

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00174-00
DEMANDANTE: MICHEL ALEXANDER CARREÑO VARGAS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Michel Alexander Carreño Vargas, identificado con C.C. N°. 79.601.997 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERA: - Que se declare la Nulidad de la Resolución N°. 1928 de fecha – 29 de noviembre de 2016, suscrita por el Ministerio de Defensa Nacional, DR. LUÍS C. VILLEGAS ECHEVERRI, por el cual se asciende a unos oficiales de las Fuerzas Militares.

SEGUNDA: - Que se declare la Nulidad del Oficio N°. 20163051697981: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10, de fecha 12 de diciembre de 2016, suscrito por el Coronel GIOVANI VALENCIA HURTADO, en donde niega la reconsideración para el ascenso y confirma lo decidido en su momento por el Comité de Evaluación y corroborado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional

TERCERA: - Que se declare la Nulidad de la Resolución N°. 1048 del 21 de febrero de 2017, suscrita por el Ministro de Defensa Nacional DR. LUÍS C. VILLEGAS ECHEVERRY, por el cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional.

CUARTA: - Que a título de restablecimiento del Derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional dejar sin efecto jurídico Resolución N°. 1928 de fecha 29 de noviembre de 2016, suscrita por el Ministerio de Defensa nacional DR. LUÍS C. VILLEGAS ECHVERRI, por el cual asciende a unos oficiales de las Fuerzas Militares, oficio N°. 20163051697981: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10, de fecha 12 de diciembre de 2016, suscrito por el Coronel GIOVANI VALENCIA HURTADO, la resolución N°. 1048 de 21 de febrero de 2017, suscrita por el Ministro de Defensa Nacional DR. LUÍS C. VILLEGAS ECHEVERRY.

QUINTA.- Que a título de Restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional – el reintegro de mí poderdante a la institución militar, así mismo se ordene su ascenso al grado inmediatamente superior o en su defecto al que ostenten sus compañeros de curso.

SEXTA.- Como consecuencia de la anterior declaración solicito a título de restablecimiento del derecho, condenar a la entidad demandada a que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, ascender al grado que le corresponda al RC @ MICHEL ALEXANDER CARREÑO VARGAS, en el momento de ordenar su reintegro a la institución, con la misma antigüedad de sus compañeros de curso, dentro del Escalafón de los Oficiales.

SEPTIMA:- Que se condene a la entidad demandada al pago de la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, causados al actor, de igual forma Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional a cancelar las costas del Proceso.

OCTAVA.- Que se ordene a la Entidad demandada, si el fallo fuere favorable dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el Art. 176 del C.C.A., si no efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A. (...).”

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El señor TC @ MICHEL CARREÑO VARGAS ingresó a la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdoba del Ejército Nacional el 01 de marzo de 1992, ascendiendo al grado de Subteniente el día 02 de diciembre de 1996, con el arma de comunicaciones.
2. Durante el tiempo de servicio activo se desempeñó en diferentes cargos que le llevaron a obtener el reconocimiento de sus superiores.
3. Mediante Resolución N°. 1928 de 29 de noviembre de 2016, el Ministro de Defensa Nacional ascendió a unos Oficiales del Ejército al Grado de Coronel, sin que entre ellos se encontrará el demandante.
4. El demandante presentó ante el Comando del Ejército Nacional solicitud de reconsideración de ascenso al grado de Coronel.
5. Mediante el Oficio N°. 20163051697981: MDN-CGFM-COEJC-JEMGF-COPER-DIPER -1-10, de fecha 12 de diciembre de 2016, suscrito por el Director de Personal del Ejército, se le informa al demandante la imposibilidad de atender su solicitud de reconsideración.
6. El demandante presentó renuncia motivada ante el Comandante del Ejército Nacional sin que la misma se hubiere aceptado.
7. Por Resolución N°. 1048 de 21 de febrero de 2017, el Ministro de Defensa decide retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares, por llamamiento a calificar servicios, al señor Michel Alexander Carreño Vargas.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 47, 54 y 90.

