



462

Tunja, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2.019)

EXPEDIENTE:	54-001-33-31-004-2011-00192-00.
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE:	LUIS LEONARDO SALCEDO SIERRA.
DEMANDADO:	MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.
TEMA:	LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

Conforme al Acuerdo PCDJA18-1164 de 29 de noviembre de 2018 emitido por el H. Consejo Superior de la Judicatura, procede el despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. LA DEMANDA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS:

La demanda estuvo encaminada a que se declare la nulidad de la Resolución Ministerial No. 6837 del 22 de diciembre de 2010, mediante la cual el actor fue llamado a calificar servicios.

De igual forma pidió que se declare la nulidad de los actos administrativos No. 20115620120341 de fecha 15 de febrero de 2011 y el distinguido como Situación Laboral rad. No. 20115620216301 de fecha 15 de marzo de 2011.

Requirió que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene su reintegro (sin solución de continuidad) de manera inmediata al Ejército Nacional en el grado que legalmente correspondiera de superior jerarquía y equivalente al que ostentan los compañeros de curso ascendidos a partir del 1 de diciembre del 2010, siendo éste el de Coronel efectivo, según Decreto No. 4489 de diciembre 1 de 2010, es decir, a la Brigada Móvil No. 23, adscrita a Norte de Santander, con sede en la Brigada 30 grupo masa de Cúcuta.

Demandó también que se ordene el pago de salarios y demás prestaciones sociales legales y extralegales, dejados de percibir, desde el día 1 de diciembre del 2010, correspondientes al grado de Coronel.

Solicitó que se condene a la entidad demandada, al pago de los perjuicios morales causados por el despido y retiro injustificado.

De igual manera pidió condenar al reconocimiento del daño causado y al resarcimiento del lucro cesante y daño emergente, causados al demandante, consistente en pagar intereses moratorios o en su defecto fueran indexados todos los pagos, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor o al por mayor certificados por el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) o por el que la ley autorizara, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, mes a mes, de cada uno de los beneficios desde su causación, hasta el día del pago.

Por último, requirió que la demandada cumpla con la sentencia, en los términos señalados por los artículos 176 y 177 del C. C. A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones se narran los siguientes:

Que el demandante ingresó al Ejército Nacional el 23 de enero de 1986 y fue retirado, mediante llamamiento a calificar servicios el día 22 de diciembre de 2010.

Que el demandante laboró para la entidad por 25 años de servicio donde obtuvo 124 felicitaciones y 12 condecoraciones.

Que el demandante desarrolló los cursos de especialista en administración de recursos militares, profesional en ciencias militares, especialista en seguridad y defensa nacional.

Que el demandante al momento de su retiro era el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Brigada Móvil No. 23, adscrita al Norte de Santander, con sede en la Brigada 30 grupo masa de Cúcuta.

Que el demandante fue llamado a concurso para optar al ascenso a Coronel, junto con 104 Oficiales más, de igual manera que fue incluido en el listado de aspirantes seleccionados para ser promovido al grado superior.

Que el demandante el día 29 de enero del 2010 presentó y aprobó la primera prueba que comprendían exámenes médicos, prueba física, conocimiento general e inglés, igualmente que el día 23 de abril del 2010 aprobó satisfactoriamente los segundos exámenes, pero que el tercer examen que era el día 30 de julio del 2010, nunca se realizó.

Que el día 30 de julio del año 2010 con base en las evaluaciones practicadas por el Comité Evaluador, se le notificó al demandante la comunicación No. 19072033 del 30 de julio de 2010, por medio de la cual se recomendaba su nombre para el ascenso al grado de coronel.

Que, no obstante, mediante comunicación No. 236176 de fecha octubre 15 de 2010, se le informó al demandante que no se encontraba su nombre dentro de los Tenientes Coroneles próximos a ascender.

Que el demandante solicitó reconsideración de la decisión la cual fue negada, sin embargo, que el actor envió informes al señor General Comandante del Ejército, Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante de las Fuerzas Militares, informándoles los motivos de tipo personal del Segundo Comandante del Ejército Nacional señor Ricardo Antonio Vargas Briceño, por las cuales -a su parecer- había sido excluido arbitrariamente del listado.

Que el demandante presentó acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, la cual fue concedida y se ordenó el inmediato

reintegro sin solución de continuidad laboral, a un cargo de igual o superior categoría del que venía ocupando, suspendiendo los efectos de la Resolución No. 6837 de 22 de diciembre del 2010 hasta que fuera motivada y se le concedieran los recursos de ley.

Que pese al cargo que ostentaba a la fecha del llamamiento a calificar servicios (Segundo Comandante y Jefe del Estado Mayor de la Brigada Móvil No. 23 con sede en Cúcuta) la Institución lo reintegró como coordinador de Instrucción y Seguridad Militar, cargo que afirmó lo desempeñaba un oficial de menor rango, así mismo señaló que el traslado se desarrolló sin gastos ni prima de instalación a la cual tenía derecho.

Que como consecuencia de la sentencia de tutela, se dio respuesta al demandante motivando el retiro mediante comunicación radicada No. 20115620120341 de 15 de febrero de 2011, en la cual se manifestó que la decisión se basó en el datado de comando de 21 de junio de 2010, mismo que aseguró el demandante se encuentra en contravía del informe emitido primigeniamente para el ascenso.

Que mediante comunicación de 15 de marzo de 2011, radicado 20115620216301, se le puso de presente al demandante que; la Resolución 6837 recobraba sus efectos jurídicos, no obstante indicó que dicho acto administrativo fue expedido con falta de competencia toda vez que fue suscrito por el Subdirector de Personal del Ejército, persona que no podía hacerlo en virtud del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se acusa los actos demandados de infringir disposiciones de orden Constitucional y Legal, así:

Del orden Constitucional

Artículo 13, 29 y 217.

Del orden legal

Artículo 53 y 99 del Decreto 1790 del 2000.
El artículo 76 y 176 del C.C.A

Sostuvo que el demandante cumplía todos y cada uno de los requisitos para el ascenso al grado de coronel, mismos que eran exigidos conforme al artículo 53 del Decreto 1790 de 2000.

