

302

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00329-00
DEMANDANTE: GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO
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 Gustavo Adolfo Riveros Restrepo, identificado con C.C. N°. 79.754.626 expedida en Bogotá D.C., 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. Se declare la nulidad de la parte pertinente del artículo primero (1º) de la Resolución número 1791 del 21 de marzo de 2017, “por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional” dictada por el señor Ministro de Defensa Nacional en lo que respecta:

(...)

14. GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO 79.754.626.

Segunda. Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento de los derechos quebrantados se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que dentro del término perentorio de treinta (30) días establecido en el artículo 176 del C. C.A., se proceda a:

- 1. Reintegrar al señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, al grado de mayor u otro de igual o superior categoría y que corresponda de acuerdo con su antigüedad en la institución a partir del 21 de marzo de 2017.*
- 2. Que se le permita al señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, continuar adelantando el Curso de Estado Mayor y una vez lo culmina se ascienda al grado de Teniente Coronel.*
- 3. Que se ascienda al señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, a los demás grados a que tiene derecho de conformidad con lo establecido en los Reglamentos Internos de la Institución.*
- 4. PAGAR, al señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, la totalidad de los salarios dejados de devengar por él entre el 21 de marzo de 2017 y el día en que sea efectivamente reintegrado a su cargo.*
- 5. PAGAR al señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, todas las prestaciones sociales correspondiente al preindicado cargo que se produjeron mientras permaneció retirado del servicio, tales como vacaciones, primas vacacionales, primas de navidad, subsidios, ascensos, sobresueldos por antigüedad, otras primas, bonificaciones, aumentos de sueldo etc.*
- 6. No descontar suma alguna de los dineros percibidos por el demandante del tesoro público, durante el trámite del presente proceso, por cualquier causa, tales como salarios, prestaciones sociales, asignación de retiro, indemnizaciones, cesantías etc, del valor total de las sumas que le salga a deber el Ministerio de Defensa Nacional, a causa del cumplimiento de la sentencia que el ponga fin, ya que conforme a lo previsto por el artículo 220 de la Constitución Nacional y por los artículo 1º, 2º y 19º de la ley 4 de 1992 y por el artículo 175 del Decreto – ley 1211 de 1990, que se encuentra vigente por disposición expresa del artículo 154 del Decreto Ley 1790 de 2000, ya que se trata de asignaciones compatibles, aún en el caso que ambas provengan del Tesoro Público.*
- 7. COMPUTAR, como efectivamente trabajado y sin solución de continuidad, el tiempo durante el cual el demandante señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, permanezca cesante, para efectos de primas de antigüedad y de servicio, sobresueldos, cesantías, ascensos, pensiones y demás prestaciones que se afecten o liquiden con base en el tiempo de servicio, así como para todos los demás efectos legales.*
- 8. Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a pagar al demandante señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS*

RESTREPO, los intereses corrientes y moratorios devengados por sus salarios y prestaciones sociales, dejados de devengar entre el 21 de marzo de 2017 y el día en que se efectúe el pago de conformidad con lo establecido en el inciso 5° del artículo del C.C.A.

9. *Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a pagar al demandante señor GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO. El reajuste por devaluación (Indexación) de la cifra a que asciendan los salarios, prestaciones sociales e intereses corrientes y moratorios dejados de percibir entre el 21 de marzo de 2017 y el día en que se efectuó la cancelación, según la variación a que haya tenido en dicho lapso el Índice de Precios al Consumidor (IPC) total nacional, certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (Artículo 178 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 ® Gustavo Adolfo Riveros Restrepo ingresó a la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdoba del Ejército Nacional el 19 de enero de 1992, ascendiendo al grado de Subteniente el día 02 de diciembre de 1999.
2. El demandante ascendió al grado de teniente, en el año 2003; al grado de Capitán, en el año 2007; y al grado de mayor en el año 2012.
3. El señor Riveros Restrepo ocupó cargos de confianza y dirección, entre ellos, el de comandante de pelotón y asesor jurídico.
4. Por el desempeño de sus funciones el demandante recibió 16 condecoraciones Militares Nacionales
5. El demandante nunca fue objeto de sanciones penales, administrativas o disciplinarias.
6. El demandante fue llamado a curso de ascenso CEM 2017. Por ello, mediante Resolución N°. 017 de 10 de febrero de 2017, le fue destinada una comisión permanente de servicios hasta el 24 de noviembre de 2017.
7. A pesar de estar en comisión de estudios, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional a través del acta N°. 02 del 28 de febrero de 2017 el retiro del servicio del demandante.