De orden Legal: Artículo 85 del Decreto 1211 de 1990 y Decreto 1790 de 2000.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que la entidad demandada incurrió en desviación del poder al expedir los actos acusados. Para ello indica que el llamamiento a curso y el retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública se

materializa a través de la facultad discrecional que tienen el Ministro de Defensa y los Comandantes de cada fuerza; sin embargo, dicha competencia no es arbitraria. En efecto, el uso de la facultad discrecional debe ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Indica que la discrecionalidad con respecto del retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública tiene su fundamento en el mejoramiento del servicio. Resulta contradictorio con que se ordene el ascenso de militares que estaban siendo investigados penal y disciplinariamente, y no se promueva al demandante para el ascenso, teniendo aquel una hoja de vida excelente. Finalmente, indica que su retiro del servicio se produjo por recomendación del MG. Jorge Humberto Jerez, quien acosó laboralmente al demandante.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en memorial visible a folios 267-292, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- No es procedente por vía judicial ordenar el ascenso del demandante, pues dicha facultad esta en cabeza del Gobierno Nacional o el Comandante de la Fuerza, además los ascensos no son espontáneos ni automáticos, sino que deben reunir las condiciones fijadas en la ley (artículos 51 y 52 del Decreto 1790 de 2000).
- El acto administrativo de retiro del servicio se ajustó al ordenamiento normativo. Para que proceda el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios solamente exige que el militar sobre el cual recaiga el retiro cuente con el tiempo para que le sea reconocida la asignación de retiro, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000.
- El retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no exige el juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se persigue con dicha forma de desvinculación es la buena prestación del servicio, no la penalización de faltas de ninguna índole.

- Las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la prestación del servicio no generan por sí solas fuero de estabilidad, ni puede limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores.
- No existió desviación de poder en la expedición de los actos administrativos acusados, pues los mismos se ajustaron al ordenamiento normativo. Al contrario la parte demandante sustenta dicha causal de nulidad en simples afirmaciones que carecen de demostración.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente, y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: En memorial visible a folios 329-335, la apoderada de la parte actora reiteró los fundamentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda. Igualmente, indica que de acuerdo a lo demostrado en el proceso, el demandante cumplía con los requisitos para ser ascendido; sin embargo, la entidad demandada erró al escoger a otros oficiales que con posterioridad fueron retirados del servicio.

Parte demandada: En memorial visible a folios 353-356, la parte demandada ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la demanda. Preciso que la parte demandante no logró demostrar la relación de causalidad entre los supuestos

inconvenientes de tipo personal con el señor MG Jerez y el retiro del demandante. Finalmente, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: En el concepto visible a folios 323-328, la Agente del Ministerio Público, luego de hacer el respectivo análisis normativo, del material probatorio y del caso en concreto, concluyó que no le asiste la razón al demandante, por cuanto, los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento normativo. Precisa que la parte demandante no demostró la causal de desviación de poder alegada en la demanda. En consecuencia, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: si el señor MICHEL ALEXANDER CARREÑO VARGAS, tiene o no derecho a que se ordene el reintegro al servicio, y como consecuencia, de ello sea ascendido al grado inmediatamente superior.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- 1. Que el señor Michel Alexander Carreño Vargas estuvo vinculado con el Ejército Nacional, desempeñándose en los siguientes cargos y periodos¹:

GRADO	FECHA INICIO	FECHA FINALIZACIÓN
Cadete	01/03/1992	15/06/1993
Alférez	16/06/1993	30/11/1993
Subteniente	01/12/1993	01/12/1996
Teniente	02/12/1996	02/12/2000
Capitán	03/12/2000	30/11/2006
Mayor	01/12/2006	01/12/2011
Teniente Coronel	02/12/2011	21/05/2017

¹ Según consta en certificación visible a folio 7 del expediente.

2. Mediante acta N°. 41554 del 12 de octubre de 2016, el Comité Evaluador presentó concepto desfavorable ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, respecto del ascenso del señor Michel Alexander Carreño Vargas (folios 258-266).
3. Por Resolución N°. 1928 de 29 de noviembre de 2016, el Ministro de Defensa Nacional ordenó el ascenso de unos miembros del Ejército Nacional, sin incluir al señor Michel Alexander Carreño Vargas (folios 2-6).
4. Mediante Oficio N°. 20163051697981:MDN-CGFM-COEJC-SEDEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 12 de diciembre de 2016, se resolvió negativamente la solicitud de reconsideración de ascenso presentada por el demandante (folio 250).
5. En acta del 14 de noviembre de 2018, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, recomendó el retiro del servicio del señor Michel Alexander Carreño Vargas (folios 223-229).
6. El Ministro de Defensa Nacional, mediante Resolución N°. 1048 de 21 de febrero de 2017, ordenó el retiro del servicio del demandante, por llamamiento a calificar servicios (folios 230-234)

