



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00177-00
Demandante: EFRÉN SALAZAR MORALES
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia
de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Efrén Salazar Morales en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Efrén Salazar Morales, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del numeral 1º de la Resolución No. 1048 del 21 de febrero de 2017, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del actor, en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional:

Reintegrar y reincorporar al demandante en el Ejército Nacional al cargo de Teniente Coronel u otro de igual o superior categoría y que corresponda con su antigüedad en la institución a partir del 21 de febrero de 2017.

Que se efectúe el ascenso del actor de manera retroactiva al grado de coronel al cual tiene derecho en virtud de lo dispuesto por los reglamentos internos de la Institución, con antigüedad reconocida en el grado desde el 1º de diciembre de 2010.

Cancelar de manera indexada todos los salarios y demás emolumentos dejados de devengar por él, entre el 21 de febrero de 2017 y hasta el día en que se efectúe el reintegro al servicio activo.

Reconocer y pagar a favor del demandante todas las prestaciones sociales correspondientes al tiempo en que permaneció retirado del servicio, tales como vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidios, ascensos, sobresueldos por antigüedad, bonificaciones, aumentos de sueldo y demás emolumentos.

No realizar descuento alguno por concepto de los dineros percibidos por el actor provenientes del tesoro público, durante el trámite del proceso de la referencia, como son: salarios, prestaciones sociales, asignación de retiro, indemnizaciones y cesantías, del valor que resulte del cumplimiento de la sentencia judicial, teniendo en cuenta que son compatibles en virtud de lo dispuesto por el artículo 220 de la Constitución Política, artículos 1, 2 y 19 de la Ley 4ª de 1992, artículo 175 del Decreto Ley 1211 de 1990, vigente por disposición expresa del artículo 154 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Computar para todos los efectos prestacionales y legales el tiempo que el actor permanezca retirado de la institución, precisando que no hubo solución de continuidad.

Pagar los intereses corrientes y de mora causados por los salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar a partir del 21 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de los mismos.

Cancelar los salarios, prestaciones sociales e intereses causados de manera indexada con aplicación de los porcentajes del índice de precios al consumidor, a partir del 21 de febrero de 2017 hasta el día en que se efectúe el pago.

Condenar al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 99 a 106):

El señor Salazar inició su carrera de oficial en la Escuela Militar de Cadetes "José María Córdoba", a partir del 1º de febrero de 1986, obteniendo los siguientes grados:

GRADO	FECHA	DECRETO
Subteniente	24 de noviembre de 1998	2430
Teniente	01 de diciembre de 1991	2697
Capitán	02 de diciembre de 1995	2067
Teniente Coronel	05 de diciembre de 2005	4314

Mediante Resolución No. 6837 del 22 de diciembre de 2010, el Ministerio de Defensa retiró del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios al señor Salazar.

El actor presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la cual solicitó la nulidad de la Resolución No. 6837 del 22 de diciembre de 2010 y a título de restablecimiento del derecho el reintegro al servicio activo del Ejército Nacional, correspondiendo su conocimiento al Juzgado 1º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio.

Mediante sentencia del 31 de marzo de 2014, el Juzgado declaró la nulidad del acto atacado y a título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro del señor Salazar al servicio activo del Ejército Nacional, junto el reconocimiento de los ascensos correspondientes y el pago de salarios y prestaciones sociales causadas desde el momento de su retiro hasta la fecha en que se efectuó su vinculación con la entidad.

La entidad demandada cumplió con la sentencia judicial a través del Decreto 0666 del 16 de abril de 2015, mediante el cual ordenó el reintegro al servicio activo del Ejército Nacional del señor Salazar, declaró que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y que para efectos de antigüedad y ubicación en el escalafón quedó después del Teniente Coronel Roberto del Valle William y antes del Teniente Coronel Heber Hernán Gómez Naranjo.

El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante el Ejército Nacional el 7 de julio de 2015, mediante el cual solicitó información del ascenso al grado de Coronel en cumplimiento de la sentencia del 31 de marzo de 2014.