Hizo un análisis de lo actuado en el trámite de tutela, para concluir que el demandante debió haber sido tenido en cuenta para el ascenso pues se había recomendado ascender a 73 Oficiales, pero posteriormente se excluyeron cuatro de los seleccionados para incorporar a otros once dentro de los cuales se incluyó a ocho oficiales a los que ya se les había negado el ascenso en el acta de evaluación No. 014; es decir, que habían finalmente, tres (3) oficiales que ni en la primera acta ni en la segunda, fueron seleccionados para ascender pues contaban con investigaciones en contra de los derechos humanos y sin

embargo resultaron ascendidos, lo que dejaba sin sustento las afirmaciones de la accionada frente a los cupos y el presupuesto para el ascenso.

Señaló que se presentó incompetencia en el acto administrativo contenido en la comunicación rad. 20115620216301 de fecha 15 marzo de 2011, pues fue suscrita por un oficial en el grado de Teniente Coronel que no era el Ministro de la Defensa desconociendo que es ésta la autoridad competente por mandato legal para suscribir el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios del demandante.

Estimó que había una clara violación al debido proceso del demandante, pues pese a que este había sido reintegrado mediante Decreto firmado por el señor Ministro de Defensa, el nuevo llamamiento a calificar servicios se había realizado mediante comunicación firmada por un funcionario que no era competente, de igual manera afirmó que esa comunicación no se había motivado, ni tampoco se había estimado susceptible de recurso de reposición, actuación administrativa que adujo estar en contra del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, por que se habían ascendido a otros oficiales que ni siquiera fueron recomendados, en ninguno de los dos comités.

Aseguró que se había inaplicado el procedimiento para negar los ascensos pues no se había tenido en cuenta los conceptos del denominado Comité quienes habían creado un procedimiento que consistía en tres pruebas, para estudiar y evaluar a los prospectos que podían ser ascendidos al grado inmediatamente superior.

De similar forma señaló que había una clara violación al derecho de igualdad del demandante, por cuanto se ascendieron al grado inmediatamente superior a oficiales que fueron, estudiados pero no recomendados por el Comité nombrado y facultado para este fin.

Estimó que en el presente asunto había una discrecionalidad insana, pues esta facultad no era absoluta del Ejército, toda vez que debería estar acorde con los derechos del individuo, o de lo contrario se otorgaba la facultad de impugnar las decisiones administrativas, de allí, mencionó que para el sub judice no se concebía cómo se había creado un Comité que había establecido unas reglas, para garantizar la continuidad en la calidad de prestación del servicio, pero que una vez culminado el objetivo se desconociera todo este proceso, y se nombrará a su antojo inclusive hasta personas involucradas en procesos judiciales, contrariando su misma reglamentación.

Aseveró que había falsa motivación de la Resolución No. 6837 de diciembre 22 de 2010, en la medida que la institución había indicado que el sustento de la misma era informe o exclusivo de comando datado 21 de junio de 2010, no obstante que i) este no correspondía con la comunicación a 20115620120341 de 15 de febrero de 2011, ii) el informe había sido objeto de falsificación en diversos aspectos y conceptualizaciones, iii) se advirtió que el retiro se debió a la falta de cupos y presupuesto, aun cuando se habían incluido 11 personas que no contaron con el concepto favorable de ascenso del Comité, iv) se había emitido el acta 1698 de octubre 6 de 2010 que trata de la evaluación final del estudio por parte del supuesto Comité de evaluación de los oficiales de grado teniente coronel, cuando ya se había extendido un acta anteriormente es decir la 014 de julio 19 de 2010, no obstante, manifestó que el acta de 6 de octubre

464

de 2010, carecía de orden en su paginado y secuencia, por lo que se notaba que había sido manipulado su contenido.

Por último, indicó que también había desviación de poder, por cuanto afirmó que el no ascenso surgió de una desavenencia con el señor General Ricardo Vargas Briceño, ante la no aceptación de la compra de unas autopartes que habían sido adquiridos por la entidad, dando como resultado que el alto funcionario creara el comité y falseara el informe respectivo que sirvió de base para negar el ascenso del actor.

II. TRÁMITE DE LA INSTANCIA.

La demanda fue presentada el 10 de agosto de 2011 (f. 12); luego se admitió a través de auto del 23 de agosto del mismo año decisión en la que también se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados y se ordenó el reintegro del demandante (f. 238); dicha providencia, fue notificada en debida forma a la parte demandante el 21 de septiembre de 2011 (f. 257), procediendo la Secretaría a fijar en lista el proceso por el término legal (f. 262), término dentro del cual, la entidad demandada constituyó mandatario judicial y por su intermedio dio contestación a la demanda quien allegó los medios probatorios que pretendía hacer valer.

Posteriormente, se dispuso correr traslado de las excepciones formuladas, vencido el término, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (f. 350). Allegadas las mismas al proceso, el 05 de agosto de 2016, de acuerdo al artículo 210 del C.C.A, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 416), oportunidad aprovechada por los apoderados de las partes para reiterar sus argumentos y correlacionar las pruebas.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS

1- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL:

Inició la exposición de su tesis advirtiendo que los hechos, 2, 4 a 8, 14 y 25 eran ciertos, que los hechos 1, 3, 13 y 18 los aceptaba parcialmente y en definitiva, no eran ciertos los hechos números 9 a 12, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23 y 24.

Concomitantemente señaló oponerse a todas las pretensiones de la demanda y con ello propuso excepciones que denominó:

- a) **Improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de trámite**, este medio exceptivo lo justificó, indicando que los oficios No. 20115620120341 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-JUR de 15 de febrero de 2011 y 20115620216301 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-JUR de 15 de marzo de 2011, eran actos administrativos de trámite, por ello, que contra los mismos no era posible la interposición de recursos o acciones contencioso administrativas, toda vez, que el Subdirector de Personal del Ejército sólo se limitó a cumplir el fallo de tutela, en la medida que el demandante

había sido desvinculado con la Resolución Ministerial No 6837 de 2010.

b) Legalidad y razonabilidad del llamamiento a calificar servicios del Sr. T.C. LUIS LEONARDO SALCEDO SIERRA, sobre esta excepción manifestó que en el caso del demandante, el acto administrativo se presume legal y que se emitió para garantizar el buen servicio, que el señor General Vargas Briceño al que hace referencia el demandante, nada tuvo que ver con el procedimiento del llamamiento a calificar servicios toda vez que entre otras cosas, el concepto técnico MD-CE-BRLOG-BAMANCDO de 12 de agosto de 2008 no fue suscrito únicamente por el demandante y entonces se hubiesen tomado represalias también contra los demás firmantes.

