



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SECRETARÍA

TRASLADO

DESPACHO DEL MG. DR. PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA

TREINTA (30) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)

No.	RADICACIÓN No	PROCESO	PARTES	FECHA DE FIJACIÓN	FECHA DE DESFIJACIÓN	TRASLADO
1.	86-001-33-31-001-2018-00256-01 (9895)	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Demandante Luis Emel Barrera Mendivelso Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional	31/mar /2022	04/abr /2022	NULIDAD

El presente TRASLADO se CORRE por el término de 3 días hábiles y se fija el día de hoy TREINTA (30) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) a partir de las 8 a.m., en la página web del Tribunal, término que de conformidad con el Art. 110 del C.G.P, empieza a correr el día TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022). Se **DESFIIJA** el CUATRO (4) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)¹.


OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

¹ Mediante Acuerdo CSJNAA22-0160 del 25 de febrero de 2022 el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño estableció el horario de 8 am a 12 m y de 1 pm a 5 pm para los Despachos Judiciales de los Distritos de Pasto y Mocoa

Doctor:

Vladimir Enrique Herrera Moreno

Juez Veintitrés (23) Administrativo del circuito de Mocoa.

Ciudad

Ref.: Radicación No. **86001-3331-001-2018-00256-00**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho del Teniente Coronel (RA) **Luis Emel Barrera Mendivelso vs. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.**

- Apelación fallo de primera instancia.

Obrando como apoderado de la parte demandante, muy respetuosamente manifiesto a Ud. que interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su Despacho, el **Treinta y Uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)**, a fin de que sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, el cual desde ya dejo sustentado como sigue:

Preámbulo:

I) Al demandante se le retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares- Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por "Llamamiento a Calificar Servicios", causal de retiro establecida en los artículos **100, literal a), numeral 3º, (modificado por el artículo 5 de la ley 1792 de 2016) y 103 (modificado por el Artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000** tal como aparece en el acto administrativo demandado¹

II) Se demandó entonces la nulidad de la **Resolución No. 0902 del 14 de febrero de 2018**, por medio de la cual se le desvinculó ilegalmente del servicio activo del Ejército Nacional.

III) El **A-quo** no efectuó la lectura serena del libelo introductorio de las normas que se expusieron como violadas en los cargos planteados y desarrollados, de las pruebas aportadas al proceso, como tampoco tuvo en cuenta los alegatos de conclusión, que se radicaron oportunamente el 17 de julio de 2020, a las 15:32 horas., remitiéndolos al correo electrónico j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.com que corresponde al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Mocoa-Putumayo.

1. Proposición de incidente de nulidad

1.1 H. Magistrados, permitanme con todo comedimiento proponer Incidente de Nulidad a partir del fallo proferido por el **A-quo** el **Treinta y Uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)**, en el que se profirió el fallo que se impugna tal como aparece en sentencia, con fundamento **Art. 133 de la Ley 1564/12** Código General del Proceso, por cuanto no se tuvo en cuenta para proferir el fallo que se impugna los alegatos de conclusión, no obstante haberlos radicado en tiempo, el 17 de julio de 2020 a las 11:27 a.m. remitiéndolos al correo j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.com con especificidad del asunto "**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**", el que sustento con las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico.

1.2 Los alegatos de conclusión se remitieron al correo j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.com, en tiempo, tal como aparece en la constancia que se adjunta, sin que el Despacho hubiera acusado recibo del memorial no obstante haberlo solicitado, ni mucho menos fue incorporado en la página de la rama correspondiente al Juzgado Primero Administrativo de Mocoa.

¹ Resolución No. **0902** del 14 de febrero de 2018

1.3 Aunado a lo anterior, la apoderada de la Entidad demandada, envió igualmente los alegatos de conclusión, y éstos si fueron tenidos en cuenta en el fallo que se impugna.

1.4 Con gran sorpresa, (a folio 5 del fallo que se impugna), bajo el título "**3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**", el **A-quo** en el acápite inicial insertó la siguiente constancia: "***La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.***", LO QUE ES TOTALMENTE FALSO, por cuanto como lo he venido demostrando en precedencia, los alegatos de conclusión se radicaron vía correo electrónico desde el 17 de julio de 2020 a las 15:32 horas, es decir, dentro del término legalmente establecido, ya que el auto en el que el Despacho corrió traslado para alegar de conclusión es del **9 de julio de 2020**, lo que indica que el termino vencía el **24 de julio de 2020** a las **17:00 horas**.

1.5 H. Magistrados, el Art. **207 de la Ley 1437/11 CPACA** preceptúa:

"...Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes..."

La anterior disposición que fue transcrita del **Art. 25 de la Ley 1285/09** reformatoria de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dispuso sanear los vicios del procedimiento cada vez que se agotan las etapas que lo constituyen. Este mandato, salvo mejor criterio, imponía al **A-quo**, **tener en cuenta los alegatos de las partes, y para ello debía verificar si habían sido radicados de manera oportuna en forma virtual**, lo que no ocurrió en este caso por cuanto el A-quo se limitó a dejar constancia en el fallo que la parte actora no había presentado los alegatos de conclusión, tal como aparece en la sentencia que se impugna, folio 5 acápite inicial, lo que muy seguramente hubiera cambiado **el sentido del fallo**.

1.6 La anterior omisión del **A-quo genera trámite inadecuado del proceso**, al transgredir el artículo **29 de la Constitución Política** y el **Art. 133 de la Ley 1564/12 Código General del Proceso**, veamos por qué:

El Art. **208 de la Ley 1437/11 CPACA** consagra las nulidades al siguiente tenor literal:

"...Nulidades. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente..."

La anterior disposición igualmente conservó la misma transcripción del **Art. 165 del Decreto 01/84 Código de lo Contencioso Administrativo derogado de manera expresa por el Art. 309 de la Ley 1437/11 CPACA**.

1.10 De la omisión de la oportunidad para alegar de conclusión y la valoración de esta prueba.

Honorables Magistrados, la omisión de la oportunidad para alegar de conclusión en el caso que nos ocupa la generó e l A-quo en su condición de director de la causa, al incurrir en las siguientes irregularidades:

a) El Diecisiete (17) de Julio de dos mil Veinte(2020) a las 15:32 horas, tal como obra en el historial del correo electrónico, que se allega como prueba a este recurso de alzada, insisto, se remitió a través del correo del Juzgado j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.com los alegatos de conclusión que debían ser tenidos en cuenta al edificar la sentencia.

b) En virtud de la nueva modalidad de presentación de memoriales, por correo electrónico, la secretaría del Despacho tenía la obligación incorporar a la página

de la Rama, que corresponde al Juzgado, y/o acusar el recibo del memorial enviado por este canal, para enterar a la parte actora del recibo de los Alegatos de Conclusión en término.

c) La anterior omisión por parte del Despacho, cercena significativamente el debido proceso y el acceso a la administración de justicia del demandante, desafortunadamente, como consecuencia de la pandemia, no fue posible radicar en físico el memorial contentivo de los alegatos de conclusión, como se venía haciendo.

d) H. Magistrados, al no haber tenido en cuenta el **A-quo** los alegatos de conclusión presentados por la parte actora, para proferir el fallo que se impugna, salvo mejor criterio, **configura omisión en la oportunidad para alegar de conclusión** causal de nulidad del proceso, establecida en **Art. 133 de la Ley 1564/12** Código General del Proceso al siguiente tenor literal:

*“...6. **Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión** o para sustentar un recurso o recorrer su traslado...” (He subrayado y colocado negrilla)*

Es altamente preocupante que los particulares que acudimos a la administración de justicia en defensa de los derechos fundamentales, cuando quiera que observamos que han sido cercenados por la administración, recibamos este tipo de tratamientos del operador judicial, de quien esperamos probidad en sus pronunciamientos, desconociendo en este caso, la existencia de un alegato allegado en término para proferir sus pronunciamiento de fondo.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional ha sostenido:

*“...Obviamente, una de las formas –y de las más graves- de **desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, radica precisamente en que el fallador, al sentenciar, lo haga sin fundar la resolución que adopta en el completo y exhaustivo análisis o sin la debida valoración del material probatorio aportado al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia.**” (He colocado negrilla)*

“La prueba, examinada por el juez en todos sus aspectos, escudriña en cuanto a su validez e idoneidad, comparada y medida en su valor frente a las demás que obran en el plenario, sopesada en cuanto a su relación con los hechos materia de litigio y con las normas generales y abstractas que corresponde aplicar en el caso, complementada con aquellas adicionales que el juez estime necesarias para llegar a una auténtica convicción sobre la verdad y, en fin, evaluada, analizada y criticada a la luz del Derecho y con miras a la realización de la justicia, es elemento esencial de la sentencia, supuesto necesario de las conclusiones en ella consignadas y base imprescindible para reconocer en el fallo la objetividad y la imparcialidad de quien lo profiere.”²

H. Magistrados, como quiera que el principio de inmediación procesal constituye factor fundamental para la edificación del fallo, el legislador estableció la práctica de las pruebas decretadas en su oportunidad a fin de garantizar herramientas al fallador para proferir el pronunciamiento de fondo y en consecuencia, el juicio valorativo sobre la litis se presenta deficiente para proferir el pronunciamiento que pone fin a la causa, lo que a todas luces trasgrede el principio de la congruencia, si se tiene en cuenta que la sentencia **SU-091/16** con la que se edificó el fallo determina que el acto administrativo de retiro del servicio activo, de miembros de la Fuerza Pública por la causal de llamamiento a calificar servicios:

*“...**No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley...**” (He subrayado y colocado negrilla).*

² Corte Constitucional. Sentencia T – 100 – 98 M.P. José Gregorio Hernández.

f) Respecto a esta determinación de la H. Corte Constitucional al implantar que la motivación del Acto Administrativo de Retiro de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, por la causal de Llamamiento a Calificar Servicios, está **dada en la Ley**, con claridad meridiana impone que el procedimiento administrativo para el retiro de estos servidores debe observar estrictamente la exigencia contenida en el Art.53 del D L 1799/00 que literalmente preceptúa.