2.3 Marco Normativo.

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Naturaleza de las Fuerzas Militares

La existencia del contrato social impone tanto al ciudadano como al Estado unos deberes y unos derechos, para este último, una de las obligaciones que emerge de dicho vínculo es la de brindar protección a los ciudadanos. En efecto, el artículo 2º de la Constitución Política estipula como fines esenciales del estado la protección a *todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades*, de lo que se infiere que para el cumplimiento de dicho fin el Estado debe contar con instituciones que a través de la autoridad apoyada por

la coerción (fuerza), ejecuten las acciones pertinentes que permitan garantizar el mencionado propósito.

Para cumplir lo anterior, el Constituyente de 1991 dispuso en su artículo 217 de la Constitución Política que las Fuerzas Militares tienen como fin “... *la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”, por tal razón, *la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.*

Con el fin de regular el régimen disciplinario, de carrera y prestacional, el legislador y el Gobierno Nacional, han expedido una serie de normas, entre las que se destacan los Decretos 1211 de 1990², 1790 de 2000³, 1793 de 2000⁴ y 4433 de 2004⁵, en las cuales se ha determinado los grados de las Fuerzas Militares, las formas de ingreso, ascenso, retiro y demás aspectos de la carrera Militar.

2.3.2. Del Retiro del Servicio

A fin de resolver el caso que acá nos ocupa el Despacho se referirá, en primer lugar, a las normas que contemplan el retiro del servicio en el Ejército Nacional. Lo anterior, porque el demandante al encontrarse retirado del servicio, debe estudiarse primero la legalidad del acto administrativo del retiro del servicio, bajo el entendido que no posible ordenarse el ascenso de un miembro de las Fuerzas Militares que ha sido retirado del servicio.

El Decreto 1790 del 2000 en sus artículos 99, 100 y 103, disponen lo siguiente:

“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

² “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

³ “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”.

⁴ “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

⁵ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. *Modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*
- 3. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
- 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*
- 6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*
- 7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*
- 8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*
- 9. Por no superar el período de prueba;*

b) Retiro absoluto:

- 1. Por invalidez.*
- 2. Por conducta deficiente.*
- 3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.*
- 4. Por muerte.*
- 5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.*
- 6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.” (Subraya el Despacho).*

“ARTÍCULO 103. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. *Modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”.*

De la normatividad transcrita se desprende que dentro de las causales de retiro se encuentra la denominada “por llamamiento a calificar servicios”, circunstancia en la cual el uniformado sin perder el grado militar, cesa en la obligación de prestar servicio en actividad, siempre y cuando haya cumplido los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, previo concepto, en el caso de los Oficiales, de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Y, que la facultad otorgada al nominador por la ley para retirar a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios es de

carácter discrecional. Razón por la cual, los actos administrativos que se expiden en ejercicio de dicha facultad se presumen ajustados a la ley y dictados en aras del buen servicio.

En lo referente al retiro del servicio por "llamamiento a calificar servicios", el Consejo de Estado ha señalado:

"(...) Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Bajo este supuesto, el retiro por llamamiento a calificar servicios no debe entenderse como una medida que desconoce los derechos y prerrogativas de los miembros de la Fuerza Pública en tanto el mismo legislador extraordinario, a través del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, previó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor de los oficiales y suboficiales objeto de dicha medida en cuantía equivalente al 50% de las partidas autorizadas por la referida norma.

*Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por el llamado a calificar los servicios es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.
(...)"⁶.*

De conformidad con la pauta jurisprudencial que precede, el retiro por llamamiento a calificar servicios implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en el servicio activo, no significa sanción ni exclusión infamante, sino un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de

⁶ CE, SCA; S2, SS"B", Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11).

unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, propio de la normal renovación del personal de los cuerpos armados.

No hay duda, entonces, de que tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la Fuerza Pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio.