Sumado a lo anterior expuso que con acta No 16 de 20 de noviembre de 2010 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, fueron llamados a calificar servicios un total de 58 oficiales, por ello, - que el demandante en su momento solo había tenido la calidad de preseleccionado.

IV. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO

Como ya se expuso, mediante auto de fecha 05 de agosto de 2016 (f. 416,) se ordenó correr traslado a las partes, quienes se pronunciaron en esencia de la siguiente manera:

Parte actora (f. 447)

Los alegatos allegados por la parte demandante no se tendrán en cuenta, toda vez que fueron aportados al expediente, por un abogado que no cuenta con personería para actuar en el presente proceso.

Parte demandada (f. 417)

Estimó la parte demandada que frente al acto de trámite No. 20115620120341 de fecha 15 de febrero de 2011 y acto de trámite No. 20115620216301 de fecha 15 de marzo de 2011, no se había agotado el requisito de procedibilidad.

Recalcó que el acto administrativo por medio del cual el actor fue retirado fue la Resolución Ministerial No. 6837 de 2010, cuyos efectos jurídicos habían sido suspendidos por el fallo de tutela No. 2011-003 y una vez se da cumplimiento a la sentencia se comunicó al demandante mediante oficio No. 20115620216301 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-JUR de fecha 15 de marzo de 2011 que la Resolución Ministerial No. 6837 de 2010 recobraba los efectos jurídicos.

De igual manera reiteró que el demandante había sido objeto de llamamiento a calificar servicios, conforme a lo reglado en el Decreto 1790 de 2000, por lo que no era cierta la existencia de causales de falsa motivación o

465

desviación del poder en el presente asunto, lo anterior fue soportado con las argumentaciones incluidas en la sentencia de la H. Corte Constitucional T – 107 de 2016.

Ministerio público.

No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. HECHOS PROBADOS.

De las pruebas obrantes en el plenario es posible concluir por el despacho lo siguiente:

1- Que el demandante ingresó al servicio en el Ejército Nacional el día 21 de enero de 1986 (f. 395).

2- Que el demandante, en el grado de Teniente Coronel fue llamado a calificar servicios mediante Resolución Ministerial No. 6837 de 22 de diciembre 2010 (f.246 y ss).

3- Que el actor presentó acción de tutela la cual fue decidida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta- Sala Laboral el día 01 de febrero de 2011, ordenando entre otras cosas la suspensión de los efectos jurídicos de la Resolución Ministerial No. 6837 de 2010, la motivación del acto y el reintegro del demandante sin solución de continuidad al cargo de igual o superior categoría *“hasta tanto se realice la diligencia de notificación personal al accionante y se le dé la oportunidad de interponer el recurso de reposición que procede contra la Resolución 6837 de 2010 y el señor Ministro de Defensa la se solución al mismo si aquél considera conveniente interponerlo”* (f. 58-76).

4- Que se emitió la Resolución Ministerial No 0465 de 08 de febrero de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento al fallo y se reintegró al demandante al servicio activo (f. 152 – 153).

5- Que posteriormente se emitió el oficio No. 20115620120341 de fecha 15 de febrero de 2011, por medio del cual el señor comandante del Ejército Nacional le notifica personalmente al demandante la Resolución Ministerial No. 6837 de 22 de diciembre 2010, se exponen los motivos o el sustento legal de la misma, esto en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de referir (f. 154-158).

6- Que el 15 de marzo de 2011, se emitió por parte del señor Teniente Coronel Sub Director de personal del Ejército Nacional, informe de situación laboral en el cual se le informa al demandante que por no haber interpuesto el recurso de reposición contra la Resolución Ministerial No. 6837 de 22 de diciembre 2010, ésta recobraba efectos frente al llamamiento a calificar servicios (f. 175).

7

7- Que fue aportado un segmento de la hoja de vida del demandante esto desde el 01 de octubre de 2010 y hasta el 30 de septiembre de 2010 donde obtuvo un total de 2 conceptos positivos y 2 llamados de atención (fls. 197 - 200).

8- Que el demandante, por lo menos hasta el 03 de noviembre de 2015 se encontraba vinculado al ejército nacional en el grado de Coronel al cual ascendió el 1 de junio de 2012 según Decreto 1150 de 30 de mayo de 2012 conforme a lo advertido en el extracto de hoja de vida del demandante vista a folio 396.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de los hechos relatados en la demanda y la respectiva contestación se determina como problemas jurídicos los siguientes.

¿Los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad?

De ser afirmativa la respuesta del problema anterior.

¿Al demandante le asiste el derecho al reintegro al servicio activo del Ejército Nacional, así como al ascenso en el grado superior y al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el 1 de diciembre de 2010 en el grado de coronel?

3. Postura de las partes

Parte actora.

Los actos demandados fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, con ello, que estaban viciados por falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia, además con violación al debido proceso al declararlo no apto para el servicio y no tenerlo en cuenta para el ascenso al grado de coronel, por lo que tenía derecho a ser reintegrado al servicio en el grado de coronel, circunstancias por las cuales el demandante debe ser indemnizado por los perjuicios que les fueron causados.

Parte demandada.

Los actos atacados se avienen a las leyes preexistentes que rigen la situación del demandante, además que la motivación y procedimiento de expedición se cumplió en debida forma y no hubo desviación de poder, razón por la cual no puede atenderse las pretensiones de la demanda y no hay lugar al reintegro ni al ascenso ni al pago de los salarios y demás emolumentos.