El Comité Evaluador del Ejército Nacional a través de Acta No. 10918 del 25 de abril de 2016 y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa mediante Acta No. 05 del 25 de abril de 2016, señalaron que el señor Salazar no es apto para ascenso *“por trastorno por estrés agudo-dolor callo-óseo fémur-hipoacusia bilateral –lumbalgia crónica (...)*”.

El 13 de mayo de 2016, se expide radiograma en el que se indica que se autoriza el disfrute de las vacaciones del señor Efrén Salazar Morales contados a partir del 15 de mayo de 2016 y hasta el 13 de junio del mismo año.

Mediante Oficio No. 20165530606441 del 17 de mayo de 2016, informa al actor los requisitos mínimos para acceder al ascenso contemplado en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000.

El 17 de mayo de 2016, la Dirección de Personal expide la Hoja de Servicios No. 3-5885080, con la finalidad de servir como soporte de la asignación de retiro a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

El actor presentó acción de tutela el 8 de junio de 2016, por considerar que la Junta Médico Laboral realizada el 17 de agosto de 2011, que sirvió de fundamento para emitir concepto de no aptitud de capacidad psicofísica por parte de la Dirección de Sanidad y de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, decisión en la que se soportó el Comité Evaluador y la Junta Asesora realizada en el mes de abril de 2016,

para no recomendar el ascenso al grado de Coronel, carecía de vigencia y validez en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1796 del 2000.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la magistrada María Cristina Quintero Facundo en expediente No. 25000233600020160115600, al resolver la acción de tutela decidió amparar el derecho al debido proceso y ordenó a la Dirección de Personal y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional realizar el procedimiento válido y vigente para determinar la capacidad psicofísica del señor Salazar y en consecuencia establecer si es procedente o no su ascenso al grado superior.

El Tribunal Médico Laboral realizó junta el 17 de agosto de 2016, expidiendo Acta No. TML 16-2-232, en la que se recomendó la reubicación laboral del actor.

Se somete nuevamente al actor a prueba de aptitud psicofísica para ascenso por parte de la Junta de Evaluación, quien expide el Acta No. 41554 del 12 de octubre de 2016, indicando que no se propone ascenso del señor Salazar por "*conducta profesional*".

El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante el Ministerio de Defensa el 25 de octubre de 2016, mediante el cual solicitó que la Junta Asesora nuevamente estudie su caso en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 1º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, en lo que refiere al ascenso al grado de Coronel.

En la referida petición también solicitó que se expida copia completa del estudio que realizó el Comité Evaluador, para la recomendación de ascenso al grado de Coronel, junto con la lista de clasificación, el puntaje obtenido en la evaluación de su trayectoria militar, el formato de desempeño militar y la copia de la recomendación del Comité Evaluador, sin que la entidad haya dado respuesta.

La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares mediante Acta No. 14 del 30 de noviembre de 2016, recomendó el retiro del servicio activo del actor por llamamiento a calificar servicios.

A través de Oficio No. 20173130099741 del 24 de enero de 2017, se informa a la Magistrada Nelly Yolanda Villamizar del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que se encuentra en estudio del Comité de Evaluación el ascenso del señor Salazar.

Mediante Resolución No. 1048 del 21 de febrero de 2017, se retiró del servicio activo al señor Salazar por llamamiento a calificar servicios.

Mediante Oficio No. 20155620608561 del 8 de julio de 2017, señaló que los Oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender a los grados inmediatamente superiores en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, entre los cuales se encuentra que debe acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento interno, razón por la cual, en virtud del concepto de la Dirección de Sanidad emitido el 12 de mayo de 2015, determinó que no es apto para ascenso.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 5, 6, 13, 25, 29, 83 y 220 de la Constitución Política, artículo 3 de la Ley 1405 de 2010, artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, artículo 100 del Decreto 1790 de 2000 y Decreto 1799 de 2000.

Señaló que la entidad demandada con la expedición del acto acusado vulneró los derechos fundamentales de la parte actora, constituyendo de esta manera una flagrante manifestación de arbitrariedad por parte de la administración.