No obstante, el ejercicio de esa facultad debe fundarse en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que le es propio. Así entonces, existen límites para ejercer la facultad discrecional, pues en un Estado Social de Derecho no pueden existir poderes ilimitados o absolutos, y el ejercicio de dicha facultad debe ser proporcionada con el fin a obtener.

Ahora bien, los artículos 51⁷, 52⁸ y 53⁹ del Decreto 1720 de 2000, establecen las condiciones, requisitos comunes y los requisitos específicos para los ascensos en las Fuerzas Militares. Los requisitos comunes hacen referencia a la idoneidad del militar en aspectos relacionados con su conducta, sus calidades profesionales y su

⁷ **ARTÍCULO 51. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS.** Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

⁸ **ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO.** Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina. **PARAGRAFO.** El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

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

⁹ **ARTÍCULO 53. REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES.** Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.
- Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.
- Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
- Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
- Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.
- Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.
- Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

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

capacidad psicofísicas. Por su parte, en tratándose de oficiales, los requisitos especiales hacen referencia, entre otros aspectos, al tiempo de servicio, a la aprobación de los cursos de ascenso y al concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso se tiene que el señor Michel Alexander Carreño Vargas prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 01 de marzo de 1992 hasta el 21 de mayo de 2017, siendo su último cargo el de Teniente Coronel. Igualmente, se encuentra acreditado que el demandante fue retirado del servicio, por llamamiento a calificar servicios, mediante el Decreto 1048 de 21 de febrero de 2017, proferido por el Ministro de Defensa Nacional.

Frente al planteamiento jurídico a resolver, debe indicarse que el retiro del servicio del demandante, por llamamiento a calificar servicios, se ajustó a lo previsto en el Decreto 1790 de 2000. Justamente el señor Michel Alexander Carreño Vargas tenía más de 15 años de servicios, por tanto, cumplía los requisitos para ser llamado a calificar servicios.

Asimismo, se observa que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, mediante acta N°. 14 del 30 de noviembre de 2018, recomendó el llamamiento a calificar servicios al señor Michel Carreño Vargas. En dicho documento, se indicó que el demandante no obtuvo un concepto favorable por la mayoría absoluta (mitad más uno) de los generales partícipes de la Junta Asesora, motivo por el cual no era posible ser seleccionados para el curso de ascenso "CAEM 2017".

Aunado a ello, se tiene que mediante Acta N°. 41554 de 12 de octubre de 2016, el Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares rindió un concepto desfavorable a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional respecto del señor Michel Alexander Carreño Vargas, de quién se indicó no cumplió con el requisito establecido en el literal f del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000, es decir, el relacionado con la conducta profesional.

Sobre el particular debe indicarse que según lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, le corresponde al Ministro de Defensa o al Comandante de Fuerza (según el caso), emitir el correspondiente acto administrativo del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares. En consecuencia, a pesar pese a que el Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares, no llamó a curso de ascenso al demandante, y que como consecuencia de ello, la Junta de Asesora del Ministerio de Defensa decidió recomendar su retiro, la disposición final de aislarlo del servicio solo podía ser adoptada por el Ministro de Defensa o el Comandante de Fuerza, como en efecto ocurrió.

El artículo 60 del Decreto 1512 de 2000, en todo caso las conclusiones de las Juntas Asesoras pueden ser modificadas por el Ministro de Defensa Nacional. En efecto, el tenor literal del referido artículo dispone:

*“Artículo 60. Recomendaciones de las Juntas Asesoras. Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, **que no podrán ser modificadas sino por el Ministro de Defensa Nacional**. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta Asesora.”*(Negrita del Despacho).

De lo expuesto, se colige inequívocamente que si bien las Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa emiten recomendaciones respecto a la permanencia o retiro del servicio respecto de militares y policías, según sea el caso, el Ministro de Defensa o el Comandante pueden acoger o no dicha recomendación, y en tal sentido, es dicho funcionario quien deberá adoptar la decisión del retiro del servicio, y no el Comité de Evaluación o la Junta Asesora.

Así, para este despacho no son de recibo los argumentos de la demanda relacionada con la supuesta persecución laboral que sufrió el demandante por parte de los MG Humberto Jerez Cuellar y Oscar Quintero González, pues aquellos ni siquiera hicieron parte de la Junta Asesora como tampoco del Comité Evaluador, según se evidencia en actas N°. 14 del 30 de noviembre de 2016¹⁰ y 41554 de 12 de octubre de 2016¹¹.