4. MARCO NORMATIVO:

Considera el despacho que para establecer la posibilidad del retiro de miembros de la Fuerza Pública, en concreto del personal perteneciente al Ejército Nacional, es preciso recordar i) Del debido proceso, ii) motivación de los actos que retiran del servicio activo a los miembros de la fuerza pública,

iii) de la falta de competencia, en la expedición de los actos administrativos y
iv) el caso en concreto.

4.1 Del debido proceso

El artículo 29 de la Constitución Política dispone que la máxima constitucional del “debido proceso” es de obligatorio acatamiento en todas las actuaciones judiciales y administrativas”, constituyendo base fundamental en un Estado de Derecho, que exige, en términos generales, la garantía del ciudadano al contar con determinadas condiciones sustanciales y procedimentales para la protección o la defensa de sus derechos e intereses.

Entonces, el debido proceso encarna el respeto a los principios procesales, entre otros, de publicidad, inmediatez y libre apreciación de la prueba, que le permite a los administrados cuyas conductas están siendo objeto de juzgamiento, la oportunidad de exponer argumentos en defensa de sus intereses, aportar pruebas y controvertir los argumentos y los medios de convicción de la contraparte.

Una entre tantas expresiones de la garantía del derecho al debido proceso, es que los actos administrativos emitidos por cualquier autoridad que contengan alguna determinación que implique la disposición de derechos, posea un mínimo de motivación, toda vez que esto constituye la salvaguarda del derecho a la defensa expresada en el ejercicio de la contradicción.

Conforme a lo expuesto, la motivación de los actos administrativos es una garantía que evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas, pues una debida motivación es la que permite al administrador de justicia en el evento en que deban realizar su control, analizar si las decisiones administrativas se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico, en otras palabras es una protección del derecho al acceso a la administración de justicia, pues la motivación permite al ciudadano impugnar la actuación ante la respectiva jurisdicción, pues a falta de ésta, el acceso sería coartado, en la medida en que no contaría con elementos de juicio para establecer que el acto va en contravía del derecho sustancial.

En esa misma línea, puede afirmarse que el acceso a la justicia y el debido proceso son derechos inescindibles, pues no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso y, a su vez, para poner en movimiento todo el aparato jurisdiccional es necesario poseer un mínimo de prosperidad de las pretensiones, a ejemplo, el acto administrativo que se pretende criticar cuente con una motivación mínima, a fin de poder ser sometido a control de legalidad.

Por todo lo expuesto, debe indicarse que la motivación constituye entonces, un medio de control del acto administrativo que debe ser suficiente, pues de la misma pende la contradicción y defensa del administrado, así lo ha indicado la H. Corte Constitucional cuando señaló:

“(...) La motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que

los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico (...)¹.

Del segmento jurisprudencial, se extrae que la referida motivación, no se satisface con el señalamiento de un concepto jurídico indeterminado o con la simple referenciación de normas jurídicas, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de un determinado caso.

La motivación permite establecer un límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que contraviene a los derechos de debido proceso y defensa del administrado, en donde lo que impera no es el poder puramente personal, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley.

4.2 Motivación de los actos que retiran del servicio activo a los miembros de la fuerza pública.

Ha de señalarse que la discusión de la motivación o no de los actos administrativos de desvinculación del servicio activo de los miembros de cualquier fuerza ha sido variada, como amplias han sido las tesis desarrolladas por parte de las Altas Corporaciones Judiciales, a título de ejemplo la posición de la Corte Constitucional quien en Sala Plena mediante sentencia de unificación SU - 053 de 12 de febrero de 2015², refiere entre otros aspectos al precedente jurisprudencial relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, y en esas decisiones judiciales señaló que su desconocimiento vulnera los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral, advirtiendo que dichas decisiones no deben equiparse a arbitrariedad, en estos términos indicó:

“(...) Discrecionalidad y arbitrariedad

*35. En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. **La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.***

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo con la ley. En esa medida, busca que los actos administrativos no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

¹ Corte Constitucional Sentencia T-204 de catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012), Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

² Sentencia ratificada en la sentencia SU - 0172 de 16 de abril de 2015

467

(...)

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

(...)

Desde otra visión, que predica una separación de poderes recíproca o de controles mutuos, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.” (Negrilla y subraya del despacho).

En esa misma decisión advirtió sobre el control jurisdiccional al que deben someterse los actos discrecionales de la administración pública de la siguiente manera:

“(…) 38. Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Así, para esta Corporación ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

39. Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Para Cassagne, la arbitrariedad es un concepto amplio “y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de

la discrecionalidad”. Por tanto, según la **Sentencia C-031 de 1995**, hasta “en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho”.

40. Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica “una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”. (Negrilla y subraya del despacho).

En ese orden de ideas puede asegurarse que los actos administrativos discrecionales de retiro por cualquier causal, son susceptibles del control de constitucionalidad o legalidad y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, pues de lo contrario la decisión administrativa es arbitraria.

De igual manera en fallo SU – 053 de 2015, se unificó el estándar mínimo de motivación de los actos de retiro de los miembros activos de la fuerzas en ejercicio de la facultad discrecional para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de servidores, de la siguiente manera:

“(…) Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional *no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.*

La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las **juntas asesoras o los comités de evaluación**, el cual debe ser suficiente y razonado.

El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, **no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la**

Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, **en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.**

Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes **y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.**

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la **Sentencia SU-556 de 2014**, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución. (...)” (Negrilla y subraya del despacho).

De conformidad con las sentencias, la potestad reglada se presentaría cuando la autoridad este frente a determinados hechos regulados por la ley, por lo cual estaría sometida estrictamente a dar aplicación a lo que exclusivamente indique la norma, en razón al principio de legalidad y por otro lado, la potestad discrecional que ostenta la fuerza pública para retirar del servicio activo a sus agentes, consiste en la prerrogativa legal que tienen determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones

discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias en aras de garantizar un mejor servicio, con esta discrecionalidad la autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, siempre y cuando esa determinación no tenga una solución concreta y única prevista en la ley, no obstante esta debe contener una argumentación valedera o por el contrario sería una actuación administrativa arbitraria.