Adujo que el retiro de un oficial por llamamiento a calificar servicios obedece a que se garantice el ascenso en la carrera de los más sobresalientes, para que posteriormente sean los llamados a dirigir la institución, quienes deben ser evaluados con criterios objetivos y justos, en condiciones de igualdad tal como lo consagró el Decreto 1799 de 2000, aspecto que según el apoderado del actor no se aplica en el caso del señor Salazar.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la Resolución de retiro del señor Salazar no se evidencia la objetividad del Ministro de Defensa para tomar la decisión, puesto que se encuentra sustentada en aspectos injustos, teniendo en cuenta que el Ejército Nacional sometió al demandante a actos arbitrarios y de discriminación utilizando

indebidamente la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, con los cuales vulneró derechos fundamentales.

Afirmó que el Comité Evaluador y la Junta Asesora no motivaron o justificaron la decisión de recomendar el retiro del servicio activo del actor, conllevando a una medida injusta y discriminatoria de ascenso que afectó el derecho al trabajo del señor Salazar, porque se afectó su permanencia como oficial activo en la Institución.

Como consecuencia, argumentó que el acto administrativo de retiro del servicio adolece de falta de proporcionalidad, razonabilidad y de ponderación inadecuada, contrariando los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que la decisión no obedece a la satisfacción del interés general y del mejoramiento del servicio.

De otro lado, precisó que en el presente asunto concurren la desviación y abuso de poder, por considerar que la decisión de retirar del servicio activo al señor Salazar no obedece a razones de mejoramiento del servicio, además de que la misma no resulta proporcional a los hechos que sirvieron de causa, dado que sus calificaciones fueron mejores que las de otros compañeros de su misma especialidad y que fueron seleccionados para desempeñar los cargos de planta disponibles en la Institución.

Además como sustento de los cargos alegados relata los hechos desde que la entidad demandada retiró por primera vez al actor hasta la fecha en que se expidió la resolución de retiro que se ataca con el asunto de la referencia, con lo cual pretende demostrar una persecución por parte de la entidad.

Precisó que la Junta de Evaluación y la Junta Asesora se limitaron a indicar que no se recomienda el ascenso del señor Salazar por conducta profesional, pero que en ningún momento se especificaron las causas y los motivos que conllevaron a tomar esa decisión y que sustentan el incumplimiento por parte del actor.

En ese sentido, manifestó que en caso de existir alguna conducta profesional que se tuvo en cuenta para no recomendar el ascenso del demandante, se debieron iniciar las investigaciones o sanciones que permitieran comprobar la conducta desplegada por el uniformado.

De otro lado, alegó que se vulneró el principio de publicidad, basado en el hecho de que toda autoridad evaluadora tiene el ineludible deber de dar a conocer al evaluado los documentos de evaluación en los términos legales.

Finalmente, afirmó que la Resolución No. 1048 del 21 de febrero de 2017, se encuentra viciada de nulidad, porque se cometieron unas conductas y comportamientos por parte de la entidad que se enmarcan dentro de una persecución laboral, como son las amenazas constantes de retiro de la Institución y la negativa en ascenderlo al grado inmediatamente superior.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 139 a 165).

La apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la orden del Juzgado de Villavicencio fue en el sentido de ascender al actor de conformidad a los reglamentos internos, por lo cual debía cumplir con los requisitos normales que se exigen para que proceda el ascenso, los cuales se cumplen estando en servicio activo, por lo cual no es posible que la orden se dé para un ascenso automático y por el simple transcurso del tiempo.

Lo anterior, en consideración a que en principio el actor fue retirado del servicio en el año 2010 y que en cumplimiento de orden judicial se reintegró en el año 2014, tiempo en que se comprometieron factores que no se pueden desconocer para efectuar el ascenso.

Adujo que la figura de retiro por llamamiento a calificar servicios no es ejercida por la entidad que representa como sanción, sino como una forma normal y común de terminación de la carrera militar.