8. Con fundamento en la recomendación efectuada por la Junta Asesora del Ministerio de defensa, el Ministro de Defensa Nacional, Mediante Resolución N°. 1791 del 21 de marzo de 2017, retirar del servicio, por llamamiento a calificar servicios, al señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo.
9. Entre el llamamiento a curso de ascenso y la recomendación de retiro no aconteció ninguna conducta o comportamiento por parte del señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo que ameritara su desvinculación, salvo una investigación penal adelantada por parte del Juzgado 73 de Instrucción Penal Militar.
10. La entidad demandada en la etapa de conciliación prejudicial recomienda no conciliar, por cuanto el acto que recomienda el ascenso carece de validez y solidez.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 29, 13, 83 y 220 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Ley 1104 de 2006, artículo 24, Decreto 1790 de 2000, artículo 100, Decreto 989 de 1992, artículo 40; y Decreto 1799 de 2000.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que la entidad demandada incurrió en desviación del poder, falsa motivación y violación del debido proceso al expedir los actos acusados. Para ello indica que el demandante fue llamado a curso de ascenso, y estando en la comisión permanente de estudios fue retirado del servicio sin tener en cuenta la valoración que previamente había realizado el Comandante de Fuerza y el Comité Evaluador, quienes recomendaron al señor Gustavo Riveros para ingresar al curso de ascenso.

De otro lado, la parte actora precisa de la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios no se adecuó a su naturaleza y finalidad, cual es la prestación del buen servicio, sino que está se tergiverso en una sanción, la cual no permitió ni siquiera la valoración de su hoja de vida y trayectoria militar.

Finalmente, manifiesta que la decisión de retirar del servicio al señor Gustavo Riveros se fundó en la investigación penal adelantada en contra de aquel. No obstante, ello vulnera el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia, dado que no hay sentencia judicial en firme sobre los hechos por los que se le investiga, razón por la que no podía ser retirado del servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en memorial visible a folios 243-264, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- 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. Así, el llamamiento a calificar servicios no constituye una sanción disciplinaria, ni una exclusión infamante o deshonrosa, sino que por el contrario, es un elemento que busca el relevo de la línea jerárquica de la entidad.
- El acto por medio del cual se retira del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere ningún tipo de motivación. En efecto, dicho acto requiere simplemente que el militar que se pretende retirar cumpla los requisitos de tiempo para ser acreedor a la asignación de retiro.
- La situación fáctica de haber sido llamado a curso de ascenso, por un lado, no implica que aquel se produzca de manera automática, comoquiera que deben cumplirse otros requisitos. De otro lado, el llamamiento a curso de

ascenso no confina la posibilidad de retirar del servicio a ningún miembro de las fuerzas militares, pues se tratan de dos facultades distintas.

- 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. Por ello, la hoja de vida, si bien constituye un elemento fundamental para ejercer la facultad discrecional no genera per se inamovilidad ni es el único elemento que se tiene en cuenta para la toma definitiva de la decisión de retiro.
- 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 no logró demostrar que los actos acusados hubieren incurrido en desviación de poder o falsa motivación, pues las pruebas allegadas al proceso pretenden demostrar la excelente carrera realizada por el demandante, lo que no desvirtúa por sí solo la legalidad del acto administrativo.

