

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
SALA DE ORALIDAD
M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-009-2017-00226-02
Demandante: William Leonardo Flórez Leal
Apoderado: Luis María Acosta Orjuela
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Apoderado: Martha Ximena Sierra Sossa
Tema: Retiro por llamamiento a calificar servicio

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor William Leonardo Flórez Leal¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a fin de que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, mediante la cual el Ministerio de Defensa, retiró del servicio activo por llamamiento a calificar servicios al Teniente Coronel William Leonardo Flórez Leal.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) ordenar al Ejército Nacional que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y demás contraprestaciones que dejó de devengar desde cuando fue desvinculado hasta que sea efectivamente reintegrado, sumas que deberá ser debidamente indexadas; iii) declarar que no ha existido solución de continuidad; iv) condenar al Ejército al pago de perjuicios morales por valor de 100 SMLMV; v) condenar a la accionada al pago de daño emergente por la suma de \$36.885.850; y, vi) condenar en costas a la demandada.

1.1.2. Hechos

¹ A través de apoderado judicial.

Sucintamente, y con relación a las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte actora, narró:

El señor William Leonardo Flórez Leal ingresó el 10 de febrero de 1994, a la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova.

Posteriormente, a través de la Resolución 17326 del 02 de diciembre de 1996, fue ascendido al grado de subteniente y así sucesivamente hasta ostentar el grado de Teniente Coronel, mediante el Decreto 2414 del 28 de noviembre de 2014.

Finalmente, mediante la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, el Ministerio de Defensa Nacional retiró del servicio activo al señor teniente coronel Flórez Leal, en virtud de la facultad de llamamiento a calificar servicios. Acto administrativo que se basó en la recomendación dada por la Junta Asesora del mencionado ministerio a través del Acta 015 del 19 de diciembre de 2016. Dicho acto administrativo fue notificado el 22 de febrero de la citada anualidad.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

Relaciona como normas violadas las siguientes:

- Artículos 29 y 209 de la Constitución Política.
- Artículos 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53, 75, 99, 100 (numeral 3, literal a) y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000.
- Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.
- Sentencias SU-053 de 2015, SU-091 de 2016 y SU-217 de 2016 de la Corte Constitucional.

Por concepto de violación, indicó:

La recomendación contenida en el Acta 15 del 19 de diciembre de 2016 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, deja ver con meridiana claridad que *“no se tuvo en cuenta la Lista de Clasificación DOS: MUY BUENO en la que se encontraba el demandante, ni mucho menos su desempeño profesional que había sido reconocido y exaltado con felicitaciones individuales y condecoraciones por sus superiores inmediatos”* (sic), por lo que se infiere que no se buscó el mejoramiento del servicio, ya que el desempeño laboral del demandante era excepcional.

Señaló que, sumado a lo anterior, la mentada acta carece de firma de todos los intervinientes en la junta, tal como se puede apreciar en su hoja última, generando inexistencia de pleno derecho de la actuación por falta de rubricación de quienes participaron en ella.

Insistió en que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares de manera arbitraria desconoció que, para proferir la recomendación sobre llamamiento a calificar servicio, *“debía fundamentar su decisión en la lista de clasificación DOS: MUY BUENO en la que se encontraba el demandante”*, y no lo hizo, por cuanto el Acta 15 del 19 de diciembre de 2016, deja ver que se limitó a proferir una recomendación en bloque sobre treinta y tres (33) Oficiales Superiores, sin señalar cuáles fueron los deberes dejados de cumplir por el aquí demandante o qué deficiencia en el mando o en la conducción de operaciones motivaron que fuera retirado del servicio activo.

Dijo que, en el mismo sentido, la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, se emitió sin señalar los deberes dejados de cumplir por el demandante.

Afirmó que, sin lugar a equívocos, podía concluir que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, por las deficiencias anotadas en la pluriferida acta, finalmente no emitió concepto previo, como acto preparatorio requerido legalmente para el retiro del demandante, y en ese orden, dicho acto, contenido en la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, carece de concepto previo, lo que a todas luces genera trámite irregular del acto demandado por inobservancia del procedimiento establecido para que éste surtiera los efectos pretendidos.

Sostuvo que, la nulidad del acto acusado además procede por cuanto el demandante *“ya se había ganado su derecho a continuar en la Institución y a ser ascendido al grado de Coronel al término del quinto año en el grado de Teniente Coronel, por cuanto había sido clasificado en Lista DOS: MUY BUENO y los logros (Anotaciones de mérito, conceptos positivos, Medallas y Distintivos) obtenidos en los años que llevaba en el grado de Teniente Coronel”*.