De otro lado, afirmó que la desviación de poder se presenta cuando la Administración en el ámbito de sus competencias, tiene la intención de tomar una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, como aquellos que atañen a propósitos económicos, partidistas o ideológicos, circunstancia que en asunto de la referencia no se presenta.

Señaló que el Gobierno Nacional es quien determina de manera libre los oficiales que decide llamar a calificar servicios, a hacer cursos, a salir al exterior o el acto del servicio que estime conveniente para los intereses de la Institución.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *“INEPTA DEMANDA POR INDEBIDO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD”*, la cual fue resuelta en la audiencia inicial adelantada el 14 de diciembre de 2017 (Fls. 254-257) y (ii) *“EXCEPCION DE LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO”*, por considerar que el acto acusado se expidió ajustado a la ley, por persona competente, sin que se presente con el mismo infracción a normas superiores.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada *“EXCEPCION DE LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO”*, encuentra el Despacho que las consideraciones que la sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de la controversia que ahora nos ocupa, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 14 de diciembre del 2017 (Fls. 254 a 257), las partes alegaron de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

La apoderada de la parte actora afirmó que para que proceda el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se requiere que el uniformado cumpla con la edad para acceder a la asignación de retiro y que la motivación se encuentre consagrada en la norma.

De otro lado, precisó que el actor que representa ha sido objeto de persecuciones por parte de la entidad demandada, razón por la cual, la única finalidad del retiro es que no acceda al ascenso al grado inmediatamente superior, pese a que cumplió con los requisitos consagrados en el reglamento interno de la Institución.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada indicó que el reintegro del actor al servicio activo de la entidad obedeció al cumplimiento de un fallo judicial, razón por la cual, se realizaron los estudios pertinentes a efectos de establecer si tenía lugar al ascenso, determinándose que por el simple paso del tiempo no procede el mismo y que además, la Junta Médico Laboral valoró la capacidad psicofísica del actor estableciendo una pérdida de capacidad laboral del 31.44%

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 14 de diciembre de 2017 (Fls. 254 a 257), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Si con la expedición del acto administrativo contenido en el Acta No. 1048 del 21 de febrero de 2017, mediante la cual retiró del servicio activo al señor

Efraín Salazar Morales, se incurrió en las causales de nulidad alegadas como desviación y abuso de poder que desvirtúen su legalidad?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio el 31 de marzo de 2014 (Fls. 5-29).

2.2. Copia simple del Decreto No. 0666 del 16 de abril de 2015, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional reintegró al servicio activo del Ejército Nacional al actor, en cumplimiento de un fallo judicial (Fls. 30-31).

2.3. Copia simple del Oficio No. 20155620608561 del 8 de julio de 2015, mediante el cual la entidad demandada da respuesta a una petición del actor respecto del cumplimiento del fallo judicial (Fls.32-33).

2.4. Copia simple de escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición, mediante el cual solicitó convocar nuevamente al Tribunal Médico Laboral para que realice la valoración del estado de salud mental, teniendo en cuenta que se encuentra considerada para ascenso a grado superior (Fl. 38).

2.5. Copia simple del Acta No. 10918 del 25 de abril de 2016, en la cual el Comité Evaluador de las Fuerzas Militares de Colombia señaló que el señor Salazar no es apto para ascenso (Fls. 34-37).

2.6. Copia simple de Radiograma del 13 de mayo de 2016, mediante el cual se autoriza el disfrute de vacaciones por el término de 30 días al señor Salazar (Fls. 50-52).

2.7. Copia simple del Oficio No. 2065530606441 del 17 de mayo de 2016, mediante el cual informa las razones por las cuales el actor no fue tenido en cuenta para ascenso (Fls. 48-49).

2.8. Copia simple del de la hoja de vida del actor del 17 de mayo de 2016, en la que se relacionan los tiempos de prestación de servicios y las partidas computables para asignación de retiro (Fl. 53).