Posteriormente fue emitida la sentencia **SU 091 de 2016**, donde la Corporación guardiana de la Constitución unificó los criterios de motivación, control de legalidad y discrecionalidad de los retiros en las Fuerzas Militares y la Policía, en esa ocasión señaló, que existía una clara diferencia entre llamamiento a calificar servicios y el retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional y, frente al deber de motivación en ambos casos, para concluir que el acto que retira a un miembro de la Fuerza Pública, en uso de la facultad discrecional de llamamiento a calificar servicio, no exigía motivación.

(...)

3.9.13.1. *No se le puede otorgar igual tratamiento a ambas figuras (retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General), pues sus finalidades y efectos son diferentes. **En el caso del llamamiento a calificar servicios es una terminación normal de la carrera de oficial dentro de la institución, con base en las dos (02) causales establecidas en la ley** y, en el caso del retiro por voluntad se produce cuando por razones de “Mejoramiento del Servicio”, forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad de los miembros de la Policía, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de esta Institución para el desempeño de sus funciones”.*

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.** En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015, dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que “tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada”.*

469

3.9.13.3. Por otro lado, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del llamamiento a calificar servicios, este retiro no es absoluto, pues tal y como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia quien es retirado del servicio invocando esta causal ingresa a ser parte de la reserva activa de la institución y en cualquier momento por necesidades del servicio se puede solicitar su reincorporación como fue el caso del General Retirado Teodoro Campo Gómez, quien fue nombrado durante el periodo del Expresidente Álvaro Uribe Vélez como Director General de la Policía Nacional.

3.9.13.4. El retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad la renovación del personal de los cuerpos armados y la manera corriente de terminar la carrera oficial, que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional, al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por este motivo no puede ser ejercida con otra finalidad, como por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta.

3.9.13.5. Al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal. El primer “filtro” se presenta en el ascenso de Mayor a Teniente Coronel, y que ha sido denominado en el Código Militar como “suerte de código de honor”, la cual todos tienen conocimiento desde su ingreso a la institución.

3.9.14. En síntesis, la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto. Para lo cual, se deben observar dos requisitos: 1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), mientras que en el retiro por voluntad de la administración, existe la necesidad de motivar expresamente el acto, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro, mientras que en el retiro por voluntad, no siempre sucede así.(...)³

Ulteriormente fue emitida la Sentencia de Unificación SU- 217 de 28 de abril de 2016, en esa ocasión el Máximo Órgano de Protección de los Derechos Fundamentales indicó:

³ Corte Constitucional. Sentencia SU 091 veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

(...)25. En definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) **el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.**(subraya y negrillas del despacho)

Posteriormente fue la misma Corte Constitucional que en sentencia **T-107 de 2016**, reitero nuevamente la diferenciación entre dos de las causales de retiro del servicio activo de los miembros las Fuerzas Militares, señalando que el estándar mínimo de motivación exigido en los actos de retiro establecidos en las sentencia de unificación de dicha Corporación, únicamente se tendrán que observar en el caso de que el retiro haya obedecido al ejercicio de la facultad discrecional, oportunidad en la que señaló:

“Ahora bien, la situación fáctica que da lugar a una decisión de retiro es, y en todo caso debe ser diferente a aquella que motiva **el retiro por llamamiento a calificar servicios**. Las diferencias están claramente fijadas en los requisitos legales de ambas figuras, en los efectos que ellas producen y en la finalidad que cada una de ellas persigue. En esta medida, **el llamamiento a calificar servicios es una forma natural de terminación del servicio activo en la institución de la Fuerza Pública, que se genera por la necesidad de mantener una estructura jerárquica y piramidal que permita el relevo generacional**, tal y como quedó plasmado recientemente en la sentencia SU-091 de 2016; mientras que la figura del retiro por voluntad de la administración se da en función del mejoramiento del servicio, lo que implica que la persona retirada está afectando de alguna forma el buen servicio y ello por lo tanto requiere estar explícitamente indicado en la motivación del acto. Lo anterior, sin perjuicio de que los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tengan carácter reservado, de ser así deberá conservar tal calidad. Sin embargo, deben ser puestos en conocimiento del afectado. En palabras de esta Corte “El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente”.

En ese sentido, cuando el retiro se da por “Voluntad del Gobierno o de la Dirección General” esta Corte ha sido enfática en precisar que el acto administrativo de retiro discrecional por

necesidad del servicio, debe ser fundamentado en una motivación clara y suficiente. Es más, dicha causal de retiro puede operar en cualquier momento y en ese sentido, puede afectar los derechos relacionados con la seguridad social del destinatario, y ello requiere de una fundamentación, que debe estar ligada con la finalidad y naturaleza del servicio, de forma que la decisión no puede ser arbitraria o desconocer el buen desempeño del trabajador. (...)"

4.3 De la falta de competencia, en la expedición de los actos administrativos.

La ausencia de competencia en la expedición de los actos administrativos, advirtió el legislador, constituye vicio invalidante de éstos.

En la nueva codificación se dejó impreso en el inciso segundo del artículo 137 del C.P.A.C.A, que se declararía la nulidad de los actos *"cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió."*⁴

Sobre el particular vicio, fue la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo quien estudio las diferentes clases de incompetencias estas fueron abordadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 09 de septiembre de 2016, dentro del expediente No. 11001-03-26-000-2013-00091-00 (47693) cuyo ponente fue el Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en esa ocasión expuso:

(...)En la estructura dogmática de los vicios invalidantes la falta de competencia se ubica como un vicio externo al acto toda vez que es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión el eje sobre el que gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y le faculta para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general, en tanto manifestación de poder reglamentario.

4.3.- Ello responde, en esencia, al hecho de que el de competencia es un concepto normativo toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas (autorregulación) y en este escenario es que tiene lugar la determinación de los sujetos que fungen como autoridades normativas con poder decisorio para emitir actos jurídicos. Por tal razón, la averiguación sobre si un sujeto de derecho público es competente no es un asunto que demande reflexiones internas en torno a la decisión, esto es, su ilicitud, imposibilidad o inexistencia, ni su motivación o finalidad, sino que se contrae a indagar, en el marco del universo jurídico vigente, si tal o cual contenido normativo podía ser emitido por cierta autoridad administrativa.

4.4.- El atributo de la competencia, entonces, debe ser entendido como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan

⁴ Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984.

los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia.

4.5.- De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad y se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada.

4.6.- Sobre este punto vale recordar, con Kelsen, que “Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es “capaz” de realizar dicho acto; o sea que sólo él es “competente” para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio)” de **manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues “Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas”**; mientras que Hart señala que la infracción a tales normas no se puede asimilar como “un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (...) [sino que] simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico”. **En esta misma línea, esta Corporación ha dicho que la incompetencia es “la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional”.**

4.7.- Así las cosas, una perspectiva analítica del vicio de **incompetencia en el acto administrativo permite, a la vez, distinguir entre incompetencia en razón a la materia, al territorio, tiempo, por el grado de horizontalidad o verticalidad, por usurpación de poder o por la presencia de funcionarios de hecho. Sobre tales cuestiones la doctrina ha precisado lo siguiente:**

“1. Incompetencia “ratione materiae”

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, **esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas.** En sentido estricto, podemos identificar la incompetencia en razón de la materia, comprobando “si el acto considerado está incluido en la lista de las decisiones permitidas al órgano administrativo”.

Esta incompetencia puede depender de las siguientes circunstancias:

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias de que carecen;
- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias inexistentes para cualquiera de los órganos de la administración, y
- Exceso en las competencias delegadas.

2. Incompetencia “ratione loci” o territorial

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias:

– Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el “órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales fuera de los límites territoriales que tienen señalados...”.

– Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de

471

las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial. En ambas oportunidades, como lo indica la doctrina tradicionalmente, se configura una usurpación interorgánica entre entidades de un mismo rango (por ejemplo: entre municipios, entre departamentos).

En derecho colombiano, se podría presentar este tipo de vicios entre organismos con un marco territorial definido para el ejercicio de sus atribuciones. Entre otros encontramos los pertenecientes a la llamada descentralización territorial, a los que la ley ha otorgado un ámbito de actuación específico.

(...)

Sucede lo anterior por la forma concreta y específica en que la Constitución y la ley han limitado los ámbitos territoriales de las entidades con la concreta finalidad de que sólo en este territorio sean desarrolladas sus competencias y en razón del carácter eminentemente jerarquizado, en consecuencia, de absoluto respeto de la legalidad con que actúa la desconcentración; impide esta característica que la administración de las entidades pueda ampliar motu proprio sus esferas de acción.

3. Incompetencia “ratione temporis”

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

Casos concretos del ejercicio de competencia bajo condición temporal los encontramos en las estipulaciones que, sobre administración departamental y municipal, consagran la Constitución Política y sus respectivos desarrollos legales. En especial, en lo que tiene que ver con el ejercicio de precisas funciones que de manera temporal son otorgadas por las asambleas y concejos a los gobernadores y alcaldes, respectivamente.

Estas funciones corresponde ejercitarlas en el período de tiempo –pro tempore– que el mismo acto que las confiere determine; de no ser así, el acto que se expida estaría incurso en la causal que nos ocupa.

4. Incompetencia en razón del grado de horizontalidad.

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. Como lo expusimos a propósito de los vicios por violación de la Constitución, estamos ante evidentes usurpaciones funcionales pero por la vía del desconocimiento de competencias legales. **El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público; ejemplo de ello lo encontramos en los casos en que el Ejecutivo resuelve destituir al secretario general de la Cámara de Representantes o del Senado de la República, o cuando mediante decreto le da al Contralor o Procurador General de la Nación funciones que son claramente asignadas a las respectivas cámaras del Congreso Nacional;** o cuando el Ejecutivo, sin las facultades de que trata el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, resuelve legislar en los asuntos que de manera general corresponden al Congreso Nacional.

Igual situación se presenta frente al poder judicial; serían nulos aquellos actos de la Administración Pública que se arroguen competencias tanto administrativas como jurisdiccionales de esta rama del poder público. No

puede el Ejecutivo, por ejemplo, nombrar o destituir jueces o magistrados, designar dignatarios de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado o, dado el caso, administrar justicia, porque ésta es competencia del poder judicial.

Estos vicios de incompetencia, en razón de la horizontalidad, pueden darse así mismo al interior de la Administración Pública en aquellos casos en que uno de sus órganos invada las funciones administrativas de otro, por ejemplo, cuando el ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al ministro de la Defensa Nacional, o cuando el Superintendente de Sociedades ejerce funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Lo característico de este tipo de anomalías de la competencia es que se da entre organismos no ligados de ninguna manera por un grado de jerarquía; actúan en la Administración Pública nacional de manera paralela, o corresponden a diversas ramas del poder público.

5. Incompetencia en razón del grado de verticalidad

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional. Al introducimos en el presente acápite de la incompetencia fuimos claros en señalar el carácter de normas de derecho público –en consecuencia inmutables por parte de la administración– que tienen aquéllas que determinan las competencias administrativas.

La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, baste indicar que el grado de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la Administración Pública no los faculta para variar la competencia establecida por normas superiores. El superior jerárquico, salvo excepciones contempladas en la ley o reglamento que determine la competencia, no podrá asumir las que correspondan a su inferior, mucho menos el inferior atribuirse las de su superior.

*Ejemplo típico en el ámbito nacional lo encontramos en aquellas hipótesis en que el Presidente de la República resuelve nombrar o destituir alcaldes municipales, función que ejercen los gobernadores de departamento. **A escala interna, por ejemplo en aquellas eventualidades en que un jefe de sección o un director administrativo resuelve ejercer las funciones otorgadas por el reglamento o la ley al jefe de personal o director de vigilancia.***

6. Competencia de los funcionarios de hecho

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia.

En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando tal impresión al conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley. Al respecto la doctrina indica: "... la situación jurídica de titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan [...] el costo de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público condicionará para éste la atribución en la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido..."

En este sentido, nuestra legislación ha establecido una serie de

472

*requerimientos para tener acceso a los cargos públicos, los cuales deben ser cumplidos en su integridad tanto por los aspirantes como por las autoridades nominadoras. Los requerimientos se pueden resumir en los siguientes: calidades genéricas, calidades específicas para el acceso a la Administración Pública, inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades y mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. De por sí se busca, con el cumplimiento de estos requisitos, no sólo la seguridad jurídica propia de toda sociedad organizada, sino también eficiencia e idoneidad en el desempeño de todas aquellas funciones que pretenden el bien común de la sociedad. Sin el lleno de estos presupuestos en los términos que **indica la norma sobre la función pública no se puede proveer un cargo. De hacerse, se configuraría el fenómeno del funcionario de hecho. En igual sentido, se sostiene la existencia de un servidor público de estas características en todos los casos en que se ejerza un empleo sin el lleno del cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales.***

Es, pues, en este contexto que los funcionarios públicos adquieren su condición de tales. No se podrán considerar como "funcionarios legítimos o de jure los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas"

En consecuencia, la teoría del llamado funcionario de hecho se refiere exclusivamente, ab initio, al modo de ingreso a la función pública; a posteriori, a los efectos de sus actos en el mundo jurídico.

Es precisamente en este campo donde surte efectos evidentes el planteamiento hecho; de manera general pudiéramos decir que si el acto ha provenido de un funcionario incompetente, estaría totalmente viciado de nulidad por esta circunstancia. No obstante, la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad (Subrayado del despacho)

Citada in extenso la postura, ha de resumirse que existen diferentes clases de incompetencia, no obstante, al encontrarse presente cualquiera de ellas en el estudio de legalidad del acto administrativo, no se tendrá otra consecuencia más que la prosperidad del vicio que recae sobre la decisión administrativa, y por lo tanto su nulidad, toda vez, que la competencia como prerrogativa que tiene un funcionario en representación del Estado, tiene que estar incluida en una norma de carácter positivo, de lo contrario como se dijo, todas sus decisiones administrativas están inmersas en nulidad por falta de competencia.

5. Caso en Concreto:

En aras de esclarecer el asunto objeto de debate, se observa que en los actos administrativos enjuiciados⁵, se expresaron los fundamentos legales de la decisión.

En efecto, la Resolución Ministerial No. 6837 de 22 de diciembre de 2010 (f. 55) señala que fue proferida con fundamento en las facultades establecidas en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, adicionalmente, se indica en el numeral 1º del resolutivo del acto, que se retiran del servicio activo a los oficiales enlistados, por la causal "llamamiento a calificar servicios".

⁵(Resolución Ministerial No. 6837 del 22 de diciembre de 2010, oficio No. 20115620120341 de fecha 15 de febrero de 2011 y oficio No. 20115620216301 de fecha 15 de marzo de 2011),

Lo anterior, resulta medular conforme al marco normativo precedente en el que se indica claramente que la línea constitucional en este asunto, es que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una forma natural de terminación del servicio activo en la institución de la Fuerza Pública que se genera por la necesidad de mantener una estructura jerárquica y piramidal que permita el relevo generacional, distinto al retiro por voluntad de la administración en donde se exige la carga de la motivación del acto pues en este segundo caso, el afectado está de alguna manera, afectando el buen servicio.

Actualmente, el criterio del Consejo de Estado coincide con el sostenido por la Corte Constitucional, al señalar que los actos administrativos de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se presumen expedidos en aras del mejoramiento del servicio oficial, por lo que no es necesario dejar expresa su motivación pues como se dijo atrás, ésta constituye una herramienta para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública lo cual no implica que se ejerza una potestad arbitraria que esconda otras razones de fondo diferentes a los requisitos legales para su configuración pues dicha causal tiene como propósito –se itera- la renovación del personal de la fuerza pública, es decir sus razones son de conveniencia institucional y no subjetivas.

Así mismo lo ha señalado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 31 de mayo de 2018 dentro del expediente radicado No. 25000232500020020453102 (43692014) siendo ponente el Consejero, doctor Carmelo Perdomo Cuéter.

De otra parte, debe resaltarse que el demandante incluye en sus argumentaciones de nulidad contra los actos enjuiciados esa falta de motivación, pero no tiene en cuenta que tal circunstancia se soslayó por virtud de la acción de tutela que interpuso ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, corporación que mediante providencia del 1 de febrero de 2.011 ordenó la suspensión de la resolución ministerial del retiro hasta tanto se le notifique personalmente al actor, se indiquen los motivos del acto y se le permita interponer el recurso de reposición si era del caso.

Del material probatorio obrante en el plenario, advierte este juzgado que mediante oficio 20115620120341 de 15 de febrero de 2011 (f. 154), el Ejército Nacional dio cumplimiento a la sentencia de tutela aludida y allí se advierten las razones que dieron lugar a la decisión, relacionados con las responsabilidades y procedimientos que reflejan las calidades profesionales, morales e intelectuales de los oficiales con base en el Manual Organización Estado Mayor y Operaciones EJC-3-50, consideraciones relacionadas con el ejercicio del mando, el tacto, el trabajo en equipo, la capacidad, la creatividad y la administración efectiva, situaciones que fueron contrastadas con las anotaciones que le aparecen en efecto al oficial demandante pues no se opuso a éstas en sede administrativa y tampoco en sede judicial desvirtuó que las anotaciones a que hace referencia ese oficio al que se alude, falten a la verdad.

En el mismo sentido, se tiene que el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000 establece lo siguiente:

473

“ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.” (Resaltos del despacho)

Se desprende de la norma en cita que tratándose del grado de Teniente Coronel, el acto que llama a calificar servicios debe ser expedido por el Ministro del ramo, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de defensa para las fuerzas militares, órgano que como se desprende de la Resolución No. 6837 de 2010, se pronunció en el caso del demandante tal como en comillas lo refiere el primer considerando del acto (f. 55-56), además, la precitada junta refirió haber verificado que los oficiales retirados del servicio cumplían con los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

Lo anterior impone señalar que aún cuando fue en sede constitucional, la entidad demandada, cumplió con la carga de motivación del acto aun cuando de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, esto no resulta necesario, además se observó que el demandante tuviera requisitos para la asignación de retiro de manera que no se desvirtúa la legalidad del acto de retiro.

Ahora, no pasa desapercibido el juzgado que el demandante aduce que en su retiro del servicio ocurrieron situaciones subrepticias relacionadas con el ejercicio de poder de un oficial en el grado de general por la compra de unos motores para unos vehículos de la fuerza, no obstante éste hecho pese a que se hallan algunos recortes de prensa en los adjuntos, se encuentra huérfano de prueba **máxime si se estima que el demandante ya desde hace al menos 7 años ascendió al grado de Coronel** que es el mismo que reclama por virtud del presente proceso.

En efecto al folio 396 de las diligencias se advierte que mediante Decreto 1150 de 30 de mayo de 2012, el demandante ascendió al grado de coronel a partir del 1 de junio de 2012, es decir, un año y cinco meses después de expedida la Resolución ministerio No. 6837 de 2010 hoy demandada, se recalca el tiempo que transcurrió entre los dos actos, toda vez que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa anunció en ese acto enjuiciado que “para el

momento de recomendación del retiro el Ejército Nacional no cuenta con la disponibilidad de planta de oficiales en los actuales grados, para atender las necesidades del servicio, lo que necesariamente lleva al Ministerio (...), a efectuar el retiro del servicio activo de los oficiales que se relacionan más adelante (...)" (f. 56) y entonces se estima que para la fecha de expedición del Decreto 115 de 2012 dichas circunstancias objetivas cambiaron y por ello se tomó la decisión de ascenderlo sin que las presuntas presiones del oficial de mayor rango subsistan pues de haber sido así, éstas hubiesen seguido ejerciendo influencia durante ese año y medio aproximado y entonces el grado de Coronel no se hubiese obtenido por el demandante.

En el mismo sentido, debe decirse que el hecho de haber logrado superar las pruebas previas a la recomendación de la Junta Asesora, no impone a la entidad demandada la obligación de ascenderlo al grado superior o de mantenerlo en la fuerza pues para ese entonces, apenas ostentaba la condición de candidato.

Sumado a lo anterior, este juzgado observa que los efectos de la Resolución Ministerial 6837 se suspendieron por virtud de la sentencia de tutela del Tribunal Superior de Cúcuta, el 1 de febrero de 2011 mismos que se reanudaron el 16 de marzo de la misma anualidad ante la falta de interposición de recursos por el demandante como se desprende del oficio 20115620216301 de 15 de marzo de 2011 (f. 175) sin embargo, el 23 de marzo siguiente, el demandante obtuvo decisión judicial en este proceso (f. 238) decretando medida cautelar de suspensión de ese mismo acto administrativo a partir de dicha data, es decir que el demandante –conforme obra en el plenario- no ha sido retirado de la fuerza, eso aparece en el extracto de su hoja de vida donde no se observa solución de continuidad.

En este orden de ideas, este juzgado no advierte que las causales de nulidad alegadas en la demanda se encuentren probadas frente a las decisiones enjuiciadas y de contera denegará las pretensiones de la demanda, contrario sensu, se declarará probada la excepción de legalidad y razonabilidad del llamamiento a calificar servicios del demandante.

No sobra señalar que el acto mediante el cual el demandante obtuvo el ascenso al grado de coronel, se encuentra vigente según se desprende del plenario y de contera es dable afirmar que aún se encuentra activo en el servicio, de manera que el hecho de denegar las pretensiones de nulidad frente al acto de llamamiento a calificar servicios en el grado de Teniente Coronel, no implica que el oficial deba ser retirado de la fuerza pues es lógico pensar que para dicho ascenso -al grado de coronel- se realizó el mismo procedimiento y se cumplieron los requisitos de análisis por la junta asesora además de que se trata de una decisión del Gobierno Nacional (para coroneles) que no puede perder su fuerza ejecutoria por virtud de una resolución ministerial (para grados inferiores).

Podría incluso este juzgado avanzar a decir, que las pretensiones de la demanda han sido satisfechas por la entidad (ascenso y pago de todos los emolumentos que le corresponden porque no ha sido retirado de la fuerza) pues al haberse proferido un acto administrativo que asciende al demandante al grado superior, los fundamentos del acto demandado ya no subsisten, sin embargo, como no obra en el expediente copia del Decreto

474

1150 de 2012 y tampoco se tiene la certeza de que el demandante aún se encuentre ejerciendo el grado de coronel –o uno superior- no puede avanzarse en éste análisis de legalidad en estos términos.

6. Reconocimiento de personería

Por último el despacho observa que a folio 460 del expediente obra memorial de sustitución de poder en favor del abogado Francisco Javier Pérez Minorta identificado con la C.C 1.090.488.978 de Cúcuta, portador de la Tarjeta Profesional 251.389 del Consejo Superior de la Judicatura, así las cosas sería del caso reconocerle personería para actuar en tal calidad en favor del demandante, no obstante el abogado José Trinidad Minorta Quintero, quien lo suscribe, no ha sido reconocido en ninguna etapa procesal y tampoco se observa el mandato suscrito por el demandante, razón por la cual se negará.

7. De las costas

Finalmente en atención a la conducta asumida por las partes, el despacho se abstendrá de condenar en costas del proceso, al tenor de lo indicado en el Art. 171 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de legalidad y razonabilidad del llamamiento a calificar servicios del demandante propuesta por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda conforme a lo anteriormente expuesto.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

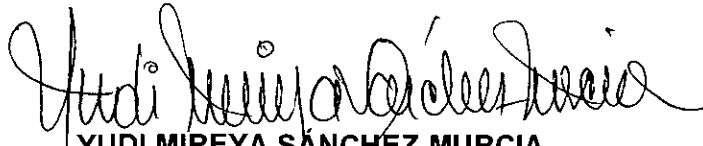
CUARTO: Negar el reconocimiento de personería al abogado Francisco Javier Pérez Minorta identificado con la C.C 1.090.488.978 de Cúcuta, portador de la Tarjeta Profesional 251.389 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo expuesto.

QUINTO: En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso, quedaren remanentes a favor del depositante, se ordena la devolución correspondiente.

SEXTO: Por la secretaria de origen, notificar a las partes esta decisión, quienes tendrán en cuenta que contra ella procede el recurso de apelación en los

términos y condiciones del artículo 67 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



YUDI MIREYA SÁNCHEZ MURCIA
Jueza