“...Artículo 53.-OBJETO DE LAS LISTAS”.

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

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

Con relación del alcance de los alegatos de conclusión la H. Corte Constitucional ha determinado:

“Sobre la base de las pruebas incorporadas al proceso, los alegatos de conclusión juegan un destacado papel en orden al mejor entendimiento de los hechos, de los intereses en conflicto, de la forma en que cada extremo asume los motivos de hecho y de derecho -a favor y en contra -, y por tanto, en lo concerniente a la mejor comprensión del universo jurídico y probatorio que ampara los intereses en conflicto. Por consiguiente, de una parte, la dinámica de los alegatos de conclusión tiene la virtualidad de facilitarle a los interesados o contendientes la oportunidad para esgrimir sus argumentos culminantes en procura de sus propios derechos e intereses; y de otra, tal dinámica se ofrece a los ojos de la autoridad administrativa o del juez correspondiente como un conjunto de razonamientos que a manera de referente interpretativo les permite examinar retrospectivamente todas y cada una de las actuaciones surtidas. Lo cual, sin duda alguna, se constituye en hito procesal de significativa importancia para la salvaguarda de la postulación y la excepción, al propio tiempo que se atiende a la depuración de la certeza jurídica que requiere el fallador para decir el derecho.”³ (He colocado negrilla y subrayas)

g) Y Sobre la responsabilidad del Juez en la dirección del proceso la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*“...Si se tiene en cuenta que la administración de justicia debe desarrollarse a través de un sistema **procesal regular, ordenado y coherente, que garantice seguridad jurídica a todos los sujetos procesales, el juez o el fiscal, como máxima autoridad responsable del proceso,** está en la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo particular de las partes en conflicto. Por ello, **las facultades de ordenación que la ley otorga al director del proceso,** propenden por el mantenimiento del orden y la disciplina en el trámite procesal, como que se trata de elementos esenciales en un espacio donde se dirimen situaciones en las que predominan conflictos de intereses⁴...”. (He colocado negrilla)*

1.11 Petición formal

H. Magistrados, con fundamento en las consideraciones precedentes, solicito con todo comedimiento, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia del 31 de agosto de 2020, por cuanto el **A-quo**, no tuvo en cuenta los alegatos de conclusión que presentó el apoderado del demandante, enviados al correo electrónico j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.com, en tiempo.

³ Sentencia C-107/04, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de septiembre 4 de 2003, M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego, radicación No.19.007 en Jurisprudencia Penal Extractos, Segundo Semestre de 2003, compilador Iván Velásquez Gómez, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pp.260 y 261.

Para mejor proveer, adjunto copia de la página del correo electrónico con historial de mensajes enviados, igualmente allego el texto completo de los alegatos de conclusión.

II. Cuestionamientos con los que sustento la impugnación del fallo

H. Magistrados, el **A-quo**, en el fallo recurrido, negó la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado con los argumentos que en cada caso controvertiré, los que me permito debatir y solicitar al **Ad-quem** se resuelvan bajo el principio **tantum devolutum quantum appellatum** (cuanto apela, tanto se decide) de manera categórica así:

2.1 A folio 6 del fallo, el **A-quo**, se planteó el problema jurídico, y a renglón seguido, bajo el numeral "**5 RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**", en el que determinó edificar el fallo negando las pretensiones de la demanda, desarrollando los siguientes aspectos:

"... (i) Marco legal del retiro de personal de las Fuerzas militares (ii) Marco jurisprudencial del retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios del personal de las Fuerzas Militares, (iii) lo probado en el proceso y (iv) el caso concreto."
(He colocado negrilla)

2.2 A continuación, en el mismo folio 6, desarrolló el primer aspecto "**(i) MARCO LEGAL DEL RETIRO DE PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES**", para por último en el folio 7 de manera errónea, esbozar:

"Dentro del presente marco normativo se ha desarrollado el retiro de los miembros de la Armada Nacional, haciendo la claridad que dentro de las causales de retiro es necesario distinguir el llamamiento a calificar servicios y el retiro por voluntad discrecional del Gobierno Nacional, tal y como se verá y explicará más adelante." (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítanme con todo comedimiento disentir de la anterior inferencia del **A-quo**, a saber:

i) El demandante no es orgánico de la Armada Nacional, el señor TC(RA) **Barrera Mendivelso**, es un Oficial de la reserva activa del Ejército Nacional y así se planteó a lo largo del libelo introductorio.

ii) El retiro "...por voluntad discrecional del Gobierno Nacional", no ésta establecido en las normas de carrera militar, luego la deducción anterior **me permite inferir que al parecer el A-quo cortó y pegó de otro fallo**, o no efectuó la lectura serena de la demanda y de las normas de carrera militar para edificar el fallo que se impugna.

2.3 A continuación en el mismo folio 7 el **A-quo** transcribió apartes de la **SU-091/16** y el **SU-217/16**, y del H. Consejo de Estado, relacionados con el acto administrativo demandado en las que las Corporación de guarda de la Carta Política determino: "**3.9.13.2. En cuanto la exigencia de "motivación" frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro.**" (He colocado negrilla), sin que la H. Corte Constitucional hubiera proscrito el trámite legalmente establecido en las normas de carrera militar, en particular el Art 53 del D.L. 1799/00.

i) H. Magistrados, al decir la H. Corte Constitucional "**...está contenida en el acto de forma extra textual...**", determina que debe observarse estrictamente el procedimiento que determina el Ar **53 del D.L. 1799/00** para el retiro de los Oficiales de las Fuerzas Militares por la causal de "Llamamiento a Calificar Servicios".

ii) El concepto previo requerido como acto preparatorio habilitante, debió proferirlo la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares con fundamento en las Listas de Clasificación **NUMERO DOS: MUY BUENO** en la que se encontraba en demandante, **Y NO LO HIZO.**

iii) El **Acta No. 16 del 19 de diciembre de 2017**, de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares contentiva del **acto preparatorio-concepto previo**⁵ la Colegiatura Castrense que profirió el **acto de trámite** habilitante para que el Ministro de Defensa Nacional dictara el acto administrativo demandado, procedió **de manera irregular** a dictar este acto jurídico así:

Tal como aparece en la precitada Acta (Hoja No. 06), relacionó el nombre del demandante en un cuadro con otros Oficiales de diferentes grados, (3 Coroneles, 19 Tenientes Coroneles y 28 Mayores) **para un total de 50 Oficiales** como sigue:

“C. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”

Aplicación artículo 103 del Decreto Ley 1790/2000. (Modificado por la ley 1104de 2006, artículo 25)”

No	GDO	ESP	NOMBRES Y APELLIDOS	IDENTIFICACIÓN
“(…)”	“(…)”	“(…)”	“(…)”	“(…)”
5	TC	INF	BARRERA MENDIVELSO LUIS EMEL	79.621.174

iv) El Cuerpo Colegiado, Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, sin tener en cuenta la lista de clasificación **NÚMERO DOS: MUY BUENO** en la que se encontraba el demandante para el periodo **2016-2017**, ni mucho menos el perfil profesional del demandante, se limitó a referir las normas de carrera militar, y erróneamente algunos fragmentos jurisprudenciales, en particular la sentencia **T-107 de 02 de marzo de 2016** y la sentencia **C-072/96**, DESCONOCIENDO PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE DE LA H. CORTE CONSTITUCIONAL COMO LAS SENTENCIA **SU-091/16, SU 217/19** para luego en la **hoja No. 09** del acta, proferir **recomendación**⁶, (que es totalmente diferente a concepto previo) para el retiro del demandante, y no **CONCEPTO PREVIO**, tal como lo exige el **Art. 99⁷ del D.L. 1790/00**, en **bloque** para los **cincuenta (50) oficiales** reseñados en el cuadro **sin tener en cuenta que cada uno tenía perfil y trayectoria profesional diferente**, emitiendo la **recomendación** de manera irregular, por cuanto trasgredió la exigencia establecida en el **Art 53 del D.L. 1799/00**, que más adelante referiré así:

“La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, después de estudiar las propuestas sometida (sic)- CUAL PROPUESTA? SI NUNCA ALLEGARON, HABIÉNDOLA DECRETADO Y SOLICITADO EL DESPACHO?- a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados anteriormente tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5, de la Ley 1792 de 2016) literal a) numeral 3 y el artículo 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, recomendando por

⁵ Concepto previo: Adjetivación y sustentación de las razones y conveniencias para el retiro de un Oficial de las Fuerzas Militares fundamentado en la lista de clasificación en la que se encuentre el Oficial que se pretende retirar.
⁶ Recomendación: Corresponde a una sugerencia referida a una cierta cuestión.
⁷ D.L. 1790 Art. 99: “...Los retiros de los Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares...”

unanimidad el retiro del servicio activo por Llamamiento a Calificar Servicios de los oficiales citados anteriormente". (He colocado negrilla y subrayado)

v) H. Magistrados, tal como se confirma con los anteriores cuestionamientos al fallo que se impugna, el **A-quo**, omitió controvertir y demoler el primer cargo de la demanda que se formuló y desarrollo por cuanto la Entidad demandada incurrió en trámite irregular del acto administrativo demandado, al no haber elaborado el Comando del Ejército el estudio y/o propuesta para presentar el demandante a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, con fundamento en la lista de clasificación **NUMERO DOS: MUY BUENO** en la que éste se encontraba clasificado para el período **216-2017**.

vi) Igualmente la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares omitió proferir el acto preparatorio teniendo en cuenta la misma consideración anterior, trasgrediendo en esta forma el Art **53 del D.L. 1799/00** que insisto, impone:

"...Artículo 53.-OBJETO DE LAS LISTAS".

"Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre:

- e. Ascensos de personal.
- f. Asignación de premios, distinciones o estímulos.
- g. Mejor utilización del talento humano y capacitación.
- h. **Retiros del servicio activo**" (He colocado negrilla).

Así mismo los Art 74 y 75 ibídem, consagran:

"Artículo 74- DEFINICIÓN: Perfil profesional es el conjunto de condiciones éticas, profesionales, conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes que debe poseer el militar con el fin de lograr un comportamiento adecuado y un eficiente desempeño profesional para ocupar un determinado cargo. La presencia constante y desarrollo del perfil profesional constituye el desempeño profesional." (He colocado negrilla y subrayado)

A su turno el Art 75 ibídem determina:

"Artículo 75- DESEMPEÑO PROFESIONAL BÁSICO: El personal clasificado en lista UNO, DOS o TRES, se considera que reúnan las condiciones del desempeño profesional básico para pertenecer a las Fuerzas Militares" (He colocado negrilla)

A contrario sensu, la Entidad demandada a través de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, tal como lo referí en precedencia, profirió en bloque y de manera irregular el concepto previo para cincuenta (50) Oficiales (3 Coroneles, 19 Tenientes Coroneles y 28 Mayores), con perfiles y desempeño profesional totalmente diferentes.

vii) H. Magistrados, reitero, lo anterior se planteó en el primer cargo de la demanda, pero al **A-quo** no le mereció importancia alguna para proferir el fallo que se impugna, desconociendo arbitrariamente la obligación que le imponía efectuar el análisis crítico de las pruebas y de los razonamiento legales, trasgrediendo en esta forma el Art **187 de la Ley 1437 CPACA, dejando incólume el primer cargo de la demanda.**

2.4 A folio 8 el **A-quo** esbozó el siguiente corolario haciendo suyas frases de pronunciamientos del H. Consejo de Estado que han sido totalmente revaluados:

"En resumen, la jurisprudencia del órgano de cierre de nuestra jurisdicción ha indicado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante pues es

un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas militares disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses, siendo un instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, y que se entiende como una manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos. También aparece pacífica la concepción de que por regla general se ha sostenido que el ordenamiento jurídico no exige la motivación del acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional ya que se presume expedido con la finalidad modificar la planta de personal de la Institución en aras de efectivizar sus funciones. Al respecto puede leerse también sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), CP CÉSAR PALOMINO CORTÉS, radicado 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC).” (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítanme insistir que la anterior inferencia del **A-quo** traída de antiguos pronunciamientos del H. Consejo de Estado, se presenta totalmente descontextualizada de las normas de carrera militar, **veamos porque:**

i) Es totalmente ajeno a las disposiciones de carrera militar, que para el caso del mantenimiento de los efectivos, es decir, que las plantas de personal estén acordes con las necesidades de las distintas reparticiones castrenses, el Ministerio de Defensa Nacional, como los Comandos de Fuerza poseen dependencias de planeación que le permiten establecer las vacantes para ascenso de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en los meses de Diciembre y Junio; Marzo y Septiembre, por las razones que he venido esbozando, y por ello el **Art 3 del D.L. 1790/00** consagra el escalafón de cargos, y el **Art 4 ibídem** la determinación de la planta con base en las necesidades de las mismas, y conforme lo establece el plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa y revisado anualmente **sin que las disposiciones de carrera determinen que deben ser retirados del servicio activo por la causal de “Llamamiento a Calificar Servicios” los Oficiales y/o Suboficiales que no sean ascendidos en las fechas antes referidas.**

ii) En consecuencia, no es cierto, que el Oficial al no ser ascendido deba ser retirado del servicio activo por la causal de “Llamamiento a Calificar Servicios”, como erróneamente lo infiere el A-quo, de ser así el legislador castrense hubiera establecido esta causal con ese propósito, pero ésta se institucionalizó para prescindir de los Oficiales y Suboficiales que no obstante tener el perfil profesional exigido para continuar en la institución, presenten incompatibilidades para el ejercicio del mando, y para continuar en la institución, verbi gracia: participar en política, mantener relaciones con personas de dudosa reputación, etc., tal como se planteó en el libelo introductorio.

iii) Lamentablemente algunos operadores judiciales sin respaldo probatorio alguno han inferido que la causal de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares por “Llamamiento a Calificar Servicios” habilita a la administración para prescindir de los servicios de estos funcionarios, para adecuar las plantas de personal, lo que es totalmente equivocado y ajeno a las normas que gobiernan la estabilidad de estos servidores, referidas en precedencia.

2.5 Posteriormente a folio 9 del fallo, después de referir algunas de las pruebas aportadas al proceso, el **A-quo** se propuso desvirtuar el cargo de desviación de poder y falsa motivación así:

“Abuso y desviación de poder y falsa motivación.”

“(…)”

“Teniendo en cuenta que todas las causales de anulación tienen que ver con la falta de motivación, violación de normas en que debería fundarse y desviación de poder, se estudiarían de manera conjunta” (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítanme con todo comedimiento disenter del anterior planteamiento del **A-quo** a saber:

i) No es cierto que las *“...las causales de anulación tienen que ver con la falta de motivación,”* por cuanto en ninguno de los cargos de la demanda se sustentó y desarrolló argumentando que el acto administrativo careciera de motivación, como erróneamente lo afirma el **A-quo**, el primer cargo del libelo introductorio se sustentó y desarrolló por la causal de nulidad de los actos administrativos **“TRAMITE IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO”**, que configura violación al debido proceso, es decir por la inobservancia del procedimiento establecido en las normas de carrera militar que se expusieron como violadas **D.L. 1790/00 y 1799/00** y demás disposiciones concordantes con el precedente judicial vinculante.

ii) El segundo cargo de la demanda se estructuró y desarrolló por las causales de nulidad de los actos administrativos de desviación de poder y falsa motivación.

2.6 A continuación el **A-quo** sin efectuar el más mínimo análisis de las pruebas expuso:

“En efecto y tal como se explicó en precedencia, la Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado han cerrado filas (SIC) en cuanto al criterio de respecto de la necesidad o no (SIC) de motivación del acto administrativo que decide el retiro del personal de las fuerzas militares por llamamiento a calificar servicios, concluyendo que esta modalidad de retiro es una potestad de la entidad demandada que se encuentra regulada en la ley y que los actos administrativos que deciden sobre este punto, no requieren motivación alguna pues la misma está dada por la norma.” (He colocado negrilla)

i) H. Magistrados, permítanme insistir que en ninguno de los cargos de la demanda se cuestionó que el acto administrativo adoleciera de motivación, lo que se planteó fue que se desconoció que el precedente judicial vinculante de la H. Corte Constitucional establecido en la **SU-091/16** y **SU-217/16**, determinó que la motivación del acto administrativo **está insitu en la ley**, y la Entidad demandada lo desconoció por cuanto inobservo el procedimiento reglado como se esbozó en precedencia.

ii) En mi sentir, el **A-quo** desconoce el alcance de la expresión de la H. Corte Constitucional determinada en el dictum de la **SU-091/16**: *“...No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley...”* (He subrayado y colocado negrilla), que no prescribe ni modifica el trámite que las normas de carrera militar determinan para el retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como lo he referido en precedencia

iii) Aunado a lo anterior el **A-quo** en la audiencia inicial dispuso en el acápite de la parte demandada, dispuso:

“Oficiar a la entidad demandada para que allegue los antecedentes que dieron lugar a la conformación y expedición del acto administrativo demandado”, prueba que nunca llegó al proceso, no obstante estar dispuesta por la Entidad demandada en la Directiva Permanente 1885 del 20 de diciembre de 2013 y que aparece reseñada en el Acta de la Junta Asesora.

iv) La anterior disposición de la Entidad demandada consagra los **Requisitos y Procedimientos para el Trámite de los Actos Administrativos** fue dictada por el Ministerio de Defensa Nacional con posterioridad a la entrada en vigencia del a Ley **1437/11 CPACA**, y con la Misión General de: *“...El Comando General de las Fuerzas Militares, Comando de Fuerza, Dirección General de la Policía Nacional de Colombia, Secretaría General, Viceministerios, Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Dirección General*

Marítima, Dirección General de Sanidad Militar, Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, **pondrán en ejecución la presente Directiva para la elaboración de los actos administrativos que por disposición legal o reglamentaria deban ser suscritos por el señor Presidente de la República y/o Ministro de Defensa Nacional y/u otros Ministros y Secretario General...** (He colocado negrilla).

Y en el **“ANEXO B”**, **“Documentación requerida para el trámite de los diferentes actos administrativos”** Dispuso:

“... 1. Actas de las Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuando se trate de Retiros del Servicio Activo.