2.9. Copia simple del Plan Padrino de la Dirección de Prestaciones Sociales (Fls. 54-55).

2.10. Copia simple de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de junio de 2016, en la que se resolvió amparar el debido proceso del señor Salazar y ordenó a la Dirección de Personal del Ejército Nacional determinar la capacidad psicofísica del actor y subsiguientemente estudiar la procedencia del ascenso (Fls. 82-90).

2.11. Copia simple del Acta del Tribunal Médico Laboral de revisión militar y de Policía No. TML16-2-232 – TML16-2-265 del 17 de agosto de 2016, mediante la cual se decide por unanimidad modificar los resultados de la Junta Médico Laboral No. 45784 del 17 de agosto de 2011 (Fls. 39-47).

2.12. Copia simple del Acta No. 41554 del 12 de octubre de 2016, mediante la cual el Comité Evaluador resolvió no recomendar el ascenso para el mes de diciembre del 2016 al actor por la causal de conducta profesional establecida en el artículo 52 del Decreto Ley 1790 de 2000 (Fls. 56-64).

2.13. Copia simple del Acta No. 12 del 14 octubre de 2016, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional decidió no considerar para ascenso al oficial Salazar (Fls. 65-69).

2.14 Copia simple del Acta No. 14 del 30 de noviembre de 2016, a través de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa en sesión extraordinaria recomendó el retiro temporal con pase a la reserva del señor Efrén Salazar Morales por llamamiento a calificar servicios (Fls. 70-76).

2.15. Copia simple de la Resolución No. 1048 del 21 de febrero de 2017, mediante la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva al señor Salazar, por llamamiento a calificar servicios (Fls. 77-81).

2.16. Acta y constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 147 Judicial II Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 91-94).

2.17. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Efraín Salazar Morales (Fls. 178-200 y 203-211).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que reguló el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios del actor, a la fecha de expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1048 del 21 de febrero de 2017.

En ese sentido, es menester precisar que el artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

*“(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
a) (...).
e) **Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)**”.* (Negrilla fuera de texto).

El artículo 189 constitucional le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de:

*“(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.
(...)”.*

Ahora, en cuanto al régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares, por expresa disposición Constitucional, se tiene que es de naturaleza especial y

distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos, pues así lo establecen los artículos 216, 217 y 220 superiores, que al tenor disponen:

“ARTÍCULO 216. *La fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

(...)

“ARTICULO 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.

ARTICULO 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.* (Negrillas del Despacho)

En atención a la normatividad constitucional prescrita, se expidieron los decretos que regulan la carrera militar de los miembros de la Fuerza Pública.

Así las cosas, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1790 de 14 de septiembre 2000 *“por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, norma que se invoca como fundamento legal en el acto administrativo susceptible de nulidad y que constituye el régimen que cobija al actor, aplicable al asunto de la referencia.

Frente al retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el artículo 99 ibídem dispuso lo siguiente:

“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.*
(...)

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.”
(Negrillas del Despacho)*

Posteriormente, el artículo 100 *ibídem*, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, estableció las causales específicas de retiro del servicio, así:

“ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.*

(...)

3. ***Por llamamiento a calificar servicios.*** (Negrillas del Despacho).

El artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, establece que “*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 lo anterior se colige, que el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios procede cuando se hayan reunido los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.

Ahora, en lo atinente a los requisitos para acceder a la asignación de retiro, el artículo 1º del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015, dispuso:

“Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fijese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, 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 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, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables. (...) (Negrillas del Despacho)

El H. Consejo de Estado¹, respecto al retiro por llamamiento a calificar servicios, señaló:

"(...)Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un valioso 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.

(...)En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

(...) De la idoneidad y buen desempeño del actor.

Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.
(...)

En el caso concreto, revisado el extracto de la hoja de vida del actor, visible a folios 41 a 43 del cuaderno No.1 del expediente, se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se

¹Consejo de Estado -Sección Segunda -Subsección "B"- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12) del 20 de marzo de 2013.

observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio.

(...)

Reitera la Sala que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba.