También sustentó que el acto demandado adolecía de desviación de poder y falsa motivación, así:

“i) (...) obsérvese que el demandante para el periodo de evaluación 2015-2016 se desempeñó como Comandante del Grupo de Caballería No. 5 “Gr. Hermógenes Maza”, habiendo obtenido excelentes resultados operacionales que le fueron cuantificados mes por mes por sus superiores inmediatos el Sr. Coronel Wilson Camargo Tamayo, comandante de la Trigésima Brigada.

ii) Para la primera semana del mes de febrero del año en curso el Comando del Ejército por intermedio de la Inspección General anunció una revista rutinaria a las unidades acantonadas en la guarnición militar de Cúcuta, y ante esta noticia los comandantes de estas reparticiones castrenses tomaron las medidas que generalmente se acostumbra para atender este tipo de visitas del comando superior.

iii) En lo que corresponde al grupo de caballería mecanizado No.5 Gr. Hermógenes Maza, el demandante que se desempeñaba como comandante de esta unidad táctica consolidando el Plan previamente diseñado para atender la inspección, mediante asesoría de su Plana Mayor, adoptó determinaciones conducentes para almacenar material de Intendencia que correspondía a las dotaciones de su Unidad, que no habían sido suministradas por el Batallón de Servicios No.30, por cuánto no se habían presentado los requerimientos.

iv) Ante la incapacidad de almacenamiento en las instalaciones asignadas al grupo de caballería No. 5 Gr. Hermógenes Maza, el demandante acogiendo recomendación de su Ejecutivo y Segundo Comandante determinó, alquilar una bodega en la ciudad de Cúcuta para almacenar transitoriamente el material, sin inferir que esta decisión se constituiría en elemento de búsqueda por parte del Gaula de Guarnición de Cúcuta, para denunciarlo al parecer temerariamente ante el Comando de la Brigada No. 30, el día 30 de Enero del año en curso cuando se realizaba la ceremonia de recepción de la visita de Inspección de Comando del Ejército.

(...)

(...) la determinación adoptada por el Comando del Ejército Nacional, de presentar el nombre del demandante a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para concepto previo a retiro por Llamamiento a Calificar Servicios, sin que se hubiera establecido responsabilidades penales o disciplinarias contra el demandante, desconociendo el comunicado librado por el comandante de la Trigésima Brigada configura a todas luces falsa motivación del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1045 del 21 de febrero de 2017 que retiró al demandante por la causal de llamamiento a calificar servicios, veamos por qué:

a. Está plenamente demostrado que el retiro del demandante por la causal de Llamamiento a Calificar Servicios, se presentó por cuanto en el estudio que debió elaborar el Comando del Ejército para presentar su nombre a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, se fundamentó en hechos que no fueron objeto de investigación para determinar su origen, responsables y trascendencia institucional como se establece con claridad meridiana con las pruebas antes referidas.

b. El Comando del Ejército al enterarse de lo que en su sentir fue una irregularidad, sin que mediara aclaración alguna con la observancia del procedimiento investigativo legalmente establecido, presentar el nombre del demandante a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, para concepto previo que como acto preparatorio se requería para habilitar al Ministro de Defensa para proferir el acto administrativo de retiro.

(...)

(...) la desviación de poder se configura bajo el entendido que con la salida del demandante del Ejército Nacional no se buscó el mejoramiento del servicio por él prestado, que entre otras cosas era excepcional e indispensable para la Institución, sino que se produjo para adoptar una medida sancionatoria por un hecho que nunca fue investigado (...)"

1.2. Contestación de la demanda

La entidad, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando básicamente que no existe prueba que permita considerar los cargos formulados para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto demandado.

Por lo demás trajo normas y extractos jurisprudenciales sobre la figura del llamamiento a calificar servicio como causal de retiro de los miembros de las fuerzas militares.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones impetradas por la parte demandante dentro del presente Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto en el acápite considerativo de esta decisión.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de legalidad del acto acusado, enervada por la demandada, de cara a lo probado en esta sentencia.

TERCERO: Condenar en Costas, al demandante (fijando para ello como agencias en derecho la suma de sesenta mil pesos m/cte. (\$60.000.00) que deberá ser cancelada por aquel a favor de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

(...)"

La decisión de negar las pretensiones de la demanda se sustenta en que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, pues, refirió el *a quo* que, no se probó con claridad y contundencia que dicho acto hubiese sido expedido de manera irregular en cuanto a aspectos formales de configuración del mismo, o que su concreción se hubiere gestado a partir de una intención torcida, valiéndose de falsos argumentos, para procurar de manera ilegítima el retiro del demandante.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, y solicitó que esta sea revocada para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Acusó que en la providencia impugnada se interpretó erróneamente el precedente judicial vinculante dispuesto en la sentencia SU-091 de 2016, respecto a la motivación del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, la cual en todo caso debe estar contenida en el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Refirió que al proceso no se incorporó la prueba decretada en audiencia inicial, consistente en que el Comando del Ejército aportara el concepto previo habilitante para que el Ministerio de Defensa proferiera el acto demandado, lo que al apoderado actor le hace pensar que *“de manera fraudulenta se incorporó el nombre del demandante en el Acta No. 15 del 19 de diciembre de 2016”*.

Reprochó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas practicadas en el proceso, ni efectuó un análisis crítico frente a las que sí apreció, e indicó que, los razonamientos legales del *a quo* infringieron los principios rectores que gobiernan las actuaciones judiciales, limitándose a edificar el pronunciamiento con apreciaciones subjetivas esbozadas en sus conclusiones, lo que a todas luces configura una vía de hecho por defecto fáctico.