“1. Cuando se trate de retiro por faculta discrecional, voluntad del gobierno y llamamiento a calificar servicios, deberán expresarse los elementos objetivos que permitan a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, para las Fuerzas Militares y Policía Nacional efectuar un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro del oficial... (He colocado negrilla).

v) Señor Juez, la Entidad demandada con Oficio No. **20193052229441:MDN-COGFM-COEJC-SECEJC-JEMFF-COPER-DIPER-1.10**, respondió el requerimiento del despacho, omitiendo remitir el expediente administrativo contentivo de los antecedentes que dieron origen al acto administrativo demandado, enviándole documentos que ya obraban en la demanda, como el acta No. 99944 del 04 de octubre de 2017, del Comité de Evaluación que excluyó al demandante al ascenso al grado de Coronel, y otros aspectos totalmente ajenos al requerimiento, en mi sentir para distraer al fallador.

2.7 A renglón seguido, ahondando en la confusión con la que edificó el fallo el **A-quo** coligió:

*En efecto, la Jurisprudencia ha indicado que debe diferenciarse entre los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios y el de retiro discrecional por voluntad del gobierno, indicando que si bien ambos actos administrativos son susceptibles de control jurisdiccional, el primero no requiere motivación puesto que la misma está dada en la ley y por el mejoramiento del servicio, mientras que la segunda **requiere una motivación que debe estar fundada en la recomendación de la Junta correspondiente.*** (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítame con todo comedimiento insistir, en que el **A-quo** interpoló la causal de retiro por “Llamamiento a Calificar Servicios” con el **“Retiro discrecional por voluntad del Gobierno”**, que no está establecida como causal de retiro de miembros de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares denotando marcada negligencia en la consulta de las disposiciones castrenses que regulan el asunto, y lo más censurable, omisión en el cumplimiento de sus funciones como fallador, que le imponía la observancia estricta del derecho sustancial, en acato estricto al postulado constitucional establecido en el art **230 de la C.P. “Los jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley...”**.

2.8 En el inciso final del folio 9 e inicial del folio 10, el **A-quo** haciendo suyas frases contenida en pronunciamientos del H. Consejo de Estado que han sido totalmente revaluadas, esbozo como corolario:

*Ahora bien, también se ha decantado que el cumplimiento de los deberes misionales, **las felicitaciones o ausencia de sanciones, no son óbice para garantizar la estabilidad laboral pues el cumplimiento de su deber de la mejor manera es lo mínimo que se le exige a un servidor público**, máxime cuando debe entenderse que el llamamiento a calificar servicios no es de ninguna manera una sanción o un licenciamiento deshonoroso, por el contrario, es uno de los medios de terminación de la carrera castrense, permitiendo al retirado continuar su vida con la estabilidad económica que brinda la asignación de retiro, lejos de las armas y con nuevas expectativas en el porvenir, **además de ser una manera de relevar el personal y darle***

continuidad a la pirámide jerárquica que funciona en las fuerzas militares. (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítanme con todo comedimiento censurar el anterior galimatías del **A-quo** sin respaldo probatorio alguno, por cuanto desdice de la mística, probidad y compromiso con la que el fallador debe edificar sus pronunciamientos, toda vez que se limitó a repetir lo expresado en precedencia en el fallo que se impugna, sin efectuar el más mínimo análisis probatorio para edificarlo con apreciaciones subjetivas.

2.9 Por último, corroborando la subjetividad con la que el **A-quo** edificó el fallo respecto de la carga de la prueba, esbozó:

“(...)”

“La carga de la prueba en el presente asunto debió asumirla la parte actora en el sentido de sustentar las causales de anulación que invocada pues la sola presentación de las mismas sin respaldo probatorio no es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda. La parte demandante no obedeció los preceptos del artículo 167 del Código General del Proceso que compete a la parte quien pretenda sacar adelante sus pretensiones, asumir la carga de probar el sustento fáctico que la respalda. Ante esa inactividad, no puede ser otro el resultado que desatender las pretensiones de la demanda.” (He colocado negrilla)

H. Magistrados, permítame discrepar de manera categórica de la anterior inferencia subjetiva del **A-quo** con fundamento en las siguientes circunstancias:

i) Para edificar el fallo que se impugna, no tuvo en cuenta ni efectuó el más mínimo análisis de las pruebas que fueron admitidas como tal en la audiencia inicial, las que se practicaron en audiencia de pruebas y las que fueron requeridas por el Despacho a la Entidad demandada, lo que configura **vía de hecho por defecto fáctico**, en el pronunciamiento que se impugna, a saber:

a) Con la demanda, se aportaron **17 pruebas documentales**, que fueron admitidas en la audiencia inicial, tal como aparece en el Acta No. **126 -2019**, del 13 de septiembre de 2019, acápite **“7.1 PARTE DEMANDANTE- 7.1.1. Aportadas: Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la demanda a folios 44 a98 del expediente”**

b) Se decretó solicitar al comando del Ejército se remitiera el estudio y/o propuesta, que debió elaborar con fundamento en las listas de clasificación para presentar el nombre del demandante a la Junta Asesora para concepto previo al retiro por Llamamiento a Calificar Servicios, prueba que fue respondida irregularmente por el Comando del Ejército con oficio **20193052102911 MDN-COEGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 25 de octubre de 2019**, con apreciaciones subjetivas y remitiendo el acta No. **16 del 19 de diciembre de 2017** que ya obraba en el proceso.

c) No obstante el demandante a través de su apoderado, haber cuestionado la respuesta otorgada por la Entidad demandada, y haber insistido para que el **A-quo** requiriera concreción a la Entidad demandada al responder la prueba, el **A-quo**, despachó desfavorablemente la petición, sin hacer uso de los poderes correccionales que le otorga el Art 44 de la ley 1564/12 C.G.P. para conminar a la Entidad demandada a responder de manera categórica y objetiva la prueba ordenada por el Despacho.

ii) El **A-quo** en la audiencia de pruebas recepcionó los testimonios de la señora **Patricia Elena Giraldo Sierra** y del señor **Coronel Omar Hernán Rivera Ordoñez**, que sin mayores disquisiciones podemos apreciar que las respuestas fueron **“responsivas, exactas y completas y no vagas, incoherentes o contradictorias”**,

por cuanto determinaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, igualmente contienen la explicación suficiente del dicho del testigo que nos permite obtener veracidad, respecto a que los deponentes hicieron **manifestaciones verdaderas y con pleno conocimiento**, circunstancias que son exigidas por el H. Consejo de Estado al valorar los testimonios, criterio expuesto en sentencia del 19 de julio de 2007 M.P. **Marta Sofía Sanz Tobón Proceso No. 2006-01791-(2791-)**, sin que el **A-quo** los hubiera tenido en cuenta como el resto de las pruebas para edificar el fallo que se impugna.

iii) H. Magistrados, **la omisión** del **A-quo** en efectuar la valoración de las pruebas para edificar el fallo que se impugna constituye defecto fáctico en providencia judicial tal como lo han sostenido la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado Así:

a) La H. Corte Constitucional respecto al defecto fáctico en providencia judicial ha sostenido:

"...La Corte ha identificado, así, dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión..."⁸ (He colocado negrilla)

b) En el mismo sentido, la misma Corporación de guarda de la Carta Política ha discernido:

"...La posibilidad de cuestionar las decisiones judiciales por vía de tutela en atención a sus deficiencias probatorias está vinculada a la necesidad de propiciar la adopción de sentencias ajustadas a la realidad, para contribuir a concretar los propósitos de lealtad y eficiencia en la administración de justicia. Exigir que las providencias judiciales se ajusten a las pruebas aportadas por los sujetos procesales y a las que se practicaron en el curso del proceso es, por lo tanto, acorde con la interción de cerrarle el paso a la arbitrariedad e incentivar la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial. Son dos los elementos que deben reunirse para que se configure el defecto fáctico por ausencia de valoración del material probatorio. De un lado, es necesario que el funcionario judicial haya adoptado una decisión carente de respaldo probatorio o que haya dejado de valorar una prueba que resultaba determinante para la solución del problema jurídico sometido a su consideración. La relevancia de dicha prueba es, precisamente, el segundo requisito que conduce a la estructuración del defecto. De ahí que, en todo caso, deba demostrarse que la falta de valoración probatoria incidió de manera definitiva sobre el sentido de la sentencia acusada..."⁹ (He subrayado y colocado negrilla)

c) Igualmente, el H. Consejo de Estado sobre el **defecto fáctico** en providencia judicial ha expuesto:

"...Defecto fáctico"

*"En relación con este defecto, la Sala en reciente sentencia precisó: **"El defecto fáctico, como causal específica de procedibilidad en las acciones de tutela contra providencia judicial, se encuentra íntimamente relacionado con las anomalías que se presentan en el curso del proceso, frente a la actividad intelectual que realiza el juzgador en materia de decreto, práctica y valoración probatoria.** Tiene asidero en la defensa de una de las tantas garantías que componen el derecho fundamental al debido proceso, como lo es el derecho de defensa y*

⁸ H. Corte Constitucional, sentencia T-781/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ H. Corte Constitucional, sentencia T-261/13 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

contradicción y la necesidad de que la decisión se funde en los hechos acreditados en el proceso. Para la Corte Constitucional, el referido defecto se presenta cuando el juez: (i) omite decretar o practicar las pruebas que resultan indispensables para tomar una decisión, (ii) **no aprecia el acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos**, (iii) **valora de manera irracional o arbitraria las pruebas** y, (iv) dicta sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación al debido proceso.” (He colocado negrilla)

“La primera de las circunstancias que abre paso a la configuración de este defecto, tiene sustento en la necesidad de proteger el derecho de defensa y contradicción de la parte que, con el fin de demostrar los hechos que soportan determinada pretensión o que la desvirtúan, pidió al juez la práctica de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración y, este la negó. Es importante resaltar que nuestro estatuto procesal habilita al juez para negar el decreto de ciertas pruebas por considerarlas inconducentes, impertinentes e inútiles, esto es, porque no tienen la capacidad de demostrar los hechos que se debaten, que demuestran una circunstancia que no interesa al proceso, o simplemente, sobran porque los supuestos que pretende acreditar se encuentran probados a través de otro medio. Luego, no toda omisión en el decreto de una prueba, abre paso a la configuración del mencionado defecto fáctico, sino, solo aquellas circunstancias en que, el fallador niega el decreto o la práctica de una prueba que pedida en oportunidad, cumple con los requisitos mencionados.”