La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto". (Negrilla del texto original y subrayas del Juzgado)

En virtud de lo anterior, se establece que el llamamiento a calificar servicios es una figura aplicable en ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno Nacional, es decir, que se estudia la posibilidad de permanencia o retiro del servicio, siendo que este último no obedece a una sanción ni despido, pues el mismo es aplicable cuando se hayan cumplido con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Efraín Salazar Morales, a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1048 de 21 de febrero de 2017, mediante la cual la entidad demandada lo retiró del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios.

Aduce, que el acto atacado es ilegal, pues se expidió de manera irregular, con abuso y desviación del poder, argumentando que la entidad demandada inició persecución en contra del actor con el fin de que no procediera su ascenso al cargo inmediatamente superior, correspondiente a Coronel.

Aunado a lo anterior, argumentó que la Resolución de retiro adolece de falta de razonabilidad, de proporcionalidad, y de una inadecuada ponderación, teniendo en cuenta que con la decisión de la administración no se satisface en intereses general y no se presenta el mejoramiento del servicio.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en efecto la entidad demandada aplicó la disposición consagrada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2005, en virtud del requisito establecido en el artículo 17 del Decreto 0991 de 2015, esto es, que el actor cumplió con los requisitos establecidos para tener derecho a la asignación de retiro.

Así las cosas, no está en discusión que el actor al momento de ser llamado a calificar servicios acumuló aproximadamente un tiempo de 29 años, 10 meses y 13 días (Fl. 53), razón por la cual goza de asignación de retiro, decisión materializada a través de la Resolución No. 1048 de 21 de febrero de 2017, mediante la cual se retiró del servicio a un personal de Oficiales, entre ellos al actor.

Además, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en el Acta No. 14 del 30 de noviembre de 2016, dejó establecida la recomendación de retiro temporal con pase a la reserva del servicio activo al actor, por llamamiento a calificar servicios, teniendo en cuenta que tiene derecho a la asignación de retiro (Fls. 70 a 76).

En un caso de similares características, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 10 de marzo de 2010², señaló:

“(...) Sin embargo, aclara el Tribunal que el retiro por llamamiento a calificar servicios no debe ser confundido con el retiro discrecional, pues, mientras esta última modalidad de desvinculación permite separar a los uniformados con la simple recomendación de la Junta Asesora o el Comité de Evaluación, según se trate de Oficiales, Suboficiales o personal del Nivel Ejecutivo, sin tener en cuenta el tiempo de servicio del policía a retirar, el llamamiento a calificar servicios, sólo procede cuando el uniformado haya consolidado su derecho a la asignación de retiro.

*Además, hay que tener en cuenta que mientras que con el retiro discrecional lo que se busca es separar de una manera ágil y expedita, más no arbitraria, aquellos funcionarios que con su conducta enloden la imagen de la institución o que su permanencia se juzgue inconveniente para el adecuado cumplimiento de las tareas de la Fuerza Pública, **el llamamiento a calificar servicios es una forma normal y necesaria de finalizar la carrera policial, mediante la cual se persigue garantizar, en palabras de la Corte Constitucional, el “relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la***

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección “A”. MP. Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino. Expediente No. 2005-08018.

promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados...”.³

En esa medida, así el actor posea una excelente hoja de vida, el Gobierno Nacional puede llamar a los policías a calificar servicios, pues dicha figura es una modalidad normal de desvinculación, que se adecua totalmente a los fines de la norma constitucional y a la ley, y que podría decirse opera casi que de manera automática, ya que una vez el uniformado haya prestado sus servicios por el tiempo necesario para acceder a su asignación de retiro, puede ser desvinculado de la institución.

De acuerdo con todo lo expuesto, considera el Tribunal que el retiro del actor no estuvo motivado por fines ocultos y amañados opuestos a los permitidos por el ordenamiento jurídico, por lo que se concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, y en consecuencia se confirmará el fallo impugnado (...).”

En ese sentido, se infiere que no es exigencia legal la recomendación de la Junta Asesora o el Comité de Evaluación, para retirar del servicio activo al personal uniformado bajo la figura de llamamiento a calificar servicios, pues solo basta con el hecho de que se hayan cumplido los requisitos establecidos para acceder a la asignación de retiro, de lo contrario, estaríamos frente a un retiro discrecional.