Insistió en que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan la función pública, en la medida en que *“el demandante estaba clasificado en lista Número Dos: Muy Bueno”*, una de las máximas que se otorga a los Oficiales de las Fuerzas Militares para un período de evaluación, que le generaba estabilidad por cuanto solamente llevaba dos años de permanencia en el grado de Teniente Coronel, lo que proscribe la justificación que su retiro del servicio activo se haya presentado por efectos de planta de personal.

Dijo que, desde otra preceptiva el retiro del servicio activo del demandante, cuyas calidades personales y profesionales fueron reconocidas por la misma administración, no resulta acorde con la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que como en el caso concreto no solamente afecta los derechos particulares del actor, sino también el interés general de la comunidad quien confía

en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares.

Coligió que, según sus consideraciones, no era el buen servicio lo que se perseguía con la expedición del acto administrativo demandado y su preparatorio, sino adoptar una decisión que no consultaba la realidad de la prestación del servicio por parte del oficial demandante y de sus capacidades como miembro de la institución castrense, a todas luces carente de los presupuestos que sustentan las normas de carrera militar y contraria al espíritu que debe estar presente en el ejercicio de la facultad discrecional.

Dijo que no era cierto, como lo afirmó la primera instancia, que la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios para que proceda solamente es necesario tener el tiempo para ser acreedor de la asignación de retiro, sino que además debe someterse a concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Refirió que como en este asunto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares no tuvo en cuenta las listas de clasificación para fundamentar la emisión del concepto previo, ha de tenerse por no realizado, y en tal orden, el acto demandado es nulo por falta de los presupuestos para llamar a calificar servicios al aquí demandante.

Mencionó que *“la (...) exigencia de carácter legal (art 53 del D.L. 1799/00) fue omitida por la entidad demandada al dictar la resolución No. 1045 del 21 de febrero de 2017, ya que en el concepto previo emitido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como acto preparatorio habilitante para que el Ministro de Defensa Nacional prefiriera el acto administrativo de retiro del demandante, no lo fundamentó en la lista de clasificación Número Dos: Muy Bueno, en la que se encontraba el señor Teniente Coronel (RA) Flórez Leal (...)”* (sic)

Sostuvo que la irregularidad en que incurrió la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares fue que profirió en bloque el acto preparatorio exigido en el art. 99 del Decreto 1790 de 2000, para 33 Oficiales de diferentes grados, sin tener en cuenta que cada uno de ellos, estaba clasificado en listas diferentes, y su desempeño profesional igualmente había sido totalmente distinto.

Coligió que la estabilidad laboral de los militares *“está dada por las listas de clasificación en las que se ubiquen anualmente”*, luego no es cierto, como lo afirma el juez *“que el Gobierno Nacional y/o autoridad alguna del estamento militar, las normas de carrera militar le hayan otorgado potestad discrecional para decidir sobre la permanencia de los militares en las instituciones castrenses.”* (sic)

Apuntó que según la prueba testimonial practicada en el proceso, *“el argumento para retirar del servicio al señor TC(RA) Flórez Leal se debe a que se encontraron hallazgos que ameritaban una investigación por parte de la Inspección General del Ejército el 30 de enero de 2017, que fue motivo de noticia periodística y de un comunicado a la opinión pública por parte del Comandante de la Trigésima Brigada Brigadier General Antonio María Beltrán, quien dijo en la información a la ciudadanía: “... Ordenó abrir una investigación disciplinaria contra el Coronel Flórez; el Segundo Comandante del Grupo Maza Mayor Jimmy Gonzalo Miranda; y el Sargento Wilder Danilo Ochoa Almacenista de Intendencia y el soldado Javier*

Orlando Ochoa, conductor de esta Unidad. También será vinculado el Comandante de la Guardia”.

Acusa que la temporalidad entre el acto preparatorio y el acto administrativo de retiro, es contraria a los principios que gobiernan las actuaciones y procedimientos administrativos, en particular los de debido proceso, imparcialidad, moralidad y transparencia, circunstancia que pudo haber ocurrido en virtud de las siguientes irregularidades.

Agregó de manera puntual las siguientes hipótesis sobre las razones que, a su juicio, motivaron el acto acusado:

“El demandante para el 19 de diciembre de 2016, fecha en que de acuerdo con el Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional No. 15, no fue presentado por el Comando del Ejército a la colegiatura Castrense para concepto previo a su retiro, por cuanto como lo he venido sosteniendo en este memorial, solamente llevaba dos (2) años en el Grado, ya que había ascendido a Teniente Coronel el 5 de diciembre de 2014, y como Comandante del Grupo Mecanizado No. 5 “GR Hermógenes Maza”, solamente llevaba seis meses, y por ello la Entidad demandada no envió el estudio y/o propuesta al Despacho.