“En consecuencia, resulta necesario que cuando se alegue la configuración de este supuesto de hecho, la parte interesada: a) identifique el elemento probatorio que pidió, b) demuestre que lo solicitó en oportunidad legal, c) exponga las razones por las cuales éste cumplía con los requisitos de idoneidad para ser decretado como prueba e, d) indique de manera razonada porque de haberse decretado o practicado, otra hubiera sido la decisión, es decir, su incidencia en el asunto sometido a consideración. **El segundo supuesto, se presenta cuando el juez, omite considerar elementos probatorios que obran dentro del expediente, y que resultan decisivos para establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso.** Es de aclarar que para la prosperidad de este cargo no basta con que de manera general la parte interesada señale que la autoridad judicial demandada “no valoró el caudal probatorio” aportado al proceso, como en efecto suele ocurrir, toda vez que el juez constitucional debe tener certeza sobre cual o cuales, en específico, fueron las pruebas que, a pesar de haber sido aportadas en oportunidad legal, no fueron valoradas por el operador judicial y los motivos por los cuales, de haber sido valoradas, habría variado la decisión.” (He colocado negrilla)

“Así las cosas, aquí resulta de vital importancia que la parte interesada: a) **identifique los elementos probatorios que no fueron valorados por el juez**, b) **demuestre que los solicitó u aportó en oportunidad legal y por ende no había excusa para que el juez se abstuviera de analizarlos y**, c) **exponga las razones por las cuales, su análisis, hubiera podido variar el sentido de la decisión.** El tercer supuesto, se abre paso cuando el funcionario judicial valora la evidencia probatoria de manera defectuosa, esto es, cuando a la luz de los postulados de la sana crítica, dicha valoración resulta manifiestamente equivocada o arbitraria. Luego, para que proceda el análisis de este defecto, se requiere que la parte actora indique con claridad: a) cual o cuales han sido las pruebas objeto de una valoración indebida por parte del funcionario judicial y, b) **por qué en cada caso, las consideraciones del juez se alejan de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica**, al punto de tornarse arbitrarias o si se quiere absurdas. La demostración del segundo de los elementos, resulta de la mayor importancia en estos casos, en la medida en que el simple desacuerdo del interesado con las conclusiones a las que arribó la autoridad judicial luego de valorar las pruebas o la simple diferencia entre el análisis que hizo el juez natural y las conclusiones a las que se arriba en sede constitucional, no dan lugar a la configuración del mencionado defecto.” (He colocado negrilla)

“Lo anterior, porque, por disposición del artículo 187 del CPC “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. **El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba**”. Luego, es evidente que la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la república y por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible. El cuarto supuesto, se presenta cuando el juez funda su decisión en pruebas

ilícitas que no podían servir de soporte a la providencia, porque fueron aportadas con violación del debido proceso.” (He colocado negrilla)

“Así, corresponde al interesado en estos casos: a) señalar con claridad los elementos probatorios que fueron aportados con violación al debido proceso, b) demostrar que estos constituyen el sustento de la decisión y, c) no debe existir duda de que el elemento no podía ser valorado. Como se ve, en todos los eventos reseñados corresponde al solicitante señalar con precisión el cargo que plantea y brindar al juez constitucional todos los elementos que acrediten, además de la configuración del defecto, su incidencia en la decisión judicial.”

“Ello es así, porque tratándose de tutelas contra providencia judicial, surge para la parte interesada el deber de asumir una carga argumentativa considerable para lograr la prosperidad de su cargo, comoquiera que cuando el recurso de amparo se utiliza para censurar el contenido de una decisión judicial, la cual goza de doble presunción de legalidad y acierto, básicamente se desconocen principios de alto valor para la comunidad en general como el de la seguridad jurídica que se deriva de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Constitución Política y la cosa juzgada, los cuales en algún momento dieron certeza a la providencia cuestionada, que el asunto sometido a consideración del Estado había sido resuelto”. En consecuencia, cuando la parte interesada alegue la existencia del defecto aquí señalado, pero no cumpla con la carga argumentativa necesaria, para que el juez constitucional considere como ciertos sus argumentos, el cargo no estará llamado a prosperar”¹⁰

iv) Y sobre la **desviación de poder**, la H. Corte Constitucional en pronunciamiento del **2 de septiembre de 1998**, adujo:

“El vicio de desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general los específicos y concretos que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia¹¹”

v) En idéntico sentido el H. Consejo de Estado, respecto de la prueba para establecer la desviación de poder en un acto administrativo sostuvo:

*“...La desviación de poder, como lo ha dicho la sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador. Por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer **cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión y por ello, ante la imposibilidad de hacerlo, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria**. En el presente caso se utilizaron los indicios como medios de prueba para deducir la anulación del acto, estos hechos conocidos de los cuales se puede deducir la ilegalidad del acto son las calidades de la demandante, la inmediatez de la comisión otorgada¹²...” (He colocado negrilla)*

vi) Aunado a lo anterior H. Magistrados, el **Art 167 de la ley 1564/12 C.G.P.** consagró la carga dinámica de la prueba, *“Exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerara en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba.”.*

Sobre el particular H. Magistrados, permítanme sustentar:

a) En el fallo que se impugna el **A-quo** no efectuó análisis alguno de las pruebas que se aportaron al proceso, insisto, limitándose a edificar el fallo con fragmentos

¹⁰ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 1100103100020150345900.

¹¹ Corte Constitucional- sentencia C-456/98- 2 de septiembre de 1998- Expediente D1932. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel

¹² Consejo de Estado, Sentencia radicación número 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04) de Sección Segunda, 1 de Noviembre de 2007

jurisprudenciales relativos al caso y apreciaciones subjetivas.

b) Al haber demandado el acto administrativo en sede judicial, la Entidad demandada estaba en la obligación de aportar las pruebas para desvirtuar los cargos de la demanda.

vii) Sobre la anterior premisa, el H. Tribunal administrativo del Magdalena en caso análogo, que debe ser interpretado como Precedente Judicial Horizontal, sostuvo:

"...III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL"

"(...)"

"El Despacho concluirá que el mencionado acto administrativo deberá anularse en lo que tiene que ver con el retiro del demandante, ya que quedó acreditado en el proceso que en su expedición la administración se desvió de los fines del retiro por llamado a calificación del servicio y su verdadera motivación fue la vinculación pública de este oficial por parte del gobierno nacional al escándalo de los llamados "falsos positivos".

"(...)"

"3. Análisis y conclusiones."

"(...)"

"Ahora bien, como el acto de retiro por llamado a calificar servicios no hizo explícita ninguna motivación, se debe presumir que estuvo encaminado al fin último de servir al interés general y al fin próximo de mejorar el servicio; pero al cuestionarla válidamente esa motivación le correspondía a la Administración hacerlas explícitas en sede judicial, tanto para garantizar el derecho de contradicción como para defender la validez del acto. (he subrayado)."

"La presunción de legalidad de un acto administrativo no puede convertirse en refugio defensivo para que la Administración se exonere de su deber de probar las razones que justificaron su expedición, sobre todo cuando el afectado las cuestiona válidamente en sede judicial."

"En el caso que nos ocupa existen suficientes elementos para inferir la desviación de poder, con lo cual el accionante cumplió con su carga probatoria; al contrario, la demandada no desvirtuó probatoriamente que entre el llamado a calificar servicios y el escándalo por los falsos positivos no existiera conexión alguna. Es decir, una cosa es la presunción de legalidad del acto administrativo y otra la carga probatoria que le incumbe a las partes, la cual no puede satisfacer la Administración advirtiendo solamente que su acto está amparado en dicha presunción."

*"Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado bajo los cargos de desviación de poder y falsa motivación, ya que quedó acreditado en el proceso que en su expedición la administración se desvió de los fines del retiro por llamado a calificación del servicio y su verdadera motivación fue la vinculación pública de este oficial por parte del gobierno nacional al escándalo de los llamados "falsos positivos"..."*¹³

viii) Igualmente el H. Tribunal administrativo de Cundinamarca en caso similar determinó:

"...Dicha evaluación fue efectuada al amparo del Decreto 1799 de 2000 "Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones" el cual señala en sus artículos 2º, 3º, 5º, 28, 48, 52, 53, 54, 61 y 62 lo siguiente:

"ARTÍCULO 2º. NATURALEZA. El sistema de evaluación y clasificación para Oficiales y Suboficiales se fundamenta en los siguientes conceptos:

¹³ Tribunal Administrativo del Magdalena, exp. No.47-001-3331-001- 2009-00271-01, Actor: Néstor Camelo Piñeros vs. Nación-Mindefensa-Ejército Nacional, Nulidad y Restablecimiento del derecho, 25-JUN-2012. M.P. Pedro Olivella Solano.

“Evaluación.

Es un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación.”

“Importancia de la evaluación.**Para el evaluado**

Ofrece una evaluación válida acerca de su situación con respecto de sus metas personales y profesionales y otorga fundamentos para que tome las decisiones más adecuadas para la orientación de su vida profesional y personal.”

“Para el evaluador

Establece el compromiso con el perfeccionamiento personal y profesional del subalterno y permite generar la orientación requerida.

