y exigible, toda vez que, deja en libertad a la administración de decidir si asciende o no a los uniformados restablecidos, previo el cumplimiento de los requisitos legales²⁹.

Dentro de este marco, a juicio de la Sala, la expresión “podrán ascender” contenida en los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, no impone la obligación al Ejecutivo de promover al uniformado, sino que le permite decidir ascenderlo o no, sin que en todo caso sea posible que se exijan requisitos diferentes a los establecidos en la ley “(Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, la selección de los uniformados convocados a cursos de capacitación para ascenso, implica el ejercicio de una facultad discrecional sometida a las necesidades del servicio y a las vacantes existentes.

Ahora bien, en lo concerniente a la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas militares que adopta la aludida decisión de recomendación para curso de ascenso, el Decreto 2565 de 1968³⁰ indicó:

ARTÍCULO 54. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares está integradas por:

- a) El Ministro de Defensa, quien la preside
- b) El comandante General de las Fuerzas Militares;
- c) Los Comandantes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea;

de la Fuerza Pública se va estrechando en la medida en que se asciende y debe reducirse como efectivamente sucedió en el sub lite, en donde los Comandantes valoraron 270 hojas de vida y seleccionaron 147, dejando de lado 123 aspirantes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08). (Referencia de la sentencia en cita).

²⁸ En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad C-819 de 2005, señaló: “Teniendo en cuenta que no todos los aspirantes a la promoción militar pueden ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes, esta Corporación reconoce que el Comando de la Fuerza es el encargado de seleccionar aquellos aspirantes que, luego de haber aprobado los requisitos objetivos exigidos por la legislación pertinente, pueden recibir el grado inmediatamente superior.
(...)”

La Corte reconoce que en el grupo de aspirantes que han sido calificados óptimamente para el ascenso existen diferencias individuales. La homogeneidad absoluta en las condiciones personales de los sargentos primeros que cumplen con todos los requisitos para recibir la promoción a Sargento Mayor y que han recibido una calificación satisfactoria para ser promovidos es imposible. Incluso entre los más destacados existen diferencias. Por ello, con fundamento en esas diferencias, que deben ser evaluadas e interpretadas a la luz de los cánones militares, se justifica que el Comando disponga la elección final de los aspirantes”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02024-01(ACU). (Referencia de la sentencia en cita).

³⁰ «Por el cual se reorganiza el Ministerio de Defensa Nacional y se determinan sus funciones».

d) Los Oficiales Generales y de Insignia de la Armada en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá; y

e) El Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional.

Parágrafo 1° Cuando la Junta Asesora deba estudiar ascensos y retiros de Oficiales pertenecientes a las distintas Fuerzas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), formará también parte de ella el Jefe del respectivo Departamento de Personal, con derecho a voz, pero no a voto.

Parágrafo 2° Los Comandantes de las Fuerzas estarán exentos de concurrir a las reuniones de la Junta, cuando se trate de ascensos de oficiales que dependan de otras Fuerzas, salvo citación especial hecha por el Presidente de la Junta.

Parágrafo 3° Los miembros que integran la Junta Asesora no tienen suplentes y en consecuencia, no pueden ser reemplazados en sus funciones por otros oficiales.

ARTÍCULO 55. Son funciones de la Junta Asesora:

a) Asesorar al Ministro en todos los asuntos relativos a la organización y preparación de las Fuerzas Militares para la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden legal;

b) Asesorar al Ministro en la preparación de los planes referentes a la administración de los bienes destinados a la Defensa Nacional, y en la aplicación de los fondos que se incluyan anualmente en el presupuesto nacional para el sostenimiento de dotación de las Fuerzas Militares y el mantenimiento y renovación de los armamentos de las mismas Fuerzas y en los demás asuntos que el Ministro someta a su consideración; y

c) Aprobar y modificar las clasificaciones de los oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los ascensos, llamamientos al servicio y retiro de los oficiales de las Fuerzas Militares, de acuerdo con las normas legales sobre la materia.

De acuerdo con lo señalado, una de las funciones principales de la junta asesora del Ministerio de Defensa para el Ejército Nacional, consiste en recomendar el ascenso de los oficiales, así como su retiro, con fundamento en las normas pertinentes.