Lo que pudo haber ocurrido, es que como consecuencia de la revista de inspección practicada el 30 de enero de 2017, al parecer de manera fraudulenta pudieron haber cambiado la hoja No. 03 del Acta de la Junta Asesora No. 15 del 19 de diciembre e incluyeron al demandante en el numeral 13, es decir en el lugar que correspondía de acuerdo a su antigüedad, para en la misma forma incluirlo en la Resolución No. 1045 del 21 de febrero de 2017 con el resto de Oficiales para retiro por Llamamiento a Calificar Servicios, figuración a la que llegó, por las siguientes razones: a.) Es un procedimiento totalmente absurdo y ajeno a la política de administración de personal establecido en la Directiva de Administración de Personal del Comando del Ejército, que un Oficial que previo estudio por ser el 6º. Puesto de su Curso haya sido designado Comandante de una Unidad Táctica de tan singular importancia, para la situación estratégica del país, por estar ubicada en la frontera con Venezuela donde las hipótesis de enfrentamiento deben estar actualizadas permanentemente en los Planes de Campaña, como el caso que nos ocupa, y que solamente llevaba seis (6) meses en el cargo, sea trasladado de manera irregular, sin darle la oportunidad de entregar formalmente su cargo, el 1º. de febrero de 2017 es decir dos (2) días después de la Inspección realizada mediante radiograma No. 201731503979 a la Fuerza de Tarea Zeus con Puesto de Mando en la población de Chaparra, Tolima, b. Al haber sido trasladado a la Fuerza de Tarea Zeus el Comando del Ejército le canceló la Prima de Instalación establecida en el art. 94 del D.L. 1211/90, c. Constituye un arrebato arbitrario a las prerrogativas, honra, buen nombre y honor militar, el traslado imprevisto de un Comandante de Unidad Táctica sin que se hayan cumplido como mínimo dos (2) años de permanencia en su Comando toda vez que así lo determina la política de administración de personal establecida en la precitada directiva de Administración de Personal.

(...), precisamente en el primer párrafo en el que discierne la A-Quo al haber sido retirados en la Resolución No. 1045 del 21 de febrero de 2017, veinte (20) Oficiales más de Grado Teniente Coronel encabezados por el demandante, se corrobora la hipótesis esbozada en este libelo, que al parecer el demandante fue incluido a irregularmente en el Acta No. 15 del 19 de diciembre de 2016, por cuanto la Resolución aún no se había proyectado en la Oficina respectiva

del Comando del Ejército, por lo que no es cierto que esta circunstancia desnaturalice el cargo de desviación de poder fundamentado en que el retiro del demandante obedeció al hecho pluricitado en este libelo que corresponden a la revista practicada a la Unidad bajo su mando el 30 de enero de 2017 (...)"
(sic)

También expresó disconformidad con la condena en costas por cuanto la actuación no fue temeraria.

En lo demás volvió a insistir sobre lo ya dicho en el libelo demandatorio, para acusar de ilegalidad el acto demandado a través de los cargos de expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

Las **partes demandante y demandada** reiteraron los argumentos expuestos en intervenciones anteriores.

El **Ministerio Público** se abstuvo de emitir el concepto respectivo.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, esta Sala se ceñirá a lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.4. Problema jurídico

De acuerdo a lo expuesto por el apelante único, corresponde a la Sala dilucidar en el presente caso, si el llamamiento a calificar servicios del teniente coronel William Leonardo Flórez Leal se ajustó a la exigencias legales y jurisprudenciales fijadas para este tipo de decisiones discrecionales dentro de las Fuerzas Militares, o si, por el contrario, la entidad incurrió en expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder alegadas.

También, analizará si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, arrimado oportunamente por las partes, y que en ningún momento fue desconocido o tachado, se encuentra acreditado lo siguiente:

- El señor William Leonardo Flórez Leal prestó sus servicios al Ejército Nacional, así²:

Grado	Período	
	Desde	Hasta
Cadete	10/02/1994	14/01/1996
Alférez	15/01/1996	30/11/1996
Subteniente	01/12/1996	01/12/1999
Teniente	02/12/1999	30/11/2004
Capitán	01/12/2004	01/12/2009
Mayor	02/12/2009	04/12/2014
Teniente Coronel	05/12/2014	21/02/2017

- En Acta número 15 del 19 de diciembre de 2016 signada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, conceptuó entre otros, lo siguiente:

“(...) después de estudiar la propuesta sometida a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados anteriormente (entre los cuales esta enlistado el aquí demandante) tienen derecho a la asignación de retiro (...), recomendando por unanimidad el retiro del servicio activo por Llamamiento a Calificar servicios (...)” (sic)

- Con la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017 del Ministerio de Defensa, se retiró del servicio por llamamiento a calificar servicios a varios oficiales de las Fuerzas Militares, entre los cuales se enlista al aquí demandante (folios 3 al 6).
- Del mentado acto se lee que el retiro por llamamiento a calificar servicios se da porque los oficiales anotados *“cuentan con más de quince (15) años de servicios, tiempo que los hace acreedores a una asignación de retiro”*.
- Según formulario obrante a folio 28 del cuaderno principal tomo I, los últimos cinco años de servicios del actor estuvieron clasificados, así: 2011-2012 lista dos; 2012-2013 lista tres; 2013-2014 lista tres; 2014-2015 lista dos; 2015-2016 lista dos.
- De acuerdo al folio de vida de los años 2015 a 2017 se tiene que el señor Flórez Leal fue objeto de varias felicitaciones por desempeño, anotaciones de mérito y conceptos positivos, así como de algunos conceptos negativos y anotaciones de llamados de atención³.

