



13-001-23-33-000-2015-00025-00

Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2015-00025-00
Demandante	JOSÉ FRANCISCO ARISMENDY PINTO
Demandado	NACIÓN MIN DEFENSA / ARMADA NACIONAL
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	ASCENSOS / FACULTAD DISCRECIONAL

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse de fondo sobre la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por el ciudadano FRANCISCO ARISMENDY PINTO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL.

I.- ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Se invocan las siguientes:

"Que se declare la nulidad del Acto administrativo número 2014-0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU de fecha 4 de diciembre de 2014, que negó el ascenso del JEFE TECNICO de la ARMADA NACIONAL JOSÉ FRANCISCO ARISMENDY PINTO a JEFE TECNICO DE COMANDO de la ARMADA NACIONAL y la estricta aplicación del Decreto 2337 de 1971 ARTICULO 50 y DECRETO 1790 DE 2000 articulo 54. REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE SUBOFICIALES."

Que como consecuencia de lo anterior, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, JUAN CARLOS PINZON – ARMADA NACIONAL – JUNTA CALIFICADORA. Se ascienda al JEFE TÉCNICO de la ARMADA NACIONAL JOSÉ FRANCISCO ARISMENDY PINTO a JEFE TECNICO DE COMANDO DE LA ARMADA NACIONAL."

1.2. HECHOS

Cuenta el actor en síntesis los siguientes:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13-001-23-33-000-2015-00025-00

- Perteneció al MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL desde el 10 de febrero de 1986 hasta el 5 de abril del 2012, siendo orgánico de la Fuerza Naval del Caribe.
- Ingresó al escalafón de Suboficiales de la Armada el 1 de noviembre de 1986 como marinero (ascenso).
- Ingreso al escalafón de Suboficiales de la Armada el 1 de marzo de 1990 como Suboficial Tercero (2º ascenso).
- Ingresó al escalafón de Suboficiales de la Armada el 1º de marzo de 1994 como Suboficial Segundo (3º ascenso).
- Ingresó al escalafón de Suboficiales de la Armada el 2 de marzo de 1999 como Suboficial Primero (4º ascenso).
- Ingresó al escalafón de Suboficiales de la Armada el 3 de marzo del 2004 como Suboficial Jefe (5º ascenso).
- Ingresó al escalafón de Suboficiales de la Armada el 4 de marzo del 2009 como Suboficial Jefe Tecnico (6º ascenso).
- Por cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1790 de 2000, artículo 54, fue seleccionado para realizar el curso de Jefe Tecnico de Comando.
- Aprobó de manera satisfactoria todos los cursos para ascender al grado de Jefe Tecnico de Comando o Sargento Mayor de Comando.
- Su labor en la institución fue sobresaliente y destacada.
- La demandada a través de la Junta Calificadora y en discordancia con el Decreto 2337 de 1971 y el Decreto 1790 del 2000 decidió llamarlo a calificar sin tener en cuenta el derecho adquirido del ascenso al grado de Sargento Mayor de Comando o Jefe Tecnico de Comando.
- Sus compañeros (MARENCO ESPAÑA CARLOS y ARROYO LECHUGA WILLIAM) quienes terminaron el curso de liderazgo con la misma efectividad fueron ascendidos.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017





13-001-23-33-000-2015-00025-00

Arguye el actor que se infringieron los artículos 13 y 29 de la Constitución Política y el Decreto 2337 de 1971 en su artículo 5, así como el Decreto 1790 del 2000 en su artículo 54.

Sustenta que al disponer la escogencia del ascenso del actor con un criterio potestativo y libre de la Junta Clasificadora, lo pone en abierta desventaja frente al resto de miembros de la Fuerza Pública respecto de los cuales dicha elección no es de libre albedrío. Por esto argumento que el acto se adoptó en abierta discriminación.

Asegura que no se respetaron los derechos adquiridos y por ende resulta violatorio del principio de igualdad.

Que es clara la violación al debido proceso porque se trató de una decisión unilateral del Comando de la Armada quien decidió sin motivación alguna y solamente enunciando un listado de artículos y normas sobre las que apoya, lo que la jurisprudencia ha venido afianzando como falsa motivación, muy a pesar de que cumplía los requisitos para ascender.

Que en el proceso de selección existió una definitiva tendencia de potestad reglada que condicionó la decisión final de ascensos y no garantizó que la promoción se hiciera acorde a la ley respecto de los más calificados.