Arguye el demandante que la entidad demandada no tuvo en cuenta la trayectoria ni la hoja de vida del señor Michel Alexander Carreño Vargas, pero si se recomendó a curso a otros militares a los cuales se les adelantaba investigaciones disciplinarias

¹⁰ Folios 223-229.

¹¹ Folios 258-266.

y penales, o en su defecto, fueron retirados del servicio, por llamamiento a calificar servicios, con posterioridad al ascenso.

Sea lo primero indicar que las calificaciones, condecoraciones y felicitaciones, que obren en la hoja de vida del militar no limitan la facultad discrecional del nominador, ya que la buena prestación del servicio no puede implicar un fuero de estabilidad sino el cumplimiento del deber legal. Al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia de 14 de julio de 2007¹², precisó lo siguiente:

“(…)

Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de sus funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esto es lo mínimo que puede exigirse a todo funcionario. Teniendo entonces más de quince años de servicio, el Presidente podía ejercer, previa opinión de la Junta Asesora para la Policía Nacional, la facultad de retirar del servicio al oficial, no obstante que tuviera una brillante hoja de vida; y así lo hizo sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda. En este orden de ideas (...). ” (Negritas y Subrayado no original).

Acorde con lo antes expuesto, encuentra el Despacho que si bien el demandante obtuvo varias condecoraciones y felicitaciones, según se evidencia en el extracto de hoja de vida visible a folios 252-257 del expediente, cierto es que el retiro del servicio del señor Carreño Vargas obedeció a las necesidades del servicio y a la estructura piramidal de las Fuerzas Militares, como se indicó en la Resolución N°. 1048 de 21 de febrero de 2017.

Así, se evidencia que el servicio prestado por el demandante era eficiente; sin embargo, su no continuidad se debió a factores relacionados con la estructura piramidal de la entidad, a las necesidades del servicio, al arma, etc., sin que ello implique sanción alguna de un lado, o la obligación necesaria e indiscutible de llegar a los más altos rangos, de tal suerte que si bien por derecho debería ser así, por discrecionalidad no lo es. Allí influyen otras circunstancias que son de la esfera y el resorte del Ejecutivo y cuya aplicación en manera alguna implica arbitrariedad dada la naturaleza de cuerpo armado al que pertenece el actor.

Ello implica que la discrecionalidad no opera de manera idéntica, cuando hay lugar a ello, en tratándose de un empleo público de carácter civil, que de naturaleza militar, por tratarse de un cuerpo armado de estructura piramidal no deliberante es decir que no se puede reunir fuera del orden de la autoridad legítima, sus miembros

¹² CE, SCA, S2, Sentencia de 14 de junio 2007, Rad. No. 6961-05, Actor: Carlos Arturo Villafañe Jaramillo.

no pueden sufragar mientras estén activos en el servicio y en ningún caso pueden intervenir en actividades de partidos políticos; obligada a la noción de obediencia debida; es decir, los miembros de grados inferiores deben siempre obedecer las órdenes de su superior inmediato (sólo en el caso de la fuerza pública, nunca en el de los civiles); sin embargo, las órdenes que vayan en contra de los derechos humanos pueden ser alegadas por el subalterno. Precisamente estas distinciones y diferencias se complementan con el fuero militar de que gozan; es decir, ésta no responde ante la justicia penal ordinaria, sino que lo hace ante los tribunales militares.

En este orden de ideas, no le asiste la razón a la parte actora, pues de lo demostrado en el proceso se evidencia que su retiro del servicio obedeció a otras valoraciones efectuadas por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

De otro lado, sobre la permanencia en el servicio y ascensos efectuados a otros militares que no cumplían los requisitos mínimos de ascenso, o que tenían investigaciones disciplinarias o penales, o en su defecto, fueron retirados del servicio, por llamamiento a calificar servicios, con posterioridad al ascenso, debe indicar este despacho que, por un lado, la afirmaciones realizadas por la parte actora carecen de prueba, por tanto, no tienen carecen de validez para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados.

En gracia de discusión, y en evento que existiera prueba que acreditará la existencia de investigaciones penales o disciplinarias en contra de los militares su supuestamente fueron ascendidos, se tiene que para la fecha del ascenso, según las afirmaciones de la apoderada de la parte demandante, no se habían tomado decisiones definitivas. En consecuencia, para dicha oportunidad no existía antecedente penal o disciplinario que impidiera el llamamiento a curso.