² Revés folio 3 del cuaderno del expediente administrativo.

³ Folios 29 al 46 del cuaderno principal tomo I.

- Del extracto de la hoja de vida del accionante igualmente se aprecia que es amplia su formación académica (folios 9 al 18 del cuaderno principal tomo I).
- Según las declaraciones de los testigos traídos al proceso, señores Gloria Amparo González Florián, Wilson González Mariaca y Jaime González Florián, las calidades profesionales del demandante condujeron a que fuera designado comandante de batallón; y, concuerdan al concluir que el retiro del demandante del Ejército obedeció a una sanción anticipada producto del hallazgo en visita administrativa de las supuestas irregularidades en el almacenamiento de prendas de uso privativo de las fuerzas militares⁴.

También obra en el sumario: (i) declaración extra proceso de William Leonardo Flórez Leal⁵; (ii) declaración extra proceso de Gloria Amparo González Florián⁶ (cónyuge del demandante); (iii) informe de perfil psicológico realizado al señor William Leonardo Flórez Leal, que arroja como resultado: “(...) rasgos de ansiedad asociados a condición de pérdida laboral, en donde se ve afectada su autoestima (...)”⁷; (iv) certificado de haberes del demandante⁸; (v) comunicado de prensa del Comando de la Trigésima Brigada del 2 de febrero de 2017⁹; (vi) recorte de periódico que data del 3 de febrero de 2017¹⁰, estos dos últimos informando sobre el resultado de la visita administrativa en que se encontraron aparentes irregularidades en el almacenamiento de prendas de uso privativo de las fuerzas militares fuera del comando que dirigía el demandante.

2.5.2. Del retiro del personal de las Fuerzas Militares

El marco general del retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, está consagrado en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, que al tenor literal previeron:

“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.

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:

⁴ Folios 173 del cuaderno principal tomo I.

⁵ Folios 19 al 21 del cuaderno principal tomo I.

⁶ Folios 22 al 23 del cuaderno principal tomo I.

⁷ Folios 24 al 27 del cuaderno principal tomo I.

⁸ Folio 8 del cuaderno principal tomo I.

⁹ Folio 58 del cuaderno principal tomo I.

¹⁰ Folio 56 del cuaderno principal tomo I.

a) *Retiro temporal con pase a la reserva:*

1. *Por solicitud propia.*

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

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. *Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*

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

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

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

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

9. *Por no superar el período de prueba; (...)*

(...)

*“ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, **cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.**” (Resaltado fuera del texto)*

Conforme a la normativa en cita, se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es el llamamiento a calificar servicios y la única exigencia que se requiere para disponer esta medida es que el oficial o suboficial haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro. Aunado a ello, para el caso de los oficiales, se necesita el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa¹¹.

2.5.3. Retiro por llamamiento a calificar servicios¹²

Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro¹³.

La causal de retiro en comento, se constituye en un instrumento importante para la administración, que permite el relevo generacional dentro de la línea jerárquica dentro de actuación que supone el ascenso de algunos miembros y la separación del servicio de otros, de ahí la especial connotación que adquiere frente a otras formas de retiro laboral. Tal característica ha sido objeto de análisis de la jurisprudencia en varias oportunidades. En efecto, la Corte Constitucional¹⁴ sostuvo:

“(...) "calificar servicios", acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia del 15 de julio de 2021, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04871-01(5174-19), actor: Óscar Javier Suescún Espinel, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia del 15 de julio de 2021, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04871-01(5174-19), actor: Óscar Javier Suescún Espinel, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2016.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-072 de 1995. Referencia: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046.

*de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, **en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución.** Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio. (...)*” (Resaltado intencional).

Igualmente, el pronunciamiento contenido en la sentencia SU-091 de 2016¹⁵ se refirió al tema de motivación en el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios para indicar que en este caso, aquella 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, regla que en la sentencia SU-217 de 2016¹⁶, juzgó conveniente para promover la “(...) *necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial. (...)*”.

En esta última providencia la Corte Constitucional hizo énfasis en que la ley “(...) *no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar (...)*”, de manera que es claro que no es exigible que el nominador exponga razones adicionales para la adopción de la decisión.

Por su parte el Consejo de Estado¹⁷ ha sostenido que el llamamiento a calificar servicios corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, 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, en desarrollo de la cual el nominador tiene libertad para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por otro lado, frente a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, el Consejo de Estado¹⁸ ha considerado:

*“(...) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y **quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.***
(...)”

¹⁵ Sentencia del 25 de febrero de 2016. Referencia: expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.

¹⁶ Sentencia del 28 de abril de 2016. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Radicado: 760012331000200501375 01 (0197-2013).

¹⁸ Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01936-01.

Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público. (...)"

En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, 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 empleo¹⁹.

De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro²⁰.

Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley y para que proceda solamente es necesario que el militar demuestre: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

2.5.4. Falsa motivación

El Consejo de Estado²¹ ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida, llamado falsa motivación.

Igualmente, esa misma corporación, explicó²² que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad; y que ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, y iv) razones que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

¹⁹ En este sentido se pueden consultar la providencia del 19 de enero de 2017. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. Magistrada ponente: María Claudia Rojas Lasso. Radicación: 25000232400020080026501.

²² *Ibidem*

En lo que se refiere al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, según se expuso, 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 concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, según la normativa analizada en precedencia.

2.5.5. Desviación de poder²³

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones administrativas no gozan de autonomía, al contrario, es heterónomo, toda vez que la ley regula deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder²⁴ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad.

Bajo dicho entendido, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el examen constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley²⁵. En esos términos, al tratarse la conducta de un “ilícito atípico” provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia del 15 de julio de 2021, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04871-01(5174-19), actor: Óscar Javier Suescún Espinel, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

²⁴ La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

²⁵ Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.

Por su parte, el Consejo de Estado²⁶ ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder desde esta misma óptica. Al respecto:

*“(...) La desviación de poder ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, **se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.** (...)”* (Negrita fuera del texto original).

Del análisis anterior, se concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder transita por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente: *“(...) demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. (...)”*²⁷.

De esta forma, dado que el acto administrativo de retiro del servicio del aquí demandante por llamamiento a calificar servicios se encuentra motivado (folios 3 al 6 del cuaderno principal tomo I), la Sala procederá a analizar aquellos y verificará si se advierte la falsa motivación o la desviación de poder que se endilga.

2.5.6. Caso concreto

En este asunto, el actor persigue la nulidad de la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, mediante la cual fue retirado de la entidad demandada por llamamiento a calificar servicios; y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene efectuar su reintegro inmediato, en el mismo grado que ostentan sus compañeros de curso al momento del reingreso y con la misma antigüedad dentro del escalafón de oficiales que le correspondería si no hubiese sido retirado, junto con el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir y que le correspondan.

La sentencia de primera instancia negó las súplicas antepuestas refiriendo que, del acervo probatorio obrante en el plenario, no halló prueba que denotara con claridad y contundencia que el acto demandado hubiese sido proferido de manera irregular en cuanto a aspectos formales de configuración del mismo, o que su conformación se hubiere gestado a partir de una intención torcida, valiéndose de falsos argumentos, para procurar de manera ilegítima el retiro del actor.

De la relación probatoria que precede, la Sala encuentra que, como se vio, la motivación exigible para el llamamiento a calificar servicios está dada por el cumplimiento de los requisitos de tener un tiempo mínimo de servicios para ser

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicado: 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

²⁷ Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado: 170012331000200301412 02(0734-10).

acreedor de la asignación de retiro, que se encuentran plenamente satisfechos en el expediente, pues según se desprende de su hoja de vida, el demandante estuvo vinculado a las Fuerzas Militares durante 22 años, 9 meses y 12 días (y conforme al artículo 14 del Decreto 4433 de 2004²⁸, se exigen 18 años, por esta causal).

Revisadas las consideraciones de la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, se encontró que el Ministerio de Defensa Nacional dispuso el retiro del servicio del señor Flórez Leal por llamamiento a calificar servicios con fundamento en que el mencionado oficial contaba con el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de la asignación de retiro.

El apoderado de la parte actora en su recurso de apelación dijo que para aplicarse la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios además de requerirse el cumplimiento de los presupuestos para tener derecho a la asignación de retiro, debe someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, y que tal concepto no puede relacionar a oficiales dispuestos en la lista de clasificación número dos (2) cuyo desempeño es MUY BUENO, en la que se encontraba catalogado el accionante el último año de servicios.

Bien, el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, reza:

“OBJETO DE LAS LISTAS. *Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre:*

- a. Ascensos de personal.*
- b. Asignación de premios, distinciones o estímulos*
- c. Mejor utilización del talento humano y capacitación.*
- d. Retiros del servicio activo.”*

Corolario las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir, entre otros, sobre el retiro del servicio activo, como lo refiere el apoderado recurrente. Empero, tal disposición normativa en concordancia con las demás normas sobre listas de clasificación, de modo alguno permiten colegir que el personal situado en listas con clasificación excelente, muy buena o buena, dispuestas en listas como las uno, dos y tres, adquiera fuero de estabilidad adicional, que le impida ser retirado del servicio. Es necesario destacar que el excelente desempeño de las funciones del cargo son característica que se entiende como connatural al ejercicio de la labor militar.

Entonces, que el demandante haya sido tenido en cuenta por la Junta Asesora para recomendar su retiro por llamamiento a calificar servicios, pese a que el año inmediatamente anterior al retiro del servicio obtuviera calificación muy buena y se encontrara en lista dos, no es prueba de que tal junta haya omitido el deber legal de tener en cuenta las listas de clasificación para emitir el concepto previo dispuesto en el Acta 15 del 19 de diciembre de 2016, como lo deduce el apoderado recurrente.

El apelante también alude en la alzada, como prueba para demostrar los vicios del acto demandado, que no fueron esgrimidas las razones de su desvinculación por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares,

²⁸ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

argumento que no es de recibo para esta Sala, en la medida en que conforme a los artículos 99 inciso segundo y 103 del Decreto 1790 de 2000, para el ejercicio de la facultad del retiro por llamamiento a calificar servicios por parte del nominador, solo se requiere que se cumplan los dos requisitos: i) tener derecho a la asignación de retiro y, ii) concepto previo de la mentada Junta, sin que se exija que aquella contenga razonamientos más allá de lo previsto en la citada normativa, tal y como se estudió en precedencia.

De otro lado en la impugnación se infiere que el tiempo transcurrido entre la emisión del concepto previo (19/12/2016) y la promulgación del acto de retiro (21/02/2017), es prueba de que en el asunto bajo estudio hubo expedición irregular del acto, argumento que carece de fundamento, primero, porque la regulación sobre el tema no contempla un término perentorio que se deba seguir entre una actuación y la otra; y, segundo, en razón a que, entre el concepto previo y la expedición del acto de retiro, solo acaecieron dos meses y dos días, luego el mismo resulta prudente y razonable.

La parte demandante tiene por tesis que el acto de retiro se retrasó dos meses en ser proferido por cuanto en un principio el actor no se encontraba enlistado en la recomendación de llamamiento a calificar servicios contenida en el Acta 15 del 19 de diciembre de 2016, y en virtud a los hallazgos de la inspección practicada al batallón que dirigía, en las que se encontraron presuntas irregularidades en el almacenamiento de elementos propios de las Fuerzas Militares, acaecida el 30 de enero de 2017, fue incluido de manera fraudulenta en la recomendación de retiro, con violación del derecho al debido proceso.

Lo anterior como se refiere, son suposiciones de la parte demandante, pues esta Sala encuentra que el concepto previo contenido en el Acta 15, que data del 19 de diciembre de 2016, y que no hay forma de establecer que haya sido adulterada, sí enlistó al actor dentro de los oficiales recomendados para llamamiento a calificar servicios, Veamos:

“B. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS (Aplicación artículo 103 del Decreto Ley 179/2000)

No	GRDO	ESP	NOMBRES Y APELLIDOS	IDENTIFICACIÓN
(...)				
13	TC	CAB	FLOREZ LEAL WILLIAM LEONARDO	88.160.609
(...)				

(...)

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, después de estudiar la propuesta sometida a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro (...), recomendando por unanimidad el retiro del servicio por llamamiento a Calificar Servicios de los Oficiales anteriormente relacionados.

(...)”

Entonces, que unos hechos hayan puesto en posible tela de juicio el proceder recto e íntegro del actor, coincidentemente antes de su retiro por llamamiento a calificar servicios, pero posteriores a la emisión del concepto previo que recomendaba su salida por la razón en cita, es una particularidad que no enerva la legalidad del acto de retiro, teniendo en cuenta que la finalidad de la prerrogativa otorgada a la

administración denominada “llamamiento a calificar servicios”, como se analizó en precedencia, es el relevo de la línea jerárquica en las Fuerzas Militares, y el único presupuesto, conforme lo señaló la Corte Constitucional²⁹ es “(...) haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro³⁰ (...)” Se itera, es solo coincidencia que el demandante haya resultado involucrado en hechos que en su sentir causaron el retiro del servicio, pues tal afirmación no tiene vocación de prosperar ya que son solo suposiciones que no encuentran respaldo probatorio, pues, aunque la visita administrativa y los presuntos hallazgos son ciertos, también lo es que la recomendación del llamamiento a calificar servicios es anterior a la ocurrencia de tales eventos, y por tanto, el retiro se tiene ocurrido por las razones esbozadas en el concepto previo, replicadas en el acto demandado.

Es de resaltar, que en el evento de 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 que no cumplió el tiempo de servicio requerido, sino a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura.

En efecto, como quedó analizado en apartes anteriores, cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

En este contexto se debe señalar que, más allá de la afirmación del libelista, no obran pruebas que permitan advertir que la finalidad del acto demandado fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia o que la intención del retiro fue ajena al relevo jerárquico del mando.

Es necesario destacar que el excelente desempeño de las funciones del demandante, situación que lo hizo merecedor de felicitaciones, condecoraciones, evaluaciones de desempeño militar sobresalientes y reconocimientos, tampoco le brinda un fuero de estabilidad adicional, que le impida ser retirado por la causal en mención, pues como se dijo, el cumplimiento de esta característica se entiende como connatural al ejercicio de la labor militar.