Así las cosas, el Despacho procede a realizar un análisis de los cargos alegados por el actor de la siguiente manera:

-Abuso y desviación de poder entendida como “la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”.⁴

Al respecto, se observa en La Resolución No. 1078 del 21 de febrero de 2017, que el retiro del servicio del actor se fundó en la disposición consagrada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, que establece:

“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.”

³ Sentencia C-072 de 1996.

⁴ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

De lo anterior, se concluye que el actuar de la entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, al contrario, se hizo en cumplimiento de una disposición legal, que establece la facultad de la entidad para retirar del servicio bajo la figura de llamamiento a calificar servicios, cuando cumpla con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, como en efecto ocurrió en el asunto de la referencia.

Además, se advierte el acto atacado se basó en las siguientes consideraciones: (i) los oficiales y suboficiales podrán ser retirados del servicio por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido con los requisitos para acceder a la asignación de retiro; (ii) tendrán derecho a la asignación de retiro, cuando hayan cumplido más de 15 años de servicio; (iii) la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, recomendó al Gobierno Nacional el retiro por llamamiento a calificar servicios de algunos oficiales incluido al señor Salazar y (iv) el señor Efraín Salazar Morales cumplió más de 15 años al servicio del Ejército Nacional.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho establece que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, no incurrió en los cargos de abuso o desviación de poder; puesto que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional por más 29 años, requisito establecido para acceder a la asignación de retiro, razón por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se encuentra incólume.

Finalmente, es menester precisar que esta instancia judicial no pasa por alto que la finalidad del reintegro al servicio es el ascenso al grado inmediatamente superior correspondiente al de Coronel del Ejército Nacional, no obstante, el actor debió atacar el acto que definió su situación respecto de la decisión que lo señaló como no apto para ascenso, circunstancia que no se presentó en el asunto de la referencia, puesto que se limitó a demandar el acto administrativo que lo retiró del servicio por llamamiento a calificar servicios.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección C, con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, expediente No. 11001-33-35-008-2012-001010-01, demandante: Yulder Arévalo Sáenz Galindo, demandado: Nación

–Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en sentencia del 9 de mayo de 2014, respecto del ascenso discurrió:

“(…)

En este punto, es pertinente aclarar que la decisión negativa de ascenso es autónoma e independiente de la contenida en el acto de retiro, pues mientras la primera resolvió sobre la aspiración del actor a ser promovido al grado de Teniente Coronel; la segunda se refirió a la cesación de la obligación de prestar el servicio activo que el mayor ® Yulder Arévalo Sáenz Galindo voluntariamente deprecó.

*Es así, como la censura relativa a la motivación y procedimiento seguido para resolver sobre el ascenso del demandante, no son idóneos para desvirtuar la legalidad del acto de retiro por solicitud propia, máxime cuando este último no está condicionado a la negación de aquél. **La decisión primera de no ascenso, tenía a su turno su propio control que no ejerció el actor.***

(…)

De aceptarse que la negativa a un ascenso es indicativa de retiro, sería tanto como forzar a la entidad a que todo aspirante sea ascendido, cosa que no es posible, por la limitación de la planta de personal de los grados superiores y habida consideración a que el ascenso no es un derecho absoluto.

(…)”. (Negrillas y subrayas del Despacho)

Descendiendo al asunto de la referencia, se resalta entonces que el acto de retiro del servicio es autónomo e independiente del acto que no recomendó al actor para ascenso al grado inmediatamente superior, toda vez, que cada una de estas decisiones surgen por circunstancias distintas y atendiendo normas aplicables para el retiro y para el ascenso, motivo por el cual, lo correcto era someter a control judicial el acto que decidió no remover al señor Salazar al cargo de Coronel.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

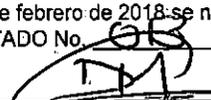
SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veintidós (22) de febrero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>65</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
