



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000 2342 000 2015 03530 01 (1716-2017)
Demandante: JUAN RICARDO SILVA SARMIENTO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Temas: Retiro del servicio – Llamamiento a calificar servicio

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / LEY 1437 DE 2011

ASUNTO



La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de julio de 2016, proferida por la Sección Segunda – subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

El señor JUAN RICARDO SILVA SARMIENTO, a través de apoderado, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹ Fs. 60 a 78 del expediente



Administrativo contra la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

La declaración de nulidad **de la Resolución No 3002 de 11 de abril de 2014**, por medio de la cual fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares – Ejército Nacional.

A título de restablecimiento del derecho solicitó (i) el reintegro al servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en el mismo grado que tenía al momento de su retiro, esto es, como teniente coronel, o al grado superior de coronel (ii) el pago de los sueldos y las prestaciones sociales dejados de devengar desde el momento de su desvinculación y (iii) el reconocimiento de perjuicios morales afrontados por él y su familia.

1.2. Fundamentos fácticos

El actor relató que ingresó a la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdoba en la ciudad de Bogotá y la carrera militar por más de 47 años, lapso en el que obtuvo varios reconocimientos y felicitaciones. Fue director del Centro de Reclusión Militar de Tolomaida, mediante Resolución No 000693 del 11 de abril de 2012.

Afirmó que, luego de haber dejado el cargo como director del Centro de Reclusión Militar de Tolomaida, no fue ascendido, pese haber cumplido con los requisitos exigidos para ello. Mediante Resolución No 3002 de 11 de abril de 2014 fue retirado de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios.



1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación.

El accionante invocó como normas violadas las siguientes.

De orden Constitucional: Artículo 29. **De orden Legal:** Artículos 38 de Ley 1709 de 2004 y 99 del Decreto 1790 de 2000.



Primer cargo. Expedición irregular del acto, por violación de los derechos al debido proceso y al trabajo, y falsa motivación.

El actor adujo que fue retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, sin una causa justificable, con lo cual se desconocieron sus derechos y los preceptos que regulan la función pública, máxime cuando se encontraba demostrado su excelente desempeño.

Segundo cargo. Desviación de poder. Preciso que su retiro fue arbitrario, pues no se consideró su conducta y profesionalismo en el ejercicio del cargo, sino una nota de prensa que daba cuenta de un hecho ocurrido en el Centro de Reclusión de Tolemaida.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional² se opuso a las pretensiones formuladas por el demandante con sustento en las siguientes razones de defensa:



Que el teniente coronel ® Juan Ricardo Silva Sarmiento fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, por llamamiento a calificar servicios, mediante Resolución No 3002 del 11 de abril de 2014. La medida implica una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en servicio activo, no comporta una sanción o exclusión deshonrosa.

Enfatizó que el llamamiento a calificar servicio es un instrumento de la administración pública para revelar jerárquicamente a los uniformados en el evento de requerirse.

² Folio 113 a 119.



3. AUDIENCIA INICIAL

El 29 de abril de 2016, la Sección Segunda Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca celebró audiencia inicial³ en la que (i) encontró saneado el proceso, (ii) evidenció que no había excepciones previas pendientes por resolver y (iii) fijó el litigio, en los siguientes términos:

«(...) si el acto en virtud del cual se retiró del servicio al actor como Oficial del Ejército Nacional, es decir, la Resolución 3002 del 11 de abril de 2014, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico o si, por el contrario, tiene derecho el actor a ser reintegrado y a que se le paguen salarios y prestaciones dejados a percibir, así como los perjuicios causados y a que dice tener derecho.»

De igual forma, decretó las pruebas solicitadas y corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

La Sección Segunda Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por falo del 28 de julio de 2016, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo que sigue:

Estableció que el acto administrativo demandado se expidió conforme a la ley y al procedimiento fijado en esta, pues se contó con la previa emisión de un concepto del Comité Evaluador.

Que el rendimiento académico y la excelente hoja de vida no son elementos determinantes para la permanencia de un uniformado en el servicio activo, sino que se deben valorar otros factores, naturalmente relacionados con la actividad militar, como la naturaleza piramidal del Ejército Nacional.

³ Folios 171 a 177

⁴ Fs. 292 a 304 del expediente





Respecto de lo último, puntualizó que no todos los buenos oficiales pueden llegar al mando, toda vez que ello desdibujaría y haría imposible el ejercicio de la autoridad.

Agregó que del extracto de la hoja de vida del actor se evidencia que entre el cargo como director del Centro de Reclusión Militar de Tolomaida (2013) y la recomendación de no ascenderlo y retirarlo (2014), transcurrieron 11 meses, hecho que denota que no existió un nexo causal entre su desvinculación y lo acaecido en el aludido penal.

Por último, condenó en costas al demandante.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La **parte actora** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que se accedan a las pretensiones de la demanda. Para ello argumentó que el acto administrativo de retiro está viciado de nulidad por cuanto estuvo motivado por un escándalo periodístico.



Arguyó que el llamamiento a calificar servicios no persiguió el mejoramiento del servicio, sino que estuvo motivado por móviles derivados de una nota periodística que perjudicó a la institución y a él.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. La parte demandante⁶: Insistió en las premisas desplegadas en el recurso de apelación.

⁵ Fs. 249

⁶ Fs. 270



6.2. La **entidad demandada**, guardo silencio en esta etapa procesal, de acuerdo al informe secretarial obrante a folio 274.

6.3 El Ministerio Público. No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Subsección para decidir dentro del proceso del epígrafe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA⁷. Asimismo, conforme con lo dispuesto en el artículo 328⁸ del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:



⁷ CPACA, art. 150: «Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]».

⁸ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. // Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



- ¿El acto de retiro del servicio del señor Juan Ricardo Silva Sarmiento por llamamiento a calificar servicios, se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales fijadas para este tipo de decisiones dentro de las Fuerzas Militares o, por el contrario, la entidad demandada incurrió en la desviación de poder o falsa motivación que alega el antes nombrado?

Para resolver el anterior interrogante, la Sala se referirá (i) al retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, (ii) a la falsa motivación, (iii) al desvío de poder y (iv) al caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. 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. [...]».



Por su parte, el artículo 100 *ibidem* señaló las causales de retiro en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

- a) Retiro temporal con pase a la reserva:
 1. Por solicitud propia.
 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General 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; [...]». (Subrayas fuera de texto).



Y el artículo 103, sobre el retiro discrecional preceptuó:

«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.**» (Negrita 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 Defensa.

3.2. Del llamamiento a calificar servicios.

En relación con el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, ha dicho esta Corporación⁹ 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 de estos 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.

Por su parte el Consejo de Estado¹⁰ 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.



De otra parte, frente a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, el Consejo de Estado¹¹ ha considerado:

⁹ Sentencia de 17 de noviembre de 2011. Sección Segunda – Subsección «B» C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: Mario Alberto Cañas Ortega. Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Radicado: 760012331000200501375 01 (0197-2013).

¹¹ Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01936-01.



«[...] 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.**

[...]

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. [...]

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.



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 empleo¹².

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

¹² En este sentido se pueden consultar la providencia del 19 de enero de 2017. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).



oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro¹³.

Finalmente es menester recordar algunas pautas que frente a esta forma de retiro del servicio ha establecido la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁴ como son las siguientes: (i) el llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional, que permite el relevo en la línea jerárquica de los cuerpos armados;(ii) el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la Policía Nacional, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad; (iii) este tipo de retiro responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro¹⁵ y (iv) el ejercicio de esa potestad discrecional no precisa de motivación, esto es, no es necesario que la autoridad nominadora manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio¹⁶ por lo que le corresponde al interesado desvirtuar la legalidad del acto de retiro¹⁷.



3.3. De la falsa motivación

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).

¹⁴ Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20), radicación 050012331000200103004; Sección Segunda (2009, mayo 21) radicación 8380-05; Sección Segunda (2005, marzo 10) radicación 2500023250000143501 (6207-03); Sección Segunda, sentencia del 26 de marzo (2009) radicación 25000232500020040525601; Sección Segunda, (2004, abril 1), radicación 68001-23-1500019971267301 (5985-02); Sala Plena de lo Contencioso, sentencia del 15 de junio de 2004, radicación S-567.

¹⁵ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20) radicación número 050012331000200103004, demandante: Víctor Hugo Pinzón Rojas.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda (2009, mayo 21) radicación 8380-05; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (2004, abril 1), radicación 68001-23-1500019971267301 (5985-02); Consejo de Estado, Sala Plena (2004, junio 15), radicación S-567.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda (2005, marzo 10) radicación 2500023250000143501 (6207-03).



Sobre la causal de nulidad de falsa motivación, esta Corporación¹⁸ en sentencia de 23 de junio de 2011, estableció que, se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto, por cuanto «[...] cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo».

Igualmente, el Consejo de Estado¹⁹ ha señalado que la falsa motivación corresponde a un vicio que afecta el elemento causal del acto, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo. En este sentido, se genera cuando las razones expuestas por la Administración, para tomar la decisión, son contrarias a la realidad. Así, la jurisprudencia ha sostenido que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia 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 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) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión



3.4. De la desviación de poder.

¹⁸ Sentencia 16090 del 23 de junio de 2011, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014).Exp. 63001-23-31-000-2000- 01156-01(27776), con ponencia del consejero dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia²⁰ 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.

Así mismo, ha advertido la Sala, que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.



4. Análisis del caso concreto.

4.1. Hechos demostrados.

(i) De la vinculación laboral del demandante: Del extracto de hoja de vida²¹ del señor Juan Ricardo Silva Sarmiento se evidencia que se (a) vinculó a la Escuela Militar desde el 2 de marzo de 1988, como cadete, (b) tuvo varios ascensos, entre ellos, el de teniente

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

²¹ Folios 16 y ss



coronel, que data del 2 de diciembre de 2008, (c) fue sujeto de felicitaciones, condecoraciones y evaluaciones sobresalientes y d) accedió a su último cargo como director del Centro de Educación Militar, el 11 de abril de 2013.

(ii) Comité de Evaluación: Acta No 1234 de 20 de septiembre de 2013: Se trata de la evaluación final llevada a cabo en el mes de diciembre de 2013, en el que se recomienda no ascender al demandante al grado de coronel del Ejército Nacional (fls. 143 y ss). En uno de los acápites del acta se precisó lo siguiente:

«se encontraron consideraciones que determinan que el desempeño, no llena las expectativas establecidas por el Comando de la Fuerza, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones de los cargos desempeñados por el personal militar, en el grado de Coronel, teniendo en cuenta los registros que se encontraron en el folio de vida, los cuales fueron notificados en debida forma y eran susceptibles de recursos de acuerdo con la normatividad vigente»



(iii) Peticiones: El actor elevó peticiones los días 16 de octubre y 12 de diciembre de 2013, dirigidas al comandante del Ejército Nacional, en las cuales se solicitó se reconsiderara su no ascenso al grado de coronel y se explicaran las razones que fundaron la medida (fls 26 al 44). Solicitudes que fueron resueltas de forma desfavorable, a través de los oficios Nos 20135530700103 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-ASC de 30 de octubre de 2013 y 20145620298021 MDCGFM-EJEC-JEDEHH-DIPER-OF de 26 de marzo de 2014. (fls 130 al 142)

(iv) Acta No 9 del 20 de septiembre de 2013 suscrita por el Ejército Nacional – Ministerio de Defensa en sección ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa nacional para las Fuerzas Militares. En la que, en lo relevante, indicó: (fls 154 a 164).



«La honorable Junta del Ministerio 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 oficiales que se relacionan anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y artículo 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto-ley 1790 del 2000, por unanimidad recomienda el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicio de los oficiales citados anteriormente.»

(v) Copias de informaciones de prensa: Copias de informaciones de prensa de diversos medios de comunicación, sobre “actos de indisciplina” e irregularidades presentadas al interior del Centro de Reclusión Militar de Tolemaida. (fls 45 al 59).

(vi) Acto de retiro del demandante: Mediante Resolución No 3002 de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, ordenó retirar del servicio “por llamamiento a calificar servicios”, a varios oficiales, entre ellos, al demandante.



En el acto se fundó en varios argumentos, entre ellos, el siguiente:

«(...)

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que a la fecha de la entrada en vigencia del citado Decreto, sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio por llamamiento a calificar servicios tendrán derecho, a partir de la fecha en que terminan los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las fuerzas Militares, se les pague una asignación de retiro”.

(...)

Que si bien es cierto, los señores Oficiales que se relacionan en el presente acto administrativo, tuvieron condiciones y capacidades profesionales y militares que les permitieron



alcanzar el grado actual, estas conforme a la evaluación realizada por el Comité de Evaluación correspondiente, no permiten sostener la continuidad de los señores Oficiales en la Institución Castrense, aspecto que sustenta el mejoramiento continuo del servicio conforme a la Constitución y la Ley.»

4.2. Análisis sustancial

Del anterior contexto probatorio, normativo y jurisprudencial la Sala observa que la motivación exigible para el llamamiento a calificar servicios se consolida por el cumplimiento de los requisitos referentes a tener un tiempo mínimo de servicios para ser acreedor de la asignación de retiro, lo cual se encuentra acreditado en el expediente, pues según se desprende de su hoja de vida, el demandante estuvo vinculado a las Fuerzas Militares durante más de 20 años y conforme al artículo 14 del Decreto 4433 de 2004²², se exigen 18 años, por esta causal. Así mismo, se pone de presente que el retiro como miembro del Ejército Nacional en el grado de teniente coronel contó con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.



Ahora bien, la Sala al revisar las consideraciones de la Resolución 3002 del 11 de abril de 2014 encontró que el Ministerio de Defensa Nacional dispuso el retiro del servicio del señor Juan Ricardo Silva Sarmiento por llamamiento a calificar servicios con fundamento en que i) se trataba de una facultad consagrada en el Decreto 1790 de 2000; ii) el mencionado oficial contaba con el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de la asignación de retiro y iii) la estructura piramidal del Ejército Nacional obligaba al cambio generacional.

²² «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».



Igualmente, se observa que el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares se fundó en que: «[...] se encontraron consideraciones que determinan que el desempeño, no llena las expectativas establecidas por el Comando de la Fuerza, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones de los cargos desempeñados por el personal militar, en el grado de Coronel, teniendo en cuenta los registros que se encontraron en el folio de vida, los cuales fueron notificados en debida forma y eran susceptibles de recursos de acuerdo con la normatividad vigente. [...]».

En ese sentido, la Sala pone de presente que de acuerdo al concepto previo el Comité Evaluador se determinó que dada la rotación normal de toda institución y en pro del cumplimiento de la misión constitucional y legal, la fuerza estudió las hojas de vida de los oficiales, en el que se llegó a la conclusión en el caso particular aplicar el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, que es la figura del «llamamiento a calificar servicios», el cual opera al «[...] haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro²³ [...]», conforme lo señaló la Corte Constitucional²⁴. (se ajusta)



Bajo esa línea argumentativa, el llamamiento a calificar servicios constituye una garantía para el miembro de la Fuerza Pública que es desvinculado, para disfrutar de su asignación de retiro, así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y

²³ 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).

²⁴ SU-091 de 2016.



recreación²⁵. En efecto, del acto administrativo demandado se observa que, se invocaron las razones emitidas por la Junta Asesora para el retiro del servicio del actor y se atendió la normativa aplicable, esto es, garantizar el relevo del personal uniformado y el derecho a la asignación de retiro.

Ahora bien, el demandante aduce que su retiro del servicio obedeció a los «*informes de prensa y a lo expuestos a través de los medios de comunicación*» de las situaciones presentadas en el Centro de Reclusión de Tolemaida, cuando esté ocupaba el cargo de director; sin embargo, dichas premisas no tienen respaldo probatorio, pues es el actor 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, que en el asunto *sub examine*, no se probó.

En ese contexto se advierte, que respecto al valor probatorio que podía o no tener las informaciones de prensa, esta Corporación ha precisado, lo siguiente:



«Los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba, no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C). Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que

²⁵ *Ibidem*.



puedan ser apreciada²⁶»

Así las cosas, para la Sala, no obran pruebas que permitan advertir que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia o que la intención del retiro fue ajena al relevo jerárquico del mando, pues si bien se observa, el demandante fue merecedor de felicitaciones, condecoraciones, evaluaciones de desempeño militar sobresalientes y reconocimientos, ello no le brinda un fuero de estabilidad adicional, que impida ser retirado por la causal en mención, pues hacen parte y se entiende como connatural al ejercicio de la labor militar. En tal medida y por virtud de dicha prerrogativa, la institución militar puede ascender a unos miembros de la fuerza y retirar a otros, por razones de necesidad y de conveniencia. Ello debido a que no le es posible ascender a todos los que se encuentren en condiciones de pasar al siguiente grado, en tanto que la estructura de la entidad le impone límites, como el número de cargos²⁷.



En orden a lo expuesto, la Sala concluye que el actor no logró demostrar los vicios de desviación de poder y falsa motivación, en la medida en que las pruebas no permiten develar que con la expedición del acto de retiro se haya buscado una finalidad distinta a la que autoriza la normativa, esto es, el relevo generacional, a partir de la naturaleza jerarquizada de la institución, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.

Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 28 de julio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado, proferida el 18 de enero de 2012. Rad. 1995-11029

²⁷ Al respecto consultar la sentencia de esta Sección fechada 9 de julio de 2020. Radicado: 25000-23-42-000-2013-01241-01(2334-17).



Sección Segunda, Subsección D, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación de la parte demandante.

5. De la condena en costas

En lo que se refiere a las costas, esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁸, concluyó que en vigencia del CPACA la legislación avanzó de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

En el presente caso, no hay lugar a imponer condena en costas al demandante, toda vez que si bien resultó vencido en el *sub lite*, pues no prosperaron los argumentos del recurso de alzada, el Ejército Nacional no presentó alegatos de conclusión en esta instancia, según constancia secretarial visible a folio 274 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.



FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D el 28 de julio de 2016, que negó las pretensiones, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Juan Ricardo Silva Sarmiento contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

²⁸ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.



Radicado: 250000 2342 0000 2015 03530 01
Número interno: 1716-2017
Demandante: Juan Ricardo Silva

SEGUNDO. Sin condena en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán por el a quo.

TERCERO: Efectúense las anotaciones correspondientes en el sistema de gestión judicial SAMAI y una vez en firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>