Que si se agotó el proceso de calificación como aspirante se debió permitir concluir también con la escogencia de los más calificados.

Precisa que según el principio vertido en el artículo 125 de la Carta Política, es evidente que no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de JEFE TECNICO DE COMANDO, pues el Comando de la Fuerza está obligado a escoger a aquello que satisfagan los méritos superiores y expectativas que el perfil exige.

Que la facultad de escogencia se opone a la facultad de selección objetiva de los candidatos más capacitados para ascender al grado superior, pues se supone que las condiciones de ascenso, verificadas y verificables objetivamente, pueden ser obviadas por quien tiene la función de promover a los aspirantes, pero además la obligación de reconocer y premiar el mérito de los mejores calificados.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

2. CONTESTACIÓN.

En escrito prestando oportunamente, la entidad demandada se opuso a las suplicas de la demanda.

Al respecto sostuvo que la normatividad a aplicar no puede ser otra que la prevista en el artículo 54 del Decreto 1790 del 2000 sobre los requisitos mínimos para ale ascenso.

En ese orden, expuso de conformidad con dicha normativa se evidencia claramente y sin lugar a interpretaciones de ninguna naturaleza, que para todos los ascensos que se pretendan hacer, se deberán cumplir unos requisitos generales y se deja a discrecionalidad de la respectiva fuerza la escogencia de las personas.

En ese sentido debe observarse el contenido del parágrafo 2 de dicho artículo en el sentido de que determina que la respectiva fuerza escogerá entre sus suboficiales técnicos a quien ascenderá.

Apoya la tesis conforme a lo contemplado en la sentencia C – 819 de 2005, de la Honorable Corte Constitucional.

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Representante del Ministerio Público recomendó la denegación de las suplicas de la demanda, pues, a su juicio, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto cuestionado, "toda vez que la potestad de ascender grados en las Fuerza Militares corresponde al ejecutivo quien debe ejercerla de forma discrecional de acuerdo con la ley y la jurisprudencia".

II.- CONTROL DE LEGALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

III.- CONSIDERACIONES.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

3.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 2 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia, por ser un asunto de carácter laboral que no proviene de un contrato de trabajo y cuya cuantía excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.2. Problema jurídico.

El argumento basilar del asunto estriba en la facultad de la administración de escoger el personal para ascenso dentro de la fuerza.

En razón a ello se contraerá el debate a determinar si le asiste el derecho de ascenso al actor a la luz del decreto 1790 del 2000.

3.3. Tesis

La Sala dará argumentos para negar las súplicas de la demanda por cuanto no acreditó el actor encontrarse dentro del supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue (artículo 54 del decreto 1790 del 2000, modificado por el artículo 12 de la ley 1104 del 2006).

3.4. Marco normativo y jurisprudencial.

El artículo 217 de nuestra Constitución determina que corresponde a la ley establecer lo atañadero a los reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los miembros de las Fuerzas Militares. Además prevé lo referente a su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario. Es decir que, las Fuerzas Militares tienen un régimen de carrera especial de origen constitucional.

El aludido artículo 217 Constitucional encuentra soporte en el Decreto 1790 del 2000 (norma sobre la que sustenta el actor por su supuesta violación lo cargos de nulidad), el cual estableció las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Dentro de los componentes del citado decreto se encuentra lo referido a los ascensos, así:





13-001-23-33-000-2015-00025-00

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

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

PARAGRAFO. El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

PARÁGRAFO 2. <Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad competente, serán ascendidos al Grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los Grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente."

Por su parte, el artículo 53 dispone que para poder ascender al grado superior, en lo que respecta a los oficiales, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

"Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.
- b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.
- c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
- d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

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

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

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

PARAGRAFO. El requisito de curso de que trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares."

En el caso de los suboficiales, los requisitos para el ascenso se establecieron en el artículo 54, disposición que fue modificada por el artículo 12 de la ley 1104 del 2006, que a su letra indica:

"Artículo 54. Requisitos mínimos para ascenso de Suboficiales. Los Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;

b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;

c) Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;

d) Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;

e) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de Evaluación y Clasificación.