Respecto del llamamiento a calificar servicios del CR Urbina Carrillo Edgar Omar, debe resaltarse que, contrario a lo argumentado por el demandante y a lo que se ha mal entendido por los miembros de las Fuerzas Militares, el llamamiento a calificar servicios no constituye ni sanción disciplinaria ni castigo de ninguna índole o naturaleza, es simple y llanamente una medida de administración de personal fundada en la discrecionalidad del nominador.

Finalmente, debe indicarse que la prueba testimonial rendida por los señores Luís Eduardo Carvajal Chilatra y Julián Felipe Cuevas Méndez, se ciñe a acreditar la

idoneidad en el desempeño de las funciones militares por parte del señor Michel Alexander Carreño Vargas cuando formó parte de la fuerza de tarea apolo. Sin embargo, los testigos respecto de la supuesta persecución laboral sufrida por el demandante ejercida por los Mayores Humberto Jerez Cuellar y Óscar Quintero González, no realizan ninguna afirmación que permita inferir dicha situación, al contrario manifiestan no haber conocido ninguna situación sobre el particular. Igualmente, los testigos no determinan el motivo o fundamento por el cual fue retirado del servicio el demandante. Se precisa que el testigo Julián Felipe Cuevas, manifestó que luego de salir del Ejército Nacional se vio muy afectado anímicamente, pero no determina con claridad si el demandante sufrió la misma congoja, comoquiera que una vez fue retirado se apartó de cualquier canal de comunicación con sus compañeros. Sin embargo, manifiesta que posiblemente el demandante sufrió las mismas aflicciones morales, por cuanto eran muy buenos militares y querían continuar prestando el servicio.

De otro lado, el interrogatorio de parte practicado al señor Michel Alexander Vargas, el demandante resaltó sus condiciones humanas y de servicio, indicando que se ganaba el respeto de sus subalternos a través del buen ejemplo. De la misma manera, el demandante – interrogado - se ciñe a ratificar las afirmaciones efectuadas en la demanda, en particular, aquellas relacionadas con el ascenso de otros militares que con posterioridad fueron retirados del servicio y la persecución laboral sufrida por el señor Humberto Jerez. Finalmente, aclaró que la causal de retiro fue el llamamiento a calificar servicios, a pesar que con anterioridad había presentado una renuncia.

Con fundamento en lo antes expuesto, se evidencia que el acto administrativo acusado no fue proferido con desviación de poder o falsa motivación, por ello, el cargo deberá desestimarse.

Corolario de lo anterior, y de conformidad con los argumentos presentados y las pruebas arrimadas al proceso, se determina que el acto acusado mediante el cual se retira del servicio el actor ha cumplido con los procedimientos y formalidades previstas en la norma, además el mismo fue motivado, aunque la norma no lo exige así, y al revisar los antecedentes y circunstancias fácticas se determina que se ajustó a criterios de razonabilidad y proporcionalidad razón por la cual el cargo de desviación de poder de la parte demandante. En consecuencia, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado, por lo que, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

Decisión.

De conformidad con los argumentos presentados y las pruebas arrimadas al proceso, se determinó que el acto acusado mediante el cual se retira del servicio al señor Michel Alexander Carreño Vargas, cumplió con los procedimientos y formalidades previstas en la ley, además el mismo fue motivado, y al revisar los antecedentes y circunstancias fácticas se determina que dicho acto se ajustó a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, razón por la cual, no prosperaron ninguno de los cargos expuestos por la parte demandante.

En consecuencia, se evidencia que el acto administrativo acusado no incurrió en las causales de nulidad alegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

Finalmente, debe indicarse que al no acreditarse las causales de nulidad del acto administrativo de retiro del servicio, hacen imposible el estudio del ascenso pretendido en la demanda, dado que, por un lado, los ascensos en las fuerzas militares no operan de manera automática por el cumplimiento de unos requisitos, sino que estos están supeditados a la discrecionalidad del Ministro de Defensa y del Comandante de la Fuerza, según sea el caso. De otro lado, se tiene que no es posible ascender a alguien que se encuentra retirado del servicio.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad

de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹³ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 íbidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en

¹³ CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez