



7

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 25000-23-25-000-2002-04531-02 (4369-2014)
Demandante : **Mario Alberto Sotomayor Uribe**
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional
Tema : Llamamiento a calificar servicios

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante (ff. 213 a 218) contra la sentencia de 28 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección E en descongestión)¹, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 34 a 46). El señor Mario Alberto Sotomayor Uribe, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de los siguientes actos:

1. El Acta [...] correspondiente a la reunión del Comité de Evaluación de Oficiales del Ejército Nacional, mediante la cual se acuerda no aprobar la trayectoria profesional del [demandante, en condición de capitán].
2. El Acta [...] correspondiente a la reunión de la JUNTA ASESORA DEL EJÉRCITO NACIONAL ó [sic] DEL MINISTERIO DE DEFENSA, por la cual se acuerda no aprobar la trayectoria profesional del actor.
3. El Acta [...] correspondiente a la reunión de la JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la cual se acuerda por unanimidad no acceder a la reconsideración presentada en su debida oportunidad por el oficial demandante.
4. El Acta [...] correspondiente a la reunión de la JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la cual se

¹ Folios 193 a 211.



acuerda aprobar y recomendar al Comando General del Ejército, el retiro en forma temporal con pase a la reserva del servicio activo del Ejército Nacional por LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, del [actor], de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99,100 numeral 3 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

5. Resolución 1724 del 28 de Noviembre [sic] de 2001, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se retira en forma temporal con pase a la reserva del servicio activo del Ejército Nacional, por LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, a partir del 1° de Diciembre [sic] de 2001, al [accionante], de conformidad con lo establecido en los artículos 99, 100 numeral 3 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada (i) reintegrarlo al servicio activo del Ejército Nacional, sin solución de continuidad; (ii) ascenderlo «[...] *al Grado de MAYOR (puesto que ya había hecho y aprobado el curso correspondiente) o el que le corresponda en antigüedad el día del reintegro, conservando la misma precedencia en el Escalafón de Oficiales, que tenía al momento de su retiro*»; (iii) pagarle «[...] *la totalidad de los haberes (salarios, primas, subsidios y otros) dejados de percibir desde la fecha de su retiro (1° de Diciembre [sic] de 2001) y las prestaciones legales y/o extralegales que en todo tiempo devengue un Mayor del Ejército Nacional, entre la fecha que se produjo su desvinculación de la Institución y aquella en que se produzca su reintegro a la misma Unidad en que laboraba, en cumplimiento de la sentencia debidamente ejecutoriada que ponga fin al presente proceso, adicionando las sumas que debidamente comprobadas, haya tenido que cancelar por concepto de gastos médicos, odontológicos, hospitalarios y asistenciales párale [sic] actor y su familia, durante el tiempo que dure la desvinculación*»; (iv) indexar las sumas adeudadas conforme al índice de precios al consumidor (IPC); y (v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 176 a 178 de CCA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que «*Durante el tiempo que [...] permaneció [en condición de oficial] al servicio de la institución (15 años largos), fue felicitado en (48) oportunidades por buen desempeño laboral y consagración al trabajo [...]*».

Que «*La última calificación que se le hizo [...], lo clasificó en lista No.3, sin ningún "D", lo que significa que más de la mitad de los indicadores de las*



evaluaciones que se le hicieron en este periodo fueron calificadas con "D" (Calidad Exigida), y dos "B", evaluación correspondiente a un grado de desempeño y comportamiento bueno».

Dice que «Todos estos antecedentes permitieron que [su] Hoja de Vida [como] Capitán [...] fuera presentada ante el Comité de Ascenso de Oficiales del Ejército Nacional para la evaluación de su Trayectoria Profesional, para ascender al grado de Mayor, cuyo curso ya había realizado y superado con suficiencia».

Que «El Comité de Evaluación de Oficiales reunido decide no aprobar [su] evaluación de la trayectoria profesional [...], en virtud de haber sido evaluado en lista 4 durante el lapso 97-98, dejando de manifiesto que esta fue una determinación eminentemente subjetiva y contraria a lo establecido en el Decreto 1253 de 1988 (norma aplicable para la época) ó [sic] el Decreto 1799 de 2000. Pues en él, se establece que no podrán ascender quienes hayan sido clasificados en lista 4, durante dos períodos consecutivos; circunstancia que no se presenta con el actor, en virtud a [sic] que luego del año de 1998, se le clasificó en lista 3, dando con ello, plena vigencia a lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto 1253 [...]».

Aduce que «Como tal decisión fue avalada posteriormente por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; [...] presentó en su debida oportunidad las reclamaciones respectivas ante la Junta Clasificadora, sin que hasta la fecha le hubiesen notificado decisión alguna, circunstancia que de suyo vulnera el debido proceso y viola los artículos 70,71,72 y 73 del Decreto 1799 de 2000».

Que «Mediante oficio datado el 8 de octubre de 2001, [...] expone al Comando General del Ejército Nacional, su situación refiriendo que cumple a cabalidad con los requisitos mínimos señalados en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000 para ascender, máxime si no está incurso en investigaciones penales, disciplinarias, ni vulneración de los derechos humanos».

Agrega que «Como consecuencia de la decisión tomada por el Comité de Evaluación de Oficiales del Ejército, ratificada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, no obstante desconocer los más elementales derechos y normas legales y ante la negativa de ascender al grado de Mayor, [su] situación [...] fue presentada ante la Junta Asesora del Ministerio de



Defensa, cuyos miembros desconociendo nuevamente sus derechos y la información positiva que reposa en su Hoja de Vida que en suma constituye su trayectoria profesional, deciden proponer al Ministerio de Defensa Nacional su retiro por Llamamiento a Calificar Servicios».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 2, 4, 15, 21, 25, 29, 53, 58, 123, 209 y 229 de la Constitución Política; 7, 20 y 35 de la Ley 62 de 1993; 63 del Decreto 2203 de 1993; 33, 35 y 36 del Decreto 2335 de 1971; 6, 7 y 12 del Decreto 573 de 1995; 39, 40 y 51 del Decreto 41 de 1994; 1, 2, 3, 4, 5, 32 y 60 del Decreto 354 de 1994.

Alega expedición irregular de los actos y violación al debido proceso, puesto que «*La JUNTA ASESORA DEL EJÉRCITO NACIONAL ó [sic] del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, cuando acuerda no aprobar la trayectoria profesional del Capitán MARIO ALBERTO SOTOMAYOR URIBE, olvidó lo dispuesto en el artículos [sic] 75 del [Decreto] 1799 de 2000, que claramente señala: “Desempeño profesional básico. El personal clasificado en listas UNO, DOS ó [sic] TRES, se considera que reúne las condiciones del desempeño profesional básico para pertenecer a las Fuerzas Militares”. Con la expedición de este acto administrativo se violó los derechos a la igualdad, trabajo y debido proceso, todo ello porque se evidencia no solo en este acto administrativo, sino también en los demás que se demandan, que en tal decisión primo [sic] fue la discrecionalidad sobre la norma, y que esta discrecionalidad trajo como resultado la arbitrariedad, porque si bien el Comité de Evaluación debía emitir un juicio de valor, el hecho de no haberlo motivado para conseguir una economía de tiempo o para eludir las explicaciones de las razones por la cual se tomo [sic] tal decisión, se convierten en arbitrariedad porque al no expresar los motivos reales de la decisión se impide así la sustentación de recursos contra el acto administrativo».*

Que «*El desconocimiento sistemático tanto del Comité de Evaluación de Oficiales, como de la Junta Asesora para el Ejército Nacional, de motivar cada uno de los actos que hacen parte del acto administrativo complejo que se demanda, no obstante las reiteradas solicitudes y derechos de petición que elevados por el actor suscrito, pone de manifiesto la intención del mando institucional de violar del Debido Proceso, porque como lo dice la Corte Constitucional en su Sentencia No. 250 de 1.998, el no motivar los actos*



administrativos, desconoce el principio de publicidad y por consiguiente se viola el Debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política».

Arguye que «La violación de los derechos fundamentales del demandante y la expedición irregular del acto administrativo complejo impugnado, al negarle la posibilidad de ascender al grado de Mayor, dieron origen a la decisión administrativa de recomendar el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios del accionante y que a su vez dio lugar a la expedición de la Resolución 1724 del 28 de Noviembre de 2001, donde se retira al oficial poderdante en forma temporal de servicio activo por llamamiento a calificar servicios».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 60 a 69). La demandada, por medio de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a cada uno de los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos no son ciertos, y otros no le constan.

Asevera que «[...] la facultad discrecional para disponer, por razones del servicio, el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con cualquier tiempo de servicio, solo requiere de previa recomendación del Comité de Evaluación y en el caso de los oficiales, se requiere de concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, tal como se establece en el Decreto 1790 de 2000».

1.6 La providencia apelada (ff. 193 a 211). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección E en descongestión), en sentencia de 28 de enero de 2014, negó las súplicas de la demanda.

En primer lugar, precisó que respecto de las actas de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional demandadas, «[...] se ha sostenido en forma reiterada por el H. Consejo de Estado² que son preparatorios del principal y, por consiguiente, no pueden ser considerados como actos administrativos pasibles de enjuiciamiento al no tener la virtud de crear, modificar o extinguir la situación jurídica del sujeto a quien va dirigido, en este caso la del actor

² Ver sentencia:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", CP.: ALFONSO VARGAS RINCON, 18 de mayo de 2011, radicación número: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: EDISSON ROJAS SUAREZ, demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.



como Oficial de la Fuerza Pública».

Que «Teniendo en cuenta la anterior consideración, esta Sala de abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo sobre las mismas y solo se limitará a realizar el juicio de legalidad de la Resolución No. 1724 de 28 de noviembre de 2001; sin embargo, ello no impedirá su valoración, en tanto que el ataque formulado contra el acto administrativo reseñado está cimentado en la expedición irregular que se predica de los mismos».

Por otra parte, considera que en relación con la Resolución 1724 de 28 de noviembre de 2001, «[...] la parte actora tan solo se limita a señalar, que no se expresan los motivos tenidos en cuenta para tomarla y que por ello se configura la desviación de poder, cuando [...] ello no es necesario, pues se presume en principio que con la misma se busca mejorar el servicio, quedándole a quien sostenga lo contrario, probar que existió una razón distinta de la mencionada, lo cual no se logró».

Que «De hecho, la activa concentra su ataque frente a las actuaciones referidas a la evaluación que se realizaron de su desempeño y que como consecuencia de la indebida apreciación de la misma no se le ascendió al grado de Mayor, pretendiendo derivar de ello la ilegalidad tanto de la propuesta de su retiro por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el Ejército Nacional, como del acto que así lo concretó (Resolución No. 1724 de 28 de noviembre de 2001)».

Sostiene que «Dicho ofensiva, sin embargo, tampoco logra ser clara, ni debidamente sustentada, pues aunque sostiene que el Comité de Evaluación de Oficiales decidió no aprobar su trayectoria para el ascenso al grado de Mayor, por "...haber sido evaluado en lista 4 durante el lapso 97-98" y que ello incidió en su retiro del servicio, lo cierto es que conforme a la solicitud que el mismo actor eleva ante el Comandante del Ejército encaminada a la reconsideración de su ascenso, se vislumbra que tal situación se dio un año antes de su remoción de la Fuerza a la que servía, esto es, para la posible promoción al grado aludido que se realizaría para el mes de diciembre del año 2000 y no 2001».

Que «Lo anterior, pone en evidencia que la activa pretendía demostrar un nexo de causalidad con el acto enjuiciado, por el hecho de no haberse tenido como enlistado en lista "TRES" y no en la "CUATRO", porque entre otras



cosas, en su caso “MANDO y DESEMPEÑO CARGO PRINCIPAL, fueron calificadas en el último año con “B” o SUPERIOR” y que además, “...la lista TRES indica nivel BUENO” -de conformidad con lo manifestado en los hechos y en el concepto de violación de la demanda-, era la irregularidad que determinaba la ilegalidad de las actuaciones que se le siguieron y que en este proceso censura, es decir, el no ascenso y su retiro, cuando lo que se demuestra es que tal inconformidad estaba relacionada con la promoción de diciembre de 2000».

Arguye que «Es evidente que la parte actora no aportó suficientes elementos de juicio para convencer a esta Sala, que efectivamente el trámite agotado antes de disponer su retiro del servicio a través de la Resolución No. 1724 de 28 de noviembre de 2001, se dio en forma irregular, pues como se dejó visto, los aspectos fácticos que cimentaban el cargo aludido, correspondían a la realidad de otro evento que lo afectó, se reitera su ascenso para el año 2000».

Que «[...] la obligada notificación a la que alude la parte activa, está referida a la evaluación y clasificación del desempeño que debe realizar anualmente el mentado Comité de Evaluación al Militar, por virtud de lo dispuesto en el referido Decreto 1799 de 2000, el cual si [sic] dispone todo un procedimiento que le permite al evaluado contradecir los resultados obtenidos en la misma», y «[...] de dicha actuación debe advertirse, que no es aplicable al trámite que se debe agotar para disponer el retiro del servicio de un militar, razón por la cual no puede tener la virtualidad de incidir en la validez o no de esa actuación, que es la cuestionada en este asunto».

Concluye que «Tampoco se puede aceptar el planteamiento esgrimido sobre la desviación de poder y la violación al debido proceso, por no exponerse en el Acta No. 10 de 2 de noviembre de 2001 y en la Resolución No. 1724 de 28 de los mismos mes y año, los motivos que condujeron a tomar las decisiones contenidas en dichos actos, en tanto que se ha sostenido en forma reiterada por el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción y así lo ha acogido esta Subsección, que aún no se describen, de ellos se presumen que están inspirados en razones del servicio, significando esto, que no carecen de ese requisito y que por consiguiente, le queda a quien sostiene lo contrario, demostrarlo que así no fue».

1.7 El recurso de apelación (ff. 213 a 218). Inconforme con la anterior sentencia, el demandante, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación,



al estimar que *«El fallo judicial que aquí se recurre, injustamente declara que es en cabeza del demandante en que recae la obligación de demostrar la falsa motivación del acto y la desviación del poder, sin embargo omite la expresa manifestación que hace mi representado a través de su entonces apoderado, NO EXISTIO otro motivo durante la vinculación laboral por el cual pudiera ser llamado a calificar servicios diferente a la baja calificación otorgada para el periodo comprendido entre el año 97-98, y claramente determinada en la demanda, en virtud de ello considera el extremo actor que solo esta pudo haber sido la motivación del retiro discrecional»*.

Que *«En virtud de lo anterior, el demandante procedió a solicitar la aclaración respecto de los hechos que motivaron la decisión del retiro discrecional a fin de poder controvertir dicha decisión, sin embargo no obtuvo respuesta alguna, ni siquiera en el curso del proceso, pues obsérvese que la pasiva simplemente manifestó que el retiro discrecional fue por recomendación de la junta asesora mientras el fallo de primera instancia únicamente se limita a validez [sic] la legalidad de la decisión»*.

Afirma que *«En consecuencia, obsérvese que el fallo recurrido carece de un estudio integral de los antecedentes administrativos que motivaron la decisión del retiro discrecional, el cual únicamente se pudo dar a raíz de una falsa motivación del acto y una clara desviación de poder, pues no hay otro fundamento legal o factico [sic] que sustenten la decisión de mejoramiento de servicio pues como bien se manifestó en la demanda y se desprende del acervo probatorio el demandante cumple con la aptitud cognoscitiva, académica y mental para permanecer en el servicio activo de la institución, esto según se extracta de su folio de vida arrimado al proceso, los reconocimientos otorgados e incluso de las recomendaciones de sus superiores»*.

Que *«[...] la carga de la prueba recae en la demandada, quien debió demostrar con el material probatorio recaudado dentro del proceso las razones reales que motivaron el retiro discrecional del actor, y no como mal lo pretende la sala, respecto de que sea el demandante quien demuestre la desviación de poder y la falsa motivación, pues [sic] que otra plena prueba distinta al folio de vida y las recomendaciones de ascenso y expedidas por los mismos superiores del demandante y que obran en la foliatura del expediente, dando cuenta por si [sic] solos que no existía personal más capacitado que mi representado para desempeñar su cargo y sus funciones»*.



II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 22 de agosto de 2014 (f. 222) y admitido por esta Corporación a través de auto de 1° de junio siguiente (f. 232), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 24 de agosto de 2015 (f. 234), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara.

2.1.1 Parte demandante (ff. 235 a 239). El actor, por intermedio de apoderada, transcribió los mismos argumentos expuestos en el escrito de alzada.

2.1.2 Ministerio Público (ff. 241 a 249). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la presente acción, por cuanto «[...] *a contrario sensu de lo que alega el actor, no existe infracción del artículo 217 de la Constitución Política, que conlleve [...] la inaplicación de lo dispuesto en el decreto 1790 de 2000, por cuanto la misma Carta es la que autoriza que el legislador ordinario traslade en forma temporal al Presidente su competencia legislativa sobre las materia [sic] que expresamente le señale, siempre y cuando no correspondan a las prohibidas expresamente por el constituyente y se respeten los parámetros y condiciones señalados en el artículo 150-10 de la Constitución, y ni la modificación, derogación o adición del régimen de carrera del personal a que se refiere la norma (Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares) está entre los asuntos que el constituyen prohíbe regular mediante el mecanismo excepcional de las facultades extraordinarias, razón por las cuales tampoco prospera el cargo impetrado en la demanda por este aspecto*».

Que «*La sentencia de primera instancia negó las súplicas de la demanda al considerar que el acto acusado goza de presunción de legalidad, por la facultad de remoción de que goza el nominador y en el caso objeto de estudio, como ya se dijo, hubo retiro del servicio del Capitán del Ejército Nacional*



por llamamiento a calificar servicios, por lo que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el acto acusado fue expedida de forma irregular, con desviación de poder y violación al debido proceso; vicios que no fueron desvirtuados, por lo tanto, el acto acusado goza de plena presunción de legalidad».

2.2 Impedimento. Precluida la etapa de alegaciones finales, el consejero de Estado César Palomino Cortés manifestó su impedimento para conocer del proceso (ff. 261 y vuelto), en atención a que integró la sala del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profirió el auto para mejor proveer de 1° de febrero de 2007, el cual fue aceptado el 28 de septiembre de 2017 por esta subsección (ff. 263 y 264), motivo por el cual fue enviado el expediente a este despacho para emitir decisión de fondo.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la Resolución 1724 de 28 de noviembre de 2001, mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional retiró del servicio activo al demandante por llamamiento a calificar servicios, se ajusta al ordenamiento jurídico, o si por el contrario, infringe las disposiciones citadas en la demanda y fue expedida con desviación de poder.

3.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio, la Sala precisa que a través de la Ley 578 de 2000³, el legislador otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República por el término de seis (6) meses para regular, entre otras materias, el régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y la Policía Nacional, por lo que en virtud de dicha prerrogativa, el Gobierno nacional profirió el Decreto

³ «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».



ley 1790 de 2000⁴, mediante el cual modificó algunas normas del régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y, en lo pertinente al tema, dispuso:

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. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. 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:
[...]

3. Por llamamiento a calificar servicios
[...]

Artículo 103. Retiro por llamamiento a calificar servicios. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto.

Nótese, en aplicación de los criterios de interpretación legal señalados en la Ley 57 de 1887⁵, que la precitada normativa no impone a la Administración el

⁴ «Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares».

⁵ En especial la interpretación gramatical («Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu») y del significado de las palabras («Las palabras de la ley se



deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su trámite está reglado y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en aras de procurar el mejor servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de las fuerzas militares por lo limitado de sus cupos y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos⁶.

En efecto, esta Corporación, en sentencia de 20 de marzo de 2013⁷, explicó:

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

entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal»), previstas en los artículos 27 y 28.

⁶ En similar sentido discurrió esta sección en sentencias de 29 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-000-2000-00032-01(03132-05), C. P. Tarsicio Cáceres Toro; 5 de julio de 2007, expediente 25000-23-25-000-2000-08973-01 (9020-05), C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado; 1º de marzo de 2012, expediente 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 21 de noviembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-01375-01 (0197-13), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (e); 11 de agosto de 2015, expediente 11001-03-15-000-2013-01431-00 (AC), C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (e); 4 de mayo de 2017, expediente 25000-23-42-000-2013-00111-01 (0318-14), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter; entre otras.

⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).



que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Por lo tanto, esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante⁸, por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, ya que se presume expedido con la finalidad de mejorar el 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»⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU- 091 de 25 de febrero de 2016¹⁰, precisó su jurisprudencia acerca de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la Administración dispone el retiro de servidores de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, así:

[...] al aplicarse el *llamamiento a calificar servicios* como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, expediente 11001-03-15-000-2016-00387-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁹ Sección segunda, sentencia de 8 de abril de 2010, C. P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 25000-23-25-000-1999-06200-01 (0505-04).

¹⁰ Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

3.10.2 De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia¹¹ en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el *llamamiento a calificar servicios* pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten [¹²] (se destaca)

En este orden de ideas, actualmente, coincide el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional con el de esta Corporación, en el sentido de que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios se presumen expedidos en aras del mejoramiento del servicio oficial, por lo que no es necesaria su motivación expresa, toda vez que dicho llamamiento comporta

¹¹ Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T- 317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Criterio reiterado por ese mismo cuerpo colegiado, a través de fallo SU-217 de 28 de abril de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado: «[...] la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial».



una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, sin que esto implique una potestad arbitraria que esconda otras razones de fondo diferentes a los requisitos legales para su configuración, pues en caso de que ello ocurra el afectado tendrá la posibilidad de demandar a través de la acción (hoy medio de control) de nulidad y restablecimiento del derecho, eso sí con la carga probatoria tendiente a desvirtuar la aludida presunción de legalidad.

Dicho en otras palabras, en lo que atañe al llamamiento a calificar servicios, si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse el principio de proporcionalidad, tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual está precedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Según historia laboral del demandante (ff. 3 a 8), prestó sus servicios al Ejército Nacional, en calidad de oficial desde el 1º de febrero de 1986 hasta el 30 de noviembre de 2001 y su último grado fue el de capitán.

b) Mediante acta 12 de 3 de noviembre de 2000, la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional no aprobó el ascenso del actor, por concepto no favorable (ff. 186 a 189).

c) En acta 158 de 30 de octubre de 2001 de reunión del comité de evaluación de oficiales del grado de capitán, se evaluaron las condiciones profesionales del accionante para determinar su ascenso al siguiente grado en el mes de diciembre de 2001, entre otros oficiales, respecto de quien se recomendó no ascender, por «*Falta de control y manejo en procesos administrativos, Indagación Preliminar disciplinaria por declaraciones de cuadros y soldados sobre el incumplimiento de normas operacionales*» (ff. 179 a 181).

d) De conformidad con la agenda de reunión de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, se consideró el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios del accionante, entre otros oficiales (ff. 27 y 28).



e) De acuerdo con acta 10 de 2 de noviembre de 2001, la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional aprobó por unanimidad el retiro de varios oficiales por llamamiento a calificar servicios, entre otros el del actor, en virtud de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000 (ff. 103 a 106).

f) Por medio de Resolución 1724 de 28 de noviembre de 2001, el Ministerio de Defensa Nacional decidió retirar por llamamiento a calificar servicios, entre otros oficiales, al demandante (f. 107).

g) Conforme a oficio 243085 del subdirector de personal del Ejército Nacional, «[...] *los antecedentes de estudio de ascenso de oficiales superiores y subalternos lapso 1995-2001 se incineraron de acuerdo a Acta No. 26 folio 186 de fecha 7 de enero de 2005*» (ff. 113 y 114).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el actor (i) prestó sus servicios como oficial del Ejército Nacional durante más de 15 años y su último grado fue el de capitán; (ii) con actas 12 de 3 de noviembre de 2000 de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional y 158 de 30 de octubre de 2001 del comité de evaluación de oficiales del grado de capitán, no se aprobó su ascenso del actor; en la última de aquellas, se indicó como motivo la «*Falta de control y manejo en procesos administrativos, Indagación Preliminar disciplinaria por declaraciones de cuadros y soldados sobre el incumplimiento de normas operacionales*»; (iii) mediante acta 10 de 2 de noviembre de 2001, la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional decidió por unanimidad recomendar su retiro por llamamiento a calificar servicios, conforme a los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000; y (iv) con Resolución 1724 de 28 de noviembre de 2001, el Ministerio de Defensa Nacional lo desvinculó de acuerdo con el anterior concepto.

Como se dejó anotado en el acápite precedente, los artículos 99, 100 y 103 del Decreto ley 1790 de 2000 facultan a la Administración para retirar por llamamiento a calificar servicios a aquellos oficiales que hubiesen cumplido 15 años o más de servicios, previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las fuerzas militares; potestad que comporta carácter discrecional y en tal medida no es dable la motivación expresa del respectivo acto administrativo como tampoco la posibilidad de darle a conocer al interesado los fundamentos o soportes de la recomendación de la aludida junta, puesto que constituye una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, precedida por razones de



conveniencia institucional.

Por lo tanto, en principio, la Resolución 1724 de 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se dispuso el retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios colma las condiciones previstas en el mencionado Decreto ley 1790 de 2000, ya que contaba con más de 15 años de servicios a la institución castrense, por lo que conforme al artículo 163¹³ del Decreto 1211 de 1990 tenía el derecho a la asignación de retiro, una vez cumpliera los tres meses de alta, equivalente al «[...] *al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, 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*».

Asimismo, la mentada Resolución tuvo como fundamento el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, plasmado en acta 10 de 2 de noviembre de 2001, en el que se determinó recomendar la desvinculación del demandante por llamamiento a calificar servicios, en los términos del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000.

Ahora bien, comoquiera que la potestad de retirar del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa, lo cierto es que no es dable que esta sea utilizada de manera arbitraria como un medio de persecución laboral o de abuso de poder, por lo que si el accionante estima que aquella tuvo un fundamento contrario a la Constitución y la ley, le corresponde la carga probatoria de demostrar que su retiro estuvo precedido por una arbitrariedad.

En el asunto *sub examine* el actor alega que la decisión de su desvinculación tuvo como motivo la baja calificación que obtuvo durante el período comprendido entre los años 1997 y 1998, pese a que cumple «[...] *la aptitud cognoscitiva, académica y mental para permanecer en el servicio activo de la institución, esto según se extracta de su folio de vida arrojado al proceso, los*

¹³ «Artículo 163. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sico-física, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5)* días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia 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 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, 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».



reconocimientos otorgados e incluso de las recomendaciones de sus superiores».

No obstante, cabe precisar que si bien es cierto que se encuentran demostrados los aludidos reconocimientos y recomendaciones, también lo es que esta situación por sí sola no desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, toda vez que el buen desempeño y la idoneidad en el ejercicio de un empleo público se exige de cualquier servidor estatal y el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción¹⁴, sino un instrumento para relevar los mandos dentro de la institución castrense, por ello se usa en la medida en que el personal oficial tenga los requisitos colmados para acceder a una asignación de retiro.

En lo que atañe a la baja calificación que aduce el demandante entre 1997 y 1998 que, en su sentir, condujo a la decisión de retiro, es menester anotar que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la recomendación de no ascenso al grado de mayor, según acta 158 de 30 de octubre de 2001 del comité de evaluación de oficiales, tuvo como motivo la «*Falta de control y manejo en procesos administrativos, Indagación Preliminar disciplinaria por declaraciones de cuadros y soldados sobre el incumplimiento de normas operacionales*», hecho que no controvertió el accionante dentro de este proceso, pues se limitó a demostrar sus reconocimientos laborales, y si bien resulta concomitante al acta 10 de 2 de noviembre de 2001, en la que la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional aprobó por unanimidad su retiro por llamamiento a calificar servicios, no se observa que la arbitrariedad haya sido el fundamento de ese concepto, máxime cuando, se insiste, no aportó prueba que dé cuenta de que la citada acta 158 carezca de veracidad.

Por lo expuesto, dado que el actor no demostró una finalidad contraria a la Constitución y la ley de la facultad discrecional de retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios, la presunción de legalidad del acto administrativo demandado continúa incólume.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la

¹⁴ En similar sentido se pronunció esta subsección, en sentencia de 1° de diciembre de 2016, C. P. César Palomino Cortés, expediente 41001-23-31-000-2003-00401-01 (1129-2014).



demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia de veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección E en descongestión), que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Mario Alberto Sotomayor Uribe contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, conforme a la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Impedido
CÉSAR PALOMINO CORTÉS