Facilita el cumplimiento de las funciones profesionales de dirigir, administrar e instruir al talento humano.”

“Para la institución

Da información válida para la toma de decisiones en cuanto a la administración del talento humano”. (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 3º. OBJETIVOS. Los objetivos de la evaluación son los siguientes:

Obtener y registrar información válida acerca del desarrollo del perfil profesional.

Valorar el desempeño profesional del evaluado durante un período determinado.

Identificar el personal que reúne los requisitos profesionales exigidos para continuar en la Carrera Militar.

Servir como instrumento para otorgar incentivos y aplicar correctivos, con base en las necesidades detectadas.

Detectar las necesidades de capacitación para el cumplimiento eficiente del objetivo institucional.

Determinar la responsabilidad del evaluador y evaluado a través del seguimiento permanente del desempeño profesional y el comportamiento personal”. (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 5º. CRITERIOS. En el proceso de evaluación y clasificación se tendrán en cuenta las siguientes orientaciones:

a. Las autoridades evaluadoras deben compenetrarse plenamente con la importancia y la seriedad de las evaluaciones, agotando conscientemente todos los medios para que estas reflejen una apreciación justa y exacta del evaluado, a la vez que constituya motivo de prestigio profesional y confianza para el evaluador.

Tanto la benevolencia como la extrema severidad, demeritan el valor de la evaluación.

El proceso de evaluación y clasificación se constituye en herramienta de selección y permanencia, razón por la cual, es tarea ineludible.

La función de evaluar es parte importante de la conducción y administración de personal, puesto que permite colocar y emplear a los individuos de acuerdo con los méritos ya observados, siendo por lo tanto una de las funciones del mando, a la cual los comandantes deben dedicar toda la atención y el tiempo que sean necesarios para que la evaluación constituya un documento exacto y oportuno.

El proceso de evaluación y clasificación es un mecanismo para mantener una cultura institucional y un ambiente adecuado de disciplina militar, orden interno y formación del profesional militar deseado.

e. Todo evaluador observará separadamente cada uno de los aspectos que conforman las funciones y actividades desempeñadas por el evaluado, poniendo especial atención en aquellas que deben primar en razón de la misión institucional.

f. para efectos de evaluación únicamente se tendrá en cuenta las actividades desarrolladas por el evaluado dentro del lapso de evaluación correspondiente.

g. Dentro de un proceso de evaluación y clasificación ideal para las Fuerzas Militares, la mayoría de los Oficiales y Suboficiales deberán encontrarse en niveles de excelencia profesional”. (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 28. FINALIDAD. Los documentos de evaluación tienen el propósito de suministrar

elementos de juicio para sustentar las decisiones en la administración de personal y contribuir a la formación y superación profesional del evaluado. (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 48. DEFINICIÓN. La lista de clasificación es un mecanismo de la fase de clasificación, que permite ordenar en grupos de calidad a oficiales y suboficiales de acuerdo con los resultados obtenidos en sus evaluaciones.

“ARTÍCULO 52. LISTAS DE CLASIFICACIÓN. Para los propósitos de clasificación se establece cinco (5) listas así:

Lista número UNO indica nivel EXCELENTE

Lista número DOS indica nivel MUY BUENO

Lista número TRES indica nivel BUENO

Lista número CUATRO indica nivel REGULAR

Lista número CINCO INDICA NIVEL deficiente (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 53. OBJETO DE LAS LISTAS. Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre:

Ascenso de personal.

Asignación de premios, distinciones o estímulos

Mejor utilización del talento humano y capacitación

Retiros del servicio activo. (Destaca la Sala)

“ARTÍCULO 54. LISTA UNO. Son clasificados en lista UNO, quienes en su evaluación anual obtengan los indicadores evaluados entre “Bueno y Excelente”, de los cuales como mínimo dos (2) en “Excelente” y dos en “Muy Bueno”. De los indicadores en “Excelente” uno (1) por lo menos ha de corresponder a desempeño en el cargo. (Destaca la Sala).

“ARTÍCULO 61. RETIRO. Serán retirados del servicio activo dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de clasificación:

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares clasificados en lista CINCO

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplidos 15 o más años de servicio sean clasificados en lista CUATRO.

“ARTÍCULO 62. PERÍODO DE OBSERVACIÓN. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que sean clasificados en lista CUATRO entran en período de observación durante un año con excepción del personal considerado en el literal b del artículo anterior

PARÁGRAFO. 1º. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares afectados por este artículo, deberán obtener la clasificación mínima en lista TRES al finalizar el período de observación.

PARÁGRAFO 2º. Si durante el transcurso del año de observación, el Oficial o Suboficial no da indicios de reforma y se coloca en una situación que no puede clasificar en lista TRES, puede ser evaluado y clasificado en cualquier momento, con el objeto de definir su situación”

“De acuerdo con las disposiciones citadas las evaluaciones tienen como objetivos entre otros, suministrar a la institución “información válida para la toma de decisiones en cuanto a la administración del talento humano” e “identificar el personal que reúne los requisitos profesionales exigidos para continuar en la carrera militar”, constituyéndose en una importantísima “herramienta para la selección y permanencia” de los uniformados. Así mismo, prescribe la normatividad trascrita, que las listas de clasificación componen la base fundamental o los elementos de juicio “para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir”, entre otros asuntos, sobre el “retiro del servicio activo”.

“Con estos antecedentes, resulta contradictorio que la administración haya expedido el acto de retiro invocando “razones del buen servicio”, siendo que el rendimiento laboral del uniformado fue óptimo e indicativo de la eficiencia en la prestación del mismo y por esta razón, la Sala no encuentra justificado prescindir de un oficial que en la última calificación obtuvo resultado satisfactorio y que en la hoja de vida presentó múltiples anotaciones positivas. (He subrayado.)

“No encuentra el Tribunal razonable ni lógico que un militar con una impecable trayectoria como el actor, de un momento a otro descuide el cumplimiento de sus funciones y se convierta en un servidor que con su conducta empañe la imagen de la institución.

“Es de resaltar, que el Ejército Nacional no desplegó tarea alguna para defender la presunción de legalidad de su decisión, pues, en la contestación de la demanda se limitó a invocar la normatividad que consagra la facultad discrecional, sin realizar esfuerzo probatorio alguno- por mínimo que fuera- que justificara la decisión, v.gr., demostrar la existencia de informes de inteligencia o contrainteligencia que comprometieran el actuar del actor, además, tampoco se pronunció sobre los hechos puntales sobre los que éste estructura sus pretensiones. (He colocado negrilla)

“(...)”

“... No pasa la Sala por inadvertido, tal como lo asegura el a-quo, que en numerosos pronunciamientos se viene sosteniendo que el acto por el cual se retira discrecionalmente un uniformado del servicio, se supone expedido en aras del buen servicio público, y que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre, apreciación que tiene asidero en disposiciones tales como que toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso y que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen como lo prevén los artículos 174 y 177 del C. P.C.

“Sin embargo, en asuntos como el presente la hoja de vida del actor es prueba suficiente para demostrar que con la expedición del acto acusado se desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional, pues los méritos personales del servidor derivados de su experiencia en la institución y el cumplimiento de las responsabilidades a él encomendadas, con ausencia de antecedentes disciplinarios, garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira. Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de retiro sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A., cuyo tenor literal es el siguiente: (He colocado negrilla)

“ARTICULO 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

“La resolución 1356 de 22 de noviembre de 2004, por medio de la cual se retira al actor, no persiguió razones del buen servicio público, pues no obra en el expediente ningún elemento de convicción del cual se desprenda que las razones que llevaron a retirar al militar propendían en algún sentido a mejorar el servicio público. En situaciones como la presente se invierte la carga de la prueba, es decir, correspondía al Ejército Nacional demostrar que con el ejercicio de la facultad discrecional, se proponía mejorar el servicio público a su cargo, e indicar en qué condiciones, de lo contrario se pone en evidencia la falsa motivación y el desvío de poder. (He colocado negrilla).

“Cabe agregar, que la decisión de retirar al actor implica para la administración perder la invaluable experiencia que acumuló en la entidad, así como lo invertido en su capacitación como militar, que seguramente fue un estímulo por su buen desempeño; agregando a ello los nuevos esfuerzos en términos de tiempo y dinero para capacitar un nuevo uniformado.

“Considera la Sala, que la experiencia acumulada, los méritos reconocidos y la capacitación son condiciones propias del buen empleado que le deben significar un cierto grado de estabilidad y debe acrecentar su derecho de permanencia en la medida en que contribuya a la mejor prestación del servicio público. En casos como el de autos, cuando una persona ha entregado su dedicación, capacidad y responsabilidad para el buen suceso de la función que le fue encomendada durante más de 19 años, es lógico concluir que la administración ha desatendido las razones del buen servicio al removerlo y por ende, ha incurrido en un vicio de abuso o desviación de poder”

“La Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2006, al estudiar la exequibilidad de los artículos 104 del Decreto No. 1790 de 2000 “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” y 4º de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica lo pertinente a este asunto, el Decreto-

ley 1791 de 2000," los cuales consagran respectivamente la facultad discrecional de retirar a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, dijo lo siguiente:

"(...)"

"... La facultad discrecional para retiros de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas y explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que marca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia mínima de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y iii) la obtención de una unidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional."

"(...)"

"Entonces, teniendo en cuenta el análisis de la hoja de vida del actor, considera la Sala que la mentada facultad discrecional fue inadecuadamente utilizada, pues, los valores estimados por la Corte Constitucional como relevantes a la hora de analizar este tipo de determinaciones, tales como el cumplimiento de las funciones, la disciplina, la moralidad y la eficacia no fueron suficientemente considerados por las directivas del Ejército Nacional.