PARÁGRAFO 1o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando Conjunto se **escogerá** entre los sargentos mayores de comando, Suboficiales jefes técnicos de comando, sargentos mayores de comando de la infantería de marina y técnicos jefes de comando de la Fuerza Aérea Colombiana, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, el cual se desempeñará en el Comando General de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO 2o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza **escogerá** entre los Sargentos Mayores, Suboficiales Jefes Técnicos, Sargentos Mayores de la Infantería de Marina y Técnicos Jefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

PARÁGRAFO 3o. Para ascender al grado de Sargento Mayor o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza **escogerá** entre los Sargentos Primeros, Suboficiales Jefes, Sargentos Primeros de la Infantería de Marina y Técnicos Subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, salvo lo relativo a los cursos o exámenes para ascenso.

PARÁGRAFO 4o. Para ascender al grado de Sargento Segundo de las Armas en el Ejército, sargento segundo en la Infantería de Marina y Técnico Segundo del Cuerpo Técnico de seguridad y defensas de bases aéreas en la Fuerza Aérea, el Suboficial deberá aprobar con anterioridad un curso para adquirir una especialidad de combate.

PARÁGRAFO 5o. El requisito de curso de que trata el literal b) en el caso del personal de Suboficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el Comandante de Fuerza respectivo."

Se subraya que es potestad del Comando de la Fuerza Pública, según el texto de la norma, escoger los Suboficiales para el ascenso.

Debe ponerse de presente que se ha transliterado la norma con la modificación que de ella hiciera la ley 1104 de 2006, la que entre otras cosas dispuso la reconfiguración del texto del otrora artículo 54, y respecto del cual, ya la Corte Constitucional a través de la sentencia C – 819 del 9 de agosto del 2005, en sede de control abstracto de constitucionalidad se había pronunciado, retirando del ordenamiento jurídico, específicamente del párrafo primero la expresión que daba lugar a que la escogencia del personal para ascensos por parte del Comando de la Fuerza se diera libremente.

No obstante y aun cuando la norma fue ajustada por el artículo 12 de la ley 1104 de 2006 (como se señaló ut supra), para el mejor entendimiento de la problemática y en todo caso, en aras de fijar el alcance interpretativo que ha de tenerse en cuenta (dado que la regla respecto a ascensos fue ajustada precisamente por la inexequibilidad declarada en su momento respecto a la **libertad** para escoger), debe extractarse la *ratio decidendi* comentada, pues de suyo resulta claro que la misma no tiene el alcance propuesto en la demanda, ni mucho menos considera que los aspirantes a ascenso al grado de Sargento Mayor o su equivalente, por cumplir con los requisitos objetivos adquieran *per se* el derecho. Lo que deber entenderse es que la facultad de escogencia se debe atemperar a unos criterios que involucran el mérito, pero en todo caso, dicha facultad (la de escogencia) pervive en el ordenamiento.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

En ese entendimiento se indicó:

"(...)

No todos los aspirantes que cumplan con los requisitos objetivos de ascenso pueden acceder al mismo.

Ahora bien, aunque de la descripción del proceso de selección, calificación y clasificación de los aspirantes al ascenso se desprende que los individuos que superan satisfactoriamente todos los escaños están jurídicamente calificados para recibir el grado de sargento mayor, esta Corte debe reconocer que no todos ellos tienen la posibilidad de recibir ese reconocimiento.

Existen razones de índole administrativa y presupuestaria que impiden que todos los aspirantes que aprobaron satisfactoriamente los requisitos para ser ascendidos lo hagan. En primer lugar, la estructura vertical y jerarquizada de la organización militar implica, como es lógico, la reducción ascendente del número de grados militares, lo cual trae como consecuencia la imposibilidad de ascenso de todos los aspirantes al mismo.

En la misma línea, la existencia de vacantes en la línea correspondiente determina el número de promociones al grado de que se habla, pues es probable que el número de aspirantes sea superior a las plazas disponibles según el decreto de planta respectivo.

Sobre este particular, es pertinente tener en cuenta que de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1790 de 2000, la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares será definida por el Gobierno Nacional, de acuerdo con un plan quinquenal diseñado sobre las necesidades del servicio, en el que se incluya el número de miembros por grado que requiera cada una de las fuerzas militares¹. En estas condiciones, es claro que el número de ascensos que corresponda a cada uno de los grados depende de la existencia de las vacantes en la planta de personal, según lo haya determinado el Gobierno Nacional en las condiciones previstas y de conformidad con el presupuesto que para el sostenimiento de dicha planta se haya incluido en la Ley Anual de Presupuesto. Por ello, entre las demás razones que han sido expuestas, no es factible admitir que todos los aspirantes a ascender al grado de Sargento Mayor, que cumplan con los requisitos objetivos de calificación, tengan el derecho al correspondiente ascenso, pues en este caso sería la cantidad de aspirantes la que definiría la planta de personal y no la resolución del Gobierno Nacional, como de manera clara lo estipula la norma.

Por lo anterior, son las razones del servicio las que determinan, finalmente, qué porcentaje de los aspirantes a recibir el grado de Sargento Mayor o equivalente pueden efectivamente recibirlo.

(...)"

¹ Decreto 1790 de 2000. ARTICULO 4.- DETERMINACION DE LA PLANTA. La planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional revisado anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza





13-001-23-33-000-2015-00025-00

Sobre las razones en concreto para declarar la inexecutable de la expresión "**libremente**" que hacia parte del parágrafo uno del antiguo artículo 54 del decreto 1790 del 2000, la Corte precisó:

"(...)

7. Facultad de escogencia de los aspirantes a ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes en las otras fuerzas. Inexecutable de la expresión "libremente".

Tendiendo en cuenta que no todos los aspirantes a la promoción militar pueden ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes, **esta Corporación reconoce que el Comando de la Fuerza es el encargado de seleccionar aquellos aspirantes que, luego de haber aprobado los requisitos objetivos exigidos por la legislación pertinente, pueden recibir el grado inmediatamente superior.**

Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional, vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, **el Comando de la Fuerza está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige.**

En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que **quien recibe -para el caso- el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado.**

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

No obstante, dicha elección debe hacerse sobre los más capaces, quienes presenten las mejores aptitudes para el servicio y quienes, a pesar de haber coincidido con los demás aspirantes en el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos para el ascenso, demuestren tener las mejores calidades personales y profesionales para el desempeño del grado.

Por esta razón, **como la elección final de los aspirantes que merecen recibir el ascenso al grado de Sargento Mayor o equivalente se funda en el mérito comprobado del candidato y en las condiciones objetivas que lo han puesto en condición de recibir tal reconocimiento, el Comando de la Fuerza no está facultado para escoger libremente a los militares que solicitan la promoción.**





13-001-23-33-000-2015-00025-00

En este sentido, acogiendo a las razones de la demanda, la Corte Constitucional encuentra que la expresión "libremente", contenida en la norma acusada, puede ser interpretada como la autorización para el ejercicio de una facultad subjetiva absoluta que le permite al Comando de la Fuerza escoger, haciendo abstracción de las condiciones objetivas de los aspirantes, a los candidatos que recibirán la promoción al grado militar superior, lo cual desconoce el principio del reconocimiento del mérito del aspirante, consignado expresamente en el artículo 125 de la Carta Constitucional.

La libertad de escogencia se opone a la facultad de selección objetiva de los candidatos más capacitados para ascender al grado superior, pues supone que las condiciones de ascenso, verificadas y verificables objetivamente, pueden ser obviadas por quien tiene la función de promover a los aspirantes, pero, además, la obligación de reconocer y premiar el mérito de los mejores calificados.

Así las cosas, esta Corporación considera que la facultad de escogencia de los aspirantes a ascender al grado de Sargento Mayor o equivalente en las diferentes fuerzas debe hacerse de acuerdo con criterios objetivos de selección y no puede dejarse a la mera libertad del Comando de la Fuerza pues, en estos casos, es el mérito del candidato, y no la simple voluntad del Comando, lo que debe condicionar la escogencia.

La Corte Constitucional declarará inexecutable la expresión "libremente" del párrafo del artículo demandado, por considerar que la misma introduce un elemento ajeno a la calificación del mérito del aspirante al ascenso militar y, por tanto, es contraria a lo prescrito en el artículo 125 de la Constitución Política.

Esta decisión transforma la redacción final del párrafo demandado, dejándolo del siguiente tenor: ""Para ascender al grado de Sargento Mayor o su equivalente, el respectivo comando de fuerza escogerá (...) entre los Sargentos Primeros, Suboficiales Jefes y Técnicos Subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente Decreto"

Se apartes subrayados develan que el criterio de escogencia debe atender el componente del mérito, alejado de la mera libertad y capricho.

Finalmente la Corte recapituló los criterios de escogencia de aspirantes al ascenso, así:

"(...)

8. Criterios para la escogencia de los aspirantes a ascenso

Atendiendo a la nueva redacción del párrafo demandado, consecuencia de la inexecutable declarada de la expresión "libremente", y dejando por sentado que el Comando de la Fuerza es la autoridad finalmente encargada de decidir los ascensos de los aspirantes al grado de Sargento Mayor, esta Corporación considera necesario precisar –de todos modos- cuáles son los extremos jurídicamente admisibles que deben respetarse en el proceso de escogencia de los aspirantes al ascenso al grado de Sargento Mayor o equivalente.