4.3 El retiro de las FF.MM por llamamiento a calificar servicios³¹

El artículo 99 del 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» contempló el retiro de las Fuerzas Militares en los siguientes términos:

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 el artículo 100 ibidem,³² contempla el llamamiento a calificar servicios. Dispone la norma lo 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:

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, Almirante o General del Aire, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

³¹ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 22 de septiembre de 2022, radicado 25000-23-42-000-2016-03930-01 (4119-2021) Demandante Carlos Enrique León Soto. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.

³² Texto modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006.

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.

A su vez, el artículo 103 del decreto aludido señaló que³³ «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 esta manera, procede el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares cuando el respectivo servidor público ha cumplido con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación de retiro. Además, para el caso de los oficiales, excepto los de rango de general o de

³³ Texto modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006

insignia, se requiere para el retiro, por ordenarlo el artículo 99 del decreto citado, concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

El llamamiento a calificar servicios implica el ejercicio de una facultad discrecional que ejerce el gobierno nacional, dentro de un margen de oportunidad, necesidad y conveniencia, para facilitar el relevo en la línea de jerarquía de las instituciones militares, de modo que permite el ascenso de algunos de sus miembros y conlleva también el retiro de otros, pero sin que este mecanismo se pueda equiparar a una sanción.

El retiro por llamamiento a calificar servicios no es más que la materialización del poder de mando dentro de la fuerza pública que, por razones de necesidad y conveniencia, permite el relevo del personal tanto del mando superior como medio y, en palabras de la Sección Segunda del Consejo de Estado, *«atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las fuerzas armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal»*.³⁴

En lo que respecta a la motivación del acto administrativo que dispone el retiro del servicio por la causa que se analiza, la jurisprudencia ha sido del criterio que ella *«está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro»*.³⁵

En ese sentido, la decisión no requiere de una motivación distinta de la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y, en el caso de los oficiales de que trata el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, se exige también el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa.³⁶ No obstante, ello no quiere decir que el ejercicio de la facultad discrecional examinada pueda ser usada para la persecución o abusos de poder o como sanción y, por ello, quien se crea afectado por el respectivo acto puede impugnarlo en sede jurisdiccional.

La posición aludida fue ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 217 de 28 de abril de 2016³⁷, en la que, la Corte aclara dos aspectos que también son

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2019, radicado: 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17), actor: Juan Carlos Jaimes Bedoya, consejero ponente: William Hernández Gómez.

³⁵ Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016, magistrado ponente: Jorge Pretelt Chaljub

³⁶ «Por su parte, esta Subsección, 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 de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de octubre de 2018, radicado: 25000-23-42-000-2013-01997- 01(0631-15), actor: David Antonio Vargas Ibáñez, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

³⁷ : (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

fundamentales en el trámite administrativo: i) que el buen desempeño en el servicio no otorga una estabilidad absoluta, de modo que limite la facultad discrecional aludida, y ii) que la carga de probar que el acto contiene otras motivaciones ocultas a las que autoriza la norma es del afectado.

En lo que al primer punto se refiere el Consejo de Estado³⁸ ha indicado que *«un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro»*, puesto que *«el buen cumplimiento de las funciones ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo»*.

En relación con el segundo punto, debe decirse que el acto administrativo se presume legal (artículo 88 del CPACA) y que es deber de quien alega desviación de poder, falsa motivación o cualquier fraude en la decisión demostrarlo.³⁹

En esa línea se ha dicho que *«en el evento que se estime que el llamamiento a calificar servicios se erige en una sanción, el interesado es quien tiene la carga de la prueba de demostrar que su desvinculación no obedeció al relevo de los mandos y a que cumplió el tiempo de servicios, sino a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura»*⁴⁰.

4.4. La falsa motivación del acto administrativo

El artículo 137 del CPACA estableció como causal de nulidad de los actos administrativos, entre otras, la falsa motivación, vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los fundamentos de hecho y de derecho que se tienen en cuenta para su expedición.⁴¹ Su contenido permite conocer las causas que impulsaron la exteriorización de la voluntad de la administración.

demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2019, radicado: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17), actor: Ricardo Efraín Arcos Rosero, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Criterio también esbozado en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado: 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), reiterado por la Subsección B, en la sentencia del 19 de enero de 2017, radicado: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014), consejero ponente César Palomino Cortés.

³⁹ En la sentencia SU-091 de 2016 a la que se ha hecho referencia se afirmó lo siguiente: «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»

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2019, radicado: 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17), actor: Ricardo Efraín Arcos Rosero, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D. C. 19 de julio de 2019

⁴¹ En relación con el vicio de falsa motivación puede examinarse la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 19 de julio de 2018, radicado: 110010325000201600089 00 (0461-2016), suspensión provisional; actor: Nación, Fiscalía General de la Nación, consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

La Corte Constitucional la ha definido como «*la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad*». ⁴² En ese orden, los actos administrativos al expedirse deben cumplir ciertos presupuestos entre los que se encuentran los siguientes: i) tener su origen en hechos veraces que los soporten y; ii) estar sustentados en normas constitucionales, legales o reglamentarias, según sea el caso.

La falsa motivación, entonces, ocurre cuando no existe concordancia entre la realidad fáctica y jurídica en la que debió fundamentarse el acto administrativo y las razones de esta índole que quedaron consignados en la decisión. ⁴³ En otros términos, esta causal de nulidad tiene su origen en la falta de veracidad de las razones de hecho y de derecho que sustentaron el acto y que contradicen las que sí corresponden con la realidad. ⁴⁴ Jurisprudencialmente se afirma que esta se configura cuando concurren los siguientes elementos: ⁴⁵

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Es claro así, que para la configuración de este vicio es preciso que se cumplan los presupuestos enunciados. De otro lado, quien alega la existencia de esta causal de nulidad tiene la carga probatoria de demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad (artículo 88 CPACA). ⁴⁶

En lo que se refiere al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, no tiene que ser motivado por la administración, dado que su motivación la contiene la ley y consiste en la acreditación de que el militar retirado cumple los requisitos para acceder a la asignación de retiro y, cuando es procedente, que existe

⁴² Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero

⁴³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 2017. Procesos acumulados con los siguientes radicados: 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016) Acumulados: 11001-03-25-000-2016-00025-00 (0052-2016) 11001-03-25-000-2016-00048-00 (0156-2016) 11001-03-25-000-2016-00064-00 (0271-2016) 11001-03-25-000-2016-00052-00 (0184-2016) 11001-03-25-000-2016-00047-00 (0155-2016) 11001-03-25-000-2016-00026-00 (0053-2016) 11001-03-24-000-2016-00002-01 (0310-2016); consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de junio de 2012, radicado: 2006-00348.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2017, radicado: 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14), actor: Carlos Mario David Pérez, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁴⁶ Ver la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 1999, radicado: 3.443, consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa. En la providencia se indicó «tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos».

concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo cual es aplicable para los Oficiales, por así ordenarlo el Decreto 1791 de 2000.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, pasa el Juzgado a resolver el,

5. CASO CONCRETO:

5.1 Hechos Probados

- Que ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana primero como Alumna Oficial el 10 de julio de 2001 y posteriormente como Oficial (Subintendente) el 5 de diciembre de 2001. (Fl 86 Archivo 002)
- Dentro de su trayectoria ejerció cargos entre los que se encuentra Jefe Sección Relaciones Públicas y Protocolo, del Departamento de Relaciones Civiles Militares, Departamento de Acción Integral, de Acción Psicosocial, Estratégica de Comunicación Interna, Directora Página Web y de Medios Institucionales entre otras. (Fls. 87-88 y 120-201 Archivo 002, archivo 003 y fls. 2-97 archivo 004)
- Ha sido clasificada en listas 1, 2 y 3 con conceptos bueno, muy bueno y excelente y ha recibido múltiples distintivos, condecoraciones, felicitaciones y anotaciones positivas; no le figuran sanciones, suspensiones o separaciones, aunque si algunas anotaciones negativas (fls 89-111 archivo 002, fl. 99 archivo 004)
- Que hizo parte del curso FAC N° 20 de Oficiales del Cuerpo Administrativo, que cumplía con el tiempo físico mínimo en el grado de Mayor, que no ascendió porque no contaba con el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa (fls. 117-118 archivo 002)
- Que la accionante fue clasificada en la lista N° 3 para ascenso en diciembre de 2019. (fl. 142 archivo 004)
- A través de Resolución N° 0172 de 3 de febrero de 2021 y en atención a la recomendación emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las FFMM plasmada en el Acta N° 013 de 28 de octubre de 2020, se dispuso el retiro de la accionante por *llamamiento a calificar servicios* (Fls. 59-63 archivo 013)
- A su retiro devengaba \$10.750.136.65 mensuales. (fl. 150 archivo 015).

- A diciembre de 2019 existían 234 cupos para Teniente Coronel de los cuales 210 se encontraban ocupados y para dichas fechas había 524 cupos para Mayor de los cuales 484 se encontraban ocupados. (Fl. 127 archivo 015)
- Que mediante acta N° 013 de 28 de octubre de 2020 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las FFMM, respecto del retiro por llamamiento a calificar servicios, de entre otros, la aquí accionante, indicó:

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, después de estudiar la propuesta presentada a su consideración, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 99 y 100 (modificado por el artículo 5°, de la Ley 1792 de 2016) literal a) numeral 3 y el 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, recomendó al Gobierno Nacional por unanimidad el retiro del servicio activo por Llamamiento a Calificar Servicios de los Oficiales Superiores citados anteriormente.
- (Fl. 116 archivo 015)
- Que a 27 de agosto de 2020 la señora Gómez Moreno no presentaba antecedentes disciplinaria y/o administrativa. (Fl 86 archivo 015)
- Que tiene anotaciones de demérito por reclamos (fl. 224 archivo 019)
- Que la realización del curso información militar (CIM) se efectuó después de que la accionante sometiera de reconsideración de la fuerza la decisión de no haber sido llamada y que conforme le informó el Comando de Personal, si bien dicho curso era un requisito para ascender al grado, este por sí sólo no generaba el derecho a ser ascendida. (fl. 650 archivo 019)
- Que el 5 de febrero de 2021 le fue notificada a la accionante la Resolución de retiro. (fl. 688 archivo 015)
- Que conforme a la declaración del señor Guillermo León León conoció a la accionante desde hacía unos 20 años y en algunas oportunidades ella estuvo bajo su mando, cuando fue comandante de la base aérea de Palanquero y de Catam, ella en ese momento fue Jefe de Acción Integral en el Estado Mayor y su desempeño fue sobresaliente, generaba dinámicas y procesos importantes para el objetivo del relacionamiento de la entidad con la población y posicionar la entidad con ellos, que cumplía los requisitos, las expectativas de sus funciones y podía continuar su proyecto de carrera dentro de la especialidad en la institución y eso se reflejó en los folios de vida del período que estuvo bajo su mando, no hay un derrotero claro sobre ascensos de personal, que es un tema de criterio y de momento para ello, que para el ascenso de Mayor a Teniente Coronel es un requisito hacer el curso de estado mayor, pero ello no significa que lo vayan a ascender, en lo que laboró con ella no tuvo conocimiento de que hubiera sido objeto de acoso laboral o sobre exigencia en su trabajo, era apreciada en la línea del mando, que sus evaluaciones estuvieron por encima de lo estándar, el ascenso

a Teniente Coronel es el más exhaustivo, pero se puede hacer el curso de estado mayor sin que implique que deba ser ascendido (minutos 6:55 a 40:11 archivo 051).

- Que conforme a la declaración de la señora Astrid Liliana Alarcón Guarín quien manifestó que conoce a la accionante desde el grado de subteniente porque fue Directora de Estratégica de Comunicaciones y fue su superior, que ella tenía una proyección profesional muy grande y al punto está en que incluso la reemplazó en una licencia, aún por encima de Tenientes Coroneles, que ella fue proyectada con un grado muy bajo a la oficina, lo que indicaba que contaba con confianza del mando mayor, tenía todas las cualidades para ejercer su profesión no sólo en Fuerza Aérea sino también en áreas estratégicas de la Fuerza Militar, en caso de no ser ascendida y aún faltar tiempo para su pensión puede pedir una reconsideración, si no lo dejan un tiempo en el mismo grado para que obtenga derecho a la pensión y eso depende de la decisión de los superiores; que ante el no ascenso y retiro de la Mayor ella y su círculo familiar sufrieron un golpe emocional muy grande dado el sacrificio, esfuerzo que tuvo y la proyección, lo que frente a otros oficiales que hacían menos esfuerzo y fueron ascendidos fue muy decepcionante; nunca fue objeto de conductas discriminatorias, ella logró reconocimiento del comandante porque gestionaba donaciones, brigadas de salud para el programa corazón amigo que lograba acercar a la población con la Fuerza Aérea, que debe existir una razón muy grande para no ascender a alguien que fue llamado a curso de ascenso (minutos 45:18 a 1:11:58 archivo 051)
- Que conforme al testimonio de la señora Gina Paola Lozano Castrillón, quien manifestó que conoció a la accionante en el año 2020 por laboral en la misma dependencia, la señora Nanny Gómez llegó al tiempo con ella a esa dependencia y sabe que aunque ella había finalizado el curso no fue llamada a ceremonia de ascenso, que posteriormente al no llamamiento fue llamada a calificar servicios, para ese momento era la segunda al mando en comunicaciones estratégicas y era Directora de Medios Institucionales, cargo que actualmente ocupa la testigo, quien además ostenta el rango de Mayor, por antigüedad era subalterna de ella, aunque manejaba otra área, a ella le pidieron en dos oportunidades documentos para ascenso y que esa situación la afectó familiarmente, eso especialmente a su padre, también eso generó incertidumbre en la oficina porque era lo más lógico que ascendiera, que no fue objeto alguno de discriminación y contaba con la confianza de los mandos (minuto 1:14:00 a 1:33:35)

5.2 Análisis del caso

Descendiendo al caso concreto, De las pruebas anteriormente enunciadas se

desprende que el demandante (i) prestó sus servicios como oficial de la Fuerza Aérea Colombiana durante más de 19 años y su último grado fue el de Mayor; (ii) en acta 013 de 28 de octubre de 2020, el Comité de Evaluación recomendó su retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios; y (iii) con Resolución 0172 de 3 de febrero de 2021, el Ministro de Defensa Nacional la retiró por llamamiento a calificar servicios.

En lo atañadero a la no recomendación de la actora para el ascenso al grado de Teniente Coronel, aduce que la decisión por cuanto fue concebida, expedida y ejecutada, no con el ánimo de proteger el interés general, bajo el concepto de necesidad del servicio como motivo y buen servicio como finalidad, sino en obediencia a intereses individuales y motivaciones completamente contrarias al servicio público y que se erigen sobre la arbitrariedad, de tal manera que los altos intereses del Estado, Fuerza Aérea Colombiana, no fueron la causa de su expedición ni la finalidad de la misma, sino, por el contrario, el uso de la facultad se motivó y desarrollo a fin de satisfacer el capricho y la subjetividad.

Sea lo primero indicar, que si bien es cierto que dentro del proceso se probó la idoneidad de la accionante, así como el requisito de tiempo que se requieren para el ascenso e incluso la realización del curso de estado mayor, también es claro que el ejercicio de la facultad discrecional para seleccionar los candidatos a ascenso, conlleva que los miembros de las fuerzas militares, amén del mérito, la aptitud y las buenas calidades personales, obtengan a lo largo de su carrera la plena confianza de sus superiores y del Gobierno Nacional, cuanto más si en el grado de Teniente Coronel confluyen mayor nivel de mando, responsabilidad superior y unas condiciones de autoridad y decisión que demandan excelencia de los elegidos para tal dignidad, esto en aras del interés general y la garantía del constante mejoramiento del servicio.

De igual modo, la facultad discrecional implica que no es obligatorio ascender a todos los miembros de las fuerzas militares que satisfagan los requisitos de promoción, pues ello haría imposible la materialización de la estructura piramidal y esa discrecionalidad que otorgó el legislador mutaría a una simple obligación de protocolo, carente de toda oportunidad de selección de los mejores miembros de cada fuerza.

De lo expuesto, se advierte que es la parte demandante la que debe acreditar de manera inequívoca que el servicio efectivamente desmejora, como consecuencia de su no recomendación para ascenso, se configura incoherencia frente a los hechos que le sirven de causa a la decisión y que la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional no se fundamenta en un estudio objetivo de su trayectoria, es decir, que se

aparta de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo cual no se demostró en este caso, ello en razón a que ni siquiera fueron aportados los documentos que soportaron la mencionada decisión y en razón a que del acervo probatorio allegado no se probó que existiera desmejoramiento del servicio en la Dirección de Comunicación Estratégica.

Por otra parte, de cara al retiro del servicio de la demandante, por llamamiento a calificar servicios, como se dejó anotado en el acápite precedente, los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000 facultan a la Administración para retirar por llamamiento a calificar servicios a aquellos oficiales que tengan las condiciones para hacerse acreedores a la asignación de retiro, previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas militares; potestad que comporta carácter discrecional y, por ende, no es viable la motivación expresa del respectivo acto administrativo, como tampoco la posibilidad de darle a conocer al interesado los fundamentos o soportes de la recomendación de la aludida junta, puesto que constituye una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, precedida por razones de conveniencia institucional.

Por lo tanto, en principio, la Resolución N° 0172 de 3 de febrero de 2021, por medio del cual se dispuso el retiro de la actora, entre otros, por llamamiento a calificar servicios, satisface los presupuestos contenidos en el Decreto 1790 de 2000, toda vez que ella contaba con más de 19 años de servicios en la Fuerza Aérea Colombiana, por lo que conforme al artículo 1º. del Decreto 991 de 2015⁴⁷, tenía derecho a la asignación de retiro, una vez colmara los tres meses de alta, equivalente al «[...] cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, [...]».

Asimismo, la mencionada Resolución N° 0172 de 3 de febrero de 2021 tuvo como fundamento el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, plasmado en acta 013 de 28 de octubre de 2020, en el que se determinó recomendar la desvinculación de la accionante por llamamiento a calificar servicios, en los términos de los artículos 99 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Ahora bien, comoquiera que la potestad de retirar del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa, lo cierto es que no puede ser utilizada de manera arbitraria como un medio de persecución laboral o de abuso de poder, por lo que, si el demandante estima que aquella tuvo un sustento contrario a la

⁴⁷ «por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

Constitución y la ley, le corresponde la carga probatoria de demostrar que su retiro estuvo precedido por una arbitrariedad.

Y en el asunto bajo estudio, la demandante si bien indica que fue falsamente motivado y que hubo desviación del poder al no apoyarse la mencionada decisión en razones de mejoramiento del servicio, tal argumento no fue debidamente probado.

Sobre dichos aspectos, cabe recordar que los reconocimientos y felicitaciones por sí solos no desvirtúan la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, toda vez que el buen desempeño y la idoneidad en el ejercicio de un empleo público se exige de cualquier servidor estatal.

Como se ha visto, en el caso de la demandante, si bien no se discute que sirvió con lealtad y compromiso en las fuerzas militares, no es factible afirmar que por sus calificaciones se tratara de una servidora excepcional, habida cuenta de que durante su recorrido laboral sí tuvo anotaciones negativas que afectaron la confianza de los superiores para otorgarle un cargo de mayor rango.

Adicional a ello, advierte este Despacho que no existe ninguna prueba demostrativa de que ni su ni ascenso ni el retiro del actor hayan sido por propósitos desviados, arbitrarios o fraudulentos, pues lo único que se puede concluir en su caso es que por el tiempo de permanencia en la institución, que superaba los 19 años, y la imposibilidad de ascenderla a un grado superior, era pertinente su retiro del servicio, dadas las necesidades de rotación de personal en los cupos disponibles en cada arma y de renovación institucional.

Reitérese además que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción⁴⁸, sino un instrumento para relevar los mandos dentro del Ejército Nacional, por ello se usa en la medida en que el personal oficial tenga los requisitos satisfechos para acceder a una asignación de retiro, como ocurrió en el presente caso.

Por lo expuesto, dado que la accionante no acreditó una finalidad contraria a la Constitución y la ley de la facultad discrecional para no ascenderla y, posteriormente, retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios, la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados continúa incólume.

De modo que, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción

⁴⁸ En similar sentido se pronunció esta subsección, en sentencia de 1.º de diciembre de 2016, C. P. César Palomino Cortés, expediente 41001-23-31-000-2003-00401-01 (1129-2014).

de que las pretensiones de la demandante, deben ser negadas en la forma indicada por el Despacho.

6. Condena en costas y agencias en derecho: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴⁹, tenemos que:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, en razón a que la causación de estos emolumentos debe probarse y analizado en su integridad el expediente, no aparecen demostrados, en consecuencia, esta sede judicial se abstendrá disponer condena en ese sentido.

⁴⁹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – 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 presentada por la MY@ **NANNY ELINOR GÓMEZ MORENO** por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

stld

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **5898b03f69c5416fa145f36ad11dc94e31913895a9906f97494f5eb03c202969**

Documento generado en 29/04/2024 03:04:11 PM

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