"Existió pues a juicio de la Corporación un propósito oculto y por demás contrapuesto al "buen servicio" que se alegó para retirar al demandante. No desconoce el Tribunal que situaciones personales de otros miembros de la Institución puedan llegar a afectar la imagen y el servicio que presta la Institución y que en tales eventos la decisión de retiro es comprensible, pero este definitivamente no es el caso del actor, pues, algo se concluye de su hoja de vida que obra en el proceso, es que su permanencia y desempeño en el Ejército Nacional no afectaban negativamente la gestión que le corresponde a esa entidad, sino todo lo contrario la enaltecía.

"Los anteriores argumentos, conllevan al Tribunal a revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará la nulidad, en lo que concierne al actor, de la Resolución No. 1356 del 22 de noviembre de 2004 proferida por el Ejército Nacional" ¹⁴

ix) El H. Consejo de Estado respecto a la facultad discrecional. No razonabilidad y vulneración del mejoramiento del servicio, el cual trasgrede la moralidad y eficacia administrativa-**Desviación de Poder-** esbozó:

"... En efecto, el hecho de que dentro del año inmediatamente anterior al retiro del servicio del señor Mario Alberto Cañas Ortega, esto es, entre el 1 de octubre de 2002 y el 30 de septiembre de 2003, se restringen ceca de sesenta y seis (66) anotaciones positivas referidas a su condición profesional, ejercicio de mando, competencia administrativa y desempeño permite concluir que, la permanencia del demandante como Mayor de Infantería no resultaba inconveniente para el Ejército Nacional toda vez, que oficiales de tan altas calidades personales y profesionales son los que se esperan integren las filas de los cuerpos castrense del País con el único fin, de garantizar el cumplimiento de la finalidad que la misma Constitución Política le ha asignado el Ejército Nacional, a saber, la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional, así como del orden constitucional vigente (artículo 217 de la Constitución Política).

Las anteriores circunstancias son corroboradas, en primer lugar, por el reporte arrojado por la base de datos de la Dirección de Informática del Ejército Nacional, visible a folio 66 del expediente en el cual se enumeran tres (3) condecoraciones recibidas por el demandante en el año inmediatamente anterior a su retiro, la última de las cuales le fue impuesta tres meses antes de que se adoptara la referida decisión por parte del Ministro de Defensa Nacional y, en segundo lugar, por el concepto de idoneidad profesional suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería No. 14, unidad de la cual hacía parte el demandante, como Mayor de Infantería, en el que incluso se recomienda su participación en el Curso de Estado Mayor previsto para el año 2005(fl.s.64 a 65).

¹⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, Exp. No.2005-2982-02 de 13 de agosto de 2009. Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. Controversia RETIRO DISCRECIONAL. M.P. Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino.

Resulta para la sala, contradictorio por decir lo menos que un Oficial cuyas calidades personales y profesionales son exaltadas, en reiteradas ocasiones, por su superiores, mediante anotaciones, conceptos y condecoraciones, debe ser retirado del servicio mediante el ejercicio de una facultad discrecional como lo es, para el caso concreto, el llamamiento a calificar servicios, que bajo el entendido de la jurisprudencia de esta corporación, se supone siempre empleada en beneficio y mejoramiento del servicio.

Sobre este punto, no pretende la Sala imponer límites mediante consideraciones subjetivas, a la facultad discrecional con que cuenta el Presidente de la Republica, y en ocasiones los altos mandos militares y el Ministro de Defensa, para remover a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de lo que se trata es, de reiterar, que el ejercicio de la referida facultad discrecional debe estar acorde a los fines de la norma que le autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como lo establece el artículo 36 del código contencioso Administrativo.

Bajo este supuesto, considera la sala que la decisión de retirar del servicio al señor Mario Alberto Cañas Ortega no solo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional.

*Así mismo, debe decirse que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un Oficial del Ejército Nacional, cuyas calidades personales y profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no solo afecta los derechos particulares del señor Mario Alberto Cañas Ortega sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares...*¹⁵(Subrayado fuera de texto).

x) H. Magistrados, respecto de la falsa motivación y desviación de poder de los actos administrativos, permítame con todo comedimiento remitirme a la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A M.P. Dra. **Sandra Lisset Ibarra V. (hoy H. Consejera de Estado), 22 de abril de 2010 en la que sostuvo:**

"(...) Acude la Sala a la doctrina, a efectos de fijar los conceptos claves del argumento de esta providencia, sosteniéndose por los tratadistas, que se está frente al concepto de desviación de poder, cuando la administración pretende alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general o a dicha autoridad en particular."

"En consecuencia, hay desviación de poder en el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico. Se caracteriza porque el hecho de que acto nace con apariencia externa de legalidad no siendo objetable por vicio de forma, o de procedimiento, mucho menos por vicio en el objeto".

"Eventualmente, se sostiene que la desviación de poder solo podría haber ido acompañada de una falsa motivación".

*"También considera la Doctrina que la desviación de poder es una falta grave, que comete quien detenta el poder cuando infringe el ordenamiento jurídico **afectando un interés público concreto**, un fin que justifica el ejercicio mismo de las potestades públicas".*

"Carnelutti, define el exceso del poder como "aquel ejercitado más allá de la medida "por lo tanto, exceso de poder será para él originariamente el uso de los poderes conferidos para una función determinada fuera de los límites de dicha función".

¹⁵ El H Consejo de Estado en Sentencia de 17 de noviembre de 2011, consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE radicación número: 68001-2011-31-000-2004-00753-01(0779-11)

“Recomienda la doctrina entonces, que debe buscarse la desviación de poder en la intención de la autoridad pública que expide el acto la cual se aparta de los fines asignados a la persona jurídica pública que como ya se dijo, debe ser de interés general”.

“En conclusión, existe entonces desviación de poder cuando incurre el funcionario que ejerce sus atribuciones con miras a lograr un fin distinto del que contempla la ley...”

“(...)”

“La desviación de poder, ausculta el aspecto finalista de la decisión administrativa, por lo que en muchas ocasiones no resulta de una prueba directa, siendo necesario inferirla a partir de ciertos indicadores uniformes surgidos de premisas fácticas plenamente probadas.” (He subrayado)

“Esta Sala¹⁶ ha sido del criterio que una buena hoja de vida por sí sola no configura desviación de poder, máxime que lo normal en el desempeño de funciones públicas es la idoneidad de quien las desarrolla. No obstante, a diferencia de la ya citada este documento se convierte en un hecho indicador a partir de sus anotaciones positivas en el pasado inmediato que superan el normal rol de un servidor público, que construye una conclusión bastante probable y lógica en el sentido de que el retiro no buscó una mejora del servicio prestado por el saliente, ya que éste por su especial connotación era desenvuelto de manera eficiente y sobresaliente.” (He subrayado)

“Como pasa a verse, es un hecho probado que el demandante era una excelente servidor público, de esa circunstancia da fe no solo su hoja de vida, en donde obran mayoritariamente felicitaciones y anotaciones positivas, obtenidas algunas de ellas inclusive en los preliminares de su retiro, sino también las calificaciones obtenidas en el 2001 y parte del 2002, es decir durante el último año de servicios, en donde se lee que obtuvo una calificación excepcional”.

“De lo anterior puede afirmarse sin lugar a equívocos que con el retiro del actor no se buscó la mejora del servicio, que por cierto era excepcional de acuerdo a la evaluación de su desempeño laboral. (...) Del mismo modo, se concluye que la decisión discrecional acusada de ilegal, no consultó sus antecedentes inmediatos, especialmente el desempeño laboral del demandante a partir de su hoja de vida”.

“En este aspecto resulta pertinente citar la siguiente sentencia del H. Consejo de Estado: 2. VALORACIÓN DE LA HOJA DE VIDA PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL. De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICÍA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la tratinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregonan insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas”. (He subrayado)

“Como corolario del punto precedente, no se trata de invertir la carga de prueba sino de hacer realidad la noción de presunción de hecho en que se fundamentan los actos discrecionales, toda vez que venía ostentando rasgos similares a la presunción de derecho y que se reflejaban en la dificultad de destruir el supuesto de mejoramiento del servicio”.

“En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que se oponen a la adopción de la medida, le corresponde justificar su decisión que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa”.¹⁷ (He subrayado)

¹⁶ “TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Sentencia del 9 de abril de 2010. Radicación No. 25000-23-25-000-2003-01935-02”

¹⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, 22 de abril de 2010, M.P. Sandra Lissete Ibarra V.

"(...) Acude la Sala a la doctrina, a efectos de fijar los conceptos claves del argumento de esta providencia, sosteniéndose por los tratadistas, que se está frente al concepto de desviación de poder, cuando la administración pretende alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general o a dicha autoridad en particular."

"En consecuencia, hay desviación de poder en el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico. Se caracteriza porque el hecho de que acto nace con apariencia externa de legalidad no siendo objetable por vicio de forma, o de procedimiento, mucho menos por vicio en el objeto".

"Eventualmente, se sostiene que la desviación de poder solo podría haber ido acompañada de una falsa motivación".

*"También considera la Doctrina que la desviación de poder es una falta grave, que comete quien detenta el poder cuando infringe el ordenamiento jurídico **afectando un interés público concreto**, un fin que justifica el ejercicio mismo de las potestades públicas".*

"Carnelutti, define el exceso del poder como "aquel ejercitado más allá de la medida "por lo tanto, exceso de poder será para él originariamente el uso de los poderes conferidos para una función determinada fuera de los límites de dicha función".