Fuera de lo expuesto, la entidad demandada tampoco estaba obligada a tener en cuenta la hoja de vida del actor y las buenas calificaciones que este tenía y la trayectoria profesional, ni su formación académica, para mantenerlo en el servicio activo, como quiera que tal aseveración en sí misma no es suficiente para desvirtuar la legalidad del acto demandado, por cuanto la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan *per se* a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario. En el mismo sentido, las buenas calificaciones y trayectoria laboral tampoco otorgan un derecho de estabilidad, por cuanto se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número

²⁹ SU-091 de 2016.

³⁰ Así el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 prevé: «[...] *Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios* o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]». (Resaltado intencional).

de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

En ese orden, se reitera que es necesario probar que en la expedición del acto se buscó una finalidad diferente, esto es, demostrar la desviación de poder, ello, dado que en el *sub lite* no se analiza la facultad discrecional del Gobierno Nacional que propende por el mejoramiento del servicio, sino que nos encontramos ante una potestad que busca precisamente el relevo generacional.

Además de lo dicho, se pudo comprobar que el acto demandado se realizó conforme a las leyes preexistentes, en donde la Resolución 1045 del 21 de febrero de 2017, expedida por el Ministro de Defensa Nacional mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo del Ejército Nacional al demandante, se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, mediante el Acta 015 del 19 de diciembre de 2016. Además, también es cierto que el demandante para la época de los hechos tenía consolidado el derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, pues, según el extracto de la hoja de vida, ya contaba con 22 años de servicios³¹.

También se tiene que el acto demandado se fundamentó de conformidad con las normas establecidas en la ley, entre ellas se encuentra el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, que señala “(l)os Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”, la cual es una causal de retiro del servicio activo³². Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor William Leonardo Flórez Leal dentro del Ejército Nacional, siendo ésta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. Lo anterior, atendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados.

Igualmente, es pertinente esbozar que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, por su simple parecer o especulación, sino que tiene que demostrar suficientemente la misma, y en este asunto, tal como lo dijo el *a quo*, el actor no acreditó sumariamente que el acto demandado fue expedido a partir de una intención torcida, valiéndose de falsos argumentos. Acreditar que el actor fue clasificado en lista dos - nivel MUY BUENO, por sí solo no desvirtúa la legalidad del acto demandado, ya que tal calidad no lo reviste de fuero de estabilidad adicional que lo hiciera inamovible del servicio activo.

Del mismo modo, al verificar los folios de vida del demandante, se observa que tienen múltiples felicitaciones y condecoraciones; sin embargo, como se indicó anteriormente la finalidad de la prerrogativa otorgada a la administración denominada “llamamiento a calificar servicios”, es el relevo de la línea jerárquica en las Fuerzas Militares, por lo que como lo señaló la Corte Constitucional³³ “(...) *no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar (...)*”.

³¹ Revés folio 3 del cuaderno del expediente administrativo.

³² Artículo 100 ibídem.

³³ Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

En suma, como el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el uniformado, ya que es retirado del servicio activo del Ejército Nacional para disfrutar de su asignación de retiro, así como para continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación³⁴ y, aunque el acto demandado se fundamentó en las razones dadas por la Junta Asesora para el retiro del servicio del demandante, en este también se ejerció la facultad discrecional.

Así las cosas, en el presente asunto, como la parte actora no logró demostrar que el llamamiento a calificar servicios se dio en virtud de una falsa motivación o una desviación del poder o con expedición irregular, por el contrario, se cumplieron los presupuestos establecidos en la ley para separar del servicio activo a los uniformados, esto es, al momento de la expedición del acto contaba con más de 22 años en la institución castrense y existía recomendación previa de autoridad competente exhortando su retiro por llamamiento a calificar servicio.

La última disparidad con la sentencia apelada es la condena en costas en contra de la parte vencida en primera instancia.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, no es de recibo que en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica el Código General del Proceso, toda vez que, del mismo artículo 188, antes referido, se desprende que se hace tal remisión solo en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

³⁴ *Ibíd.*

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la demandante, lo cual resulta razonable puesto que la parte contraria debió desplegar defensa técnica para oponerse al reconocimiento de un derecho subjetivo, con manifiesta carencia de sustento para su concesión.

Entonces, se advierte que la decisión sobre la condena en costas proferida en primera instancia se ajustó a derecho, toda vez que la imposición de las mismas se hizo en sentencia y en contra de la parte que presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento para accionar.

Corolario a lo antepuesto, no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

2.5.7. Decisión de segunda instancia

Como quiera que no prosperaron los argumentos de la apelación, se confirmará el fallo proferido el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2.6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la demandante, en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2.7. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y a favor de la demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

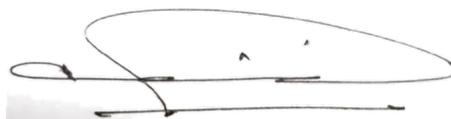
Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya

Magistrado

Oral 001

Tribunal Administrativo De Ibagué - Tolima

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: **2c85bef7568ac1976e1f8ea477f9edb71acf33941a0af152439010cceaca1f1f**

Documento generado en 04/10/2021 08:19:46 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>