13-001-23-33-000-2015-00025-00

En primer lugar, la Corte entiende que en el proceso de escogencia de los candidatos deben entenderse **excluidos criterios de diferenciación expresamente proscritos por la Constitución**. No le está permitido al Comando de la Fuerza, por ejemplo, hacer exclusiones por razones **de raza, condición social, sexo o credo religioso**, en contravía expresa de lo dispuesto en el artículo 13 superior.

En segundo término, la Corporación considera que la preceptiva del artículo 125 constitucional debe observarse en su integridad, de modo que sean **las calidades personales y profesionales del aspirante las que determinen su promoción**. Por ello, debe estar prohibida cualquier tipo de práctica que tienda a minimizar la importancia del mérito e idoneidad militares por encima de consideraciones de otra índole.

En este contexto, la escogencia debe estar encaminada estrictamente a la **promoción de los mejores componentes de la fuerza, a la constitución óptima de la escala de sargentos mayores y al fomento de la excelencia militar**. El comando de la fuerza está obligado a ascender a aquellos aspirantes que, dentro del grupo de los calificados para serlo, demuestren las mejores condiciones para asumir la responsabilidad derivada de ese grado militar, condiciones que, en principio, según se explicó precedentemente, están relacionadas con lista de clasificación a que pertenece el aspirante."

Como es evidente, el Comando de la Fuerza no está obligado a escoger necesariamente a todos los que cumplan satisfactoriamente los requisitos objetivos para el ascenso porque esto, a toda luces resultaría imposible, luego ante la disyuntiva de tener que elegir, debe observar ciertos parámetros, entre los que se destacan verbigracia: la exclusión de criterios de diferenciación expresamente proscritos por la Constitución como la raza, condición social, sexo o credo religioso; el peso que deben tener a la hora de hacer la escogencia las calidades personales y profesionales del aspirante, pues deben ser ellas las que determinen su promoción; que los que sean promovidos sean los mejores componentes de la fuerza, etc.

3.5. Caso concreto.

De bulto se advierte que el actor, para la fecha de iniciación de la actuación administrativa que dio lugar al acto demandado (1 de diciembre del 2014) se encontraba retirado del servicio, es decir, no tenía la calidad de militar activo. Esto se corrobora a partir del texto del oficio visible a folio 52 del cuaderno principal, contentivo de la respuesta al derecho de petición con la cual se finiquitó la actuación administrativa iniciada por iniciativa del actor, además con la copia de la resolución No. 886 del 18 de noviembre del 2011, obrante a folio 118 del expediente, y con lo que a título de confesión manifestó el propio demandante en el primer hecho de la





13-001-23-33-000-2015-00025-00

demanda, esto último, dando cuenta de que perteneció a la Armada Nacional hasta el 5 de abril del 2012.

Lo anterior implica aceptar necesariamente que la respuesta dada por el Director de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional el 4 de diciembre del año 2014 (acto demandado) no pudo ir en otra dirección a la que efectivamente allí se expresa, cual es la de negar rotundamente la petición de ascenso, habida cuenta que el peticionario se encontraba en uso de buen retiro, lo cual, a no dudarlo, no lo ubica en el supuesto de hecho de la norma que pretende le sea aplicada (Decreto 1790 del 2000), luego la respuesta a la petición, dadas las circunstancias, no resiste mayores esfuerzos argumentativos y análisis, pues es suficiente manifestar la negativa, dada la condición del actor.

En ese orden de ideas no es posible aceptar los reproches que se la hacen al acto cuestionado, pues para entrar a su análisis es requisito *sine quanon* que el actor se encuentre en el supuesto de hecho consagrado en el artículo 54 del decreto 1790 del 2000, es decir, que se trate de un Suboficial activo, para poder así aplicar la consecuencia jurídica que dicha norma prescribe.

Deben negarse entonces las suplicas de la demanda.

3.6. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido avante en sus pretensiones y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandante al pago de las costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con





13-001-23-33-000-2015-00025-00

el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 850.290), que corresponden al cero punto uno por ciento (0.1%) de las pretensiones estimadas y negadas.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NIEGÁNSE las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 850.290), de conformidad con lo dispuesto en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