"Recomienda la doctrina entonces, que debe buscarse la desviación de poder en la intención de la autoridad pública que expide el acto la cual se aparta de los fines asignados a la persona jurídica pública que como ya se dijo, debe ser de interés general".

"En conclusión, existe entonces desviación de poder cuando incurre el funcionario que ejerce sus atribuciones con miras a lograr un fin distinto del que contempla la ley..."

"(...)"

"La desviación de poder, ausculta el aspecto finalista de la decisión administrativa, por lo que en muchas ocasiones no resulta de una prueba directa, siendo necesario inferirla a partir de ciertos indicadores uniformes surgidos de premisas fácticas plenamente probadas." (He subrayado)

"Esta Sala¹⁸ ha sido del criterio que una buena hoja de vida por sí sola no configura desviación de poder, máxime que lo normal en el desempeño de funciones públicas es la idoneidad de quien las desarrolla. No obstante, a diferencia de la ya citada este documento se convierte en un hecho indicador a partir de sus anotaciones positivas en el pasado inmediato que superan el normal rol de un servidor público, que construye una conclusión bastante probable y lógica en el sentido de que el retiro no buscó una mejora del servicio prestado por el saliente, ya que éste por su especial connotación era desenvuelto de manera eficiente y sobresaliente." (He subrayado)

"Como pasa a verse, es un hecho probado que el demandante era un excelente servidor público, de esa circunstancia da fe no solo su hoja de vida, en donde obran mayoritariamente felicitaciones y anotaciones positivas, obtenidas algunas de ellas inclusive en los preliminares de su retiro, sino también las calificaciones obtenidas en el 2001 y parte del 2002, es decir durante el último año de servicios, en donde se lee que obtuvo una calificación excepcional".

"De lo anterior puede afirmarse sin lugar a equívocos que con el retiro del actor no se buscó la mejora del servicio, que por cierto era excepcional de acuerdo a la evaluación de su desempeño laboral. (...) Del mismo modo, se concluye que la decisión discrecional acusada de ilegal, no consultó sus antecedentes inmediatos, especialmente el desempeño laboral del demandante a partir de su hoja de vida".

"En este aspecto resulta pertinente citar la siguiente sentencia del H. Consejo de Estado: 2. VALORACIÓN DE LA HOJA DE VIDA PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD Y

¹⁸ "TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Sentencia del 9 de abril de 2010. Radicación No. 25000-23-25-000-2003-01935-02"

RAZONABILIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL. De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICÍA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la tratinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas". (He subrayado)

"Como corolario del punto precedente, no se trata de invertir la carga de prueba sino de hacer realidad la noción de presunción de hecho en que se fundamentan los actos discrecionales, toda vez que venía ostentando rasgos similares a la presunción de derecho y que se reflejaban en la dificultad de destruir el supuesto de mejoramiento del servicio".

"En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que se oponen a la adopción de la medida, le corresponde justificar su decisión que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa".¹⁹(He subrayado)

xi) H. Magistrados permítame con todo comedimento insistir que al ser cuestionado el acto administrativo en sede judicial no releva a la entidad demandada de defender la legalidad de la actuación, amparándose en la presunción de legalidad de mismo, **ni mucho menos al A-quo de efectuar la valoración de la pruebas con respecto a las normas expuestas como violadas**,

xii) H. Magistrados, respecto de la estabilidad laboral, traigo a colación a este libelo lo sostenido por la H. Corte Constitucional, "...el principio de estabilidad laboral se entiende como la certidumbre que debe asistir a los empleados en el sentido que, **mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la Ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo**. Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella **sólo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas** derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado (...) Cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador se tiene como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral". (Sentencia C-501 de 2005; subrayado y negrillas fuera de texto).

II. Honorables Magistrados, por último, los siguientes puntos para sintetizar:

a. El **A-quo** fundamentó jurídicamente el fallo, interpolando el **Art 103 del D.L. 1799/00** que consagra la causal de retiro por "Llamamiento a Calificar Servicios" con el "Retiro Discrecional por Voluntad del Gobierno", que no está establecida como causal de retiro de Oficiales y suboficiales de las fuerzas Militares en las normas que rigen esta carrera especial, lo que **configura vía de hecho por defecto material o sustantivo**, tal como lo ha sostenido la H. Corte constitucional en la Sentencia **SU-659/15**²⁰

b. El **A-quo** interpretó erróneamente las normas de carrera militar y el precedente judicial vinculante con el que sustentó el fallo impugnado, en particular, las sentencias **SU-091/16** toda vez que la misma Corte Constitucional estableció

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, 22 de abril de 2010, M.P. Sandra Lissete Ibarra V.

²⁰ SU -659/15 "La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que **el defecto material o sustantivo se presenta cuando "la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto**. De igual forma ha señalado que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En este sentido has señalado que por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho."²⁰ (He colocado negrilla)

preferencia de su precedente judicial ante las del H. Consejo de Estado. Sentencia la H. Corte Constitucional al ocuparse del estudio de Constitucionalidad del Art. 102 de la Ley 1437/11²¹.

c. El estudio que debió elaborar el Comando del Ejército, para presentar el demandante a la Junta Asesora para **concepto previo** habilitante para que el Ministro de Defensa prohiriera el acto administrativo demandado **no fue allegado al proceso, sin que el A-quo hubiera hecho uso de los poderes correccionales establecidos en el Art 44 de la ley 1564/12 C.G.P., para que la entidad demandada lo remitiera o manifestara la omisión de esta prueba en el trámite del acto administrativo demandado.**

d. El fallo impugnado no contó con las formalidades establecidas en el Art. 187 de la ley 1437/11 CPACA de efectuar un análisis crítico de las pruebas, y de los razonamientos legales con lo que el **A-quo** infringió los principios rectores que gobiernan la actuación judicial establecidos en el **art. 230 de la Carta Política** y en particular el debido proceso, limitándose a emitir el pronunciamiento con fragmentos jurisprudenciales que han sido revaluados y apreciaciones subjetivas esbozadas en sus conclusiones.

e. Para proferir el fallo impugnado el **A-quo**, no realizó un serio análisis de las pruebas aportadas con la demanda y admitidas en la audiencia inicial, especialmente los testimonios rendidos por la señora Patricia Elena Giraldo Sierra y el señor Coronel Omar Hernán Rivera Ordoñez.

f. H. Magistrados, la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan la función pública, **Art. 209 de la Carta Política** en la medida en que el retiro del servicio activo del Ejército Nacional del demandante, cuyas calidades personales y profesionales fueron reconocidas por la misma administración no resulta acorde **con la moralidad y eficacia** que se espera de una decisión que como en el caso concreto, no solamente afecta los derechos particulares del señor Teniente Coronel (RA) **Barrera Mendivelso** sino también el interés general de la comunidad quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares de la Nación.

g. Así las cosas, las consideraciones anteriores nos permiten establecer sin lugar a dudas **que no fue la búsqueda del buen servicio la que se perseguía con la expedición del acto administrativo demandado y su preparatorio**, sino adoptar una decisión que no consultaba la realidad de la prestación del servicio por parte del Oficial demandante y de sus capacidades como miembro de la institución castrense, decisión a todas luces carente de los ingredientes que sustentan las normas de carrera militar y contraria al espíritu que debe estar presente en el ejercicio de la facultad discrecional.

h. Resulta contradictorio por decir lo menos, que un Oficial del Ejército Nacional cuyas calidades personales y profesionales son exaltadas, en reiteradas ocasiones, por sus superiores **mediante felicitaciones, anotaciones de mérito con conceptos positivos y condecoraciones** deba ser retirado ilegalmente del servicio activo mediante el ejercicio de una facultad establecida en el régimen de carrera militar, que bajo el entendido del precedente judicial vinculante supone siempre **se emplea en beneficio y mejoramiento del servicio.**

i. En el anterior punto no se pretende por parte del demandante imponer límites

²¹ "...Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades..." determinó "...que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretadas las normas Constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpretan las normas Constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia²¹..." (He subrayado)

mediante consideraciones subjetivas a las facultades discrecionales del Gobierno Nacional para retirar a los miembros de la Fuerza Pública, de lo que se trata es, de reiterar que el ejercicio de las facultades establecidas en el régimen de carrera militar para retirar a sus miembros, **debe estar acorde a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa como lo establece el Art. 44 del CPACA** y como lo ha reiterado insistentemente el precedente judicial vinculante.

j. Detenerse en el estudio del D.L.1799/00, para conocer el procedimiento que se debe seguir para retirar del servicio activo a un miembro de las Fuerzas Militares, cuyas normas fueron insertas en este libelo introductorio y que fue totalmente desconocidas por la institución castrense.

Espero con la convicción de un soldado y la fe de tener una cumplida justicia, que el H. Cuerpo Colegiado, se tome el tiempo para leer este memorial, las normas aplicables al caso controvertido, los cargos y el sustento probatorio que obran en la demanda.

Por manera que, respetuosamente solicito a los H. Magistrados, **revocar** el fallo impugnado y acceder a las súplicas formuladas en la demanda y debidamente demostradas en el proceso, por cuanto el Comandante del Ejército y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, desconocieron abiertamente las normas de los **D.L. 1790/00** y **D.L. 1799/00** señaladas en la demanda y en este escrito de sustentación del recurso legalmente interpuesto, además el fallo se edificó obviando el abundante precedente judicial de la H. Corte Constitucional y H. Consejo de Estado sobre el caso, lo que viola de manera flagrante el debido proceso y hace procedente su revocación.

De los Honorables Magistrados, con toda consideración y respeto,



Luis María Acosta Oyuela

C.C. 3.181.590

T.P. 69.322