1.2.2 Audiencia Inicial¹

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los fundamentos de derecho contenidos en la demanda, en especial, los aspectos relacionados con el llamamiento a curso de estado mayor al demandante y la hoja de vida. Manifestó que el único nexo causal para el retiro del servicio del demandante es la apertura de una investigación penal en contra del demandante, infiriéndose de ello, que el retiro del servicio se produjo

¹ Folios 296-300.

305

como una sanción. Dicha apertura de investigación se inició con posterioridad al llamamiento a curso de estado mayor. En consecuencia de lo anterior, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda, en especial, aquellos relacionados con la estructura piramidal de las Fuerzas Militares. De modo, que con fundamento en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

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 GUSTAVO ADOLFO RIVEROS RESTREPO, tiene o no derecho a que se ordene el reintegro del demandante al servicio y sea ascendido.

2.2 Hechos probados

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

1. Que el señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo estuvo vinculado con el Ejército Nacional, desempeñándose en los siguientes cargos y periodos²:

GRADO	FECHA INICIO	FECHA FINALIZACIÓN
Cadete	19/01/1996	30/11/1997
Alférez	01/12/1997	30/11/1999
Subteniente	01/12/1999	01/12/2003
Teniente	02/12/2003	05/12/2007
Capitán	05/12/2007	11/12/2012
Mayor	12/12/2012	01/12/2011
Teniente Coronel	02/12/2011	21/03/2017

² Según consta en certificación visible a folio 188 del expediente.

2. Mediante acta N°. 42176 de 16 de octubre de 2016, el Comité Evaluador presentó concepto favorable ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, respecto del ascenso del señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo (folios 129-174).
3. Por medio de la Resolución N°. 017 de 10 de febrero de 2017, el Comandante General de las Fuerzas Militares concedió una comisión permanente de estudio al señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo, entre otros oficiales (folios 175-182).
4. En acta N°. 02 del 28 de febrero de 2017, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, recomendó el retiro del servicio del señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo (folios 16-24).
5. El Ministro de Defensa Nacional, mediante Resolución N°. 1791 de 21 de marzo de 2017, ordenó el retiro del servicio del demandante, por llamamiento a calificar servicios (folios 185-186)

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 1990³, 1790 de 2000⁴, 1793 de 2000⁵ y 4433 de 2004⁶, 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 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".

³ "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares".

⁴ "Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares."

⁵ "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares."

⁶ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

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.

207

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.

(…)”⁷.

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

⁷ CE, SCA; S2, SS”B”, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11).

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 51⁸, 52⁹ y 53¹⁰ 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 capacidad psicofísicas. Por su parte, en tratándose de oficiales, los requisitos especiales hacen referencia, entre otros aspectos, al tiempo de servicio, a la

⁸ **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.

⁹ **ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO.** Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y psicofísicas 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.

PARAGRAFO 2. <Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las 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.

¹⁰ **ARTÍCULO 53. REQUISITOS MÍNIMOS 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:

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

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

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 Gustavo Adolfo Riveros Restrepo prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 19 de enero de 1996 hasta el 21 de marzo de 2017, siendo su último cargo el de Mayor. Igualmente, se encuentra acreditado que el demandante fue retirado del servicio, por llamamiento a calificar servicios, mediante la Resolución N°. 1791 de 21 de marzo de 2017, proferida 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 Gustavo Adolfo Riveros Restrepo 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°. 02 del 28 de febrero de 2017, recomendó el llamamiento a calificar servicios al señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo.

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 que el Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares, llamó a curso de ascenso al demandante, ello no es óbice para que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa decida recomendar su retiro del servicio.

En efecto, se encuentra que el Comité Evaluador, además de ser una autoridad distinta a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, tiene competencias distintas. En efecto, el Comité Evaluador tiene como facultad recomendar el llamamiento a curso de ascenso, mientras que la Junta Asesora tiene, entre otras funciones, la conceptuar sobre los ascensos y retiros de los miembros de las Fuerzas Militares.

Con todo, ha de indicarse que 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.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de 22 de septiembre de 2011, cuando precisó que “el haber sido llamado a curso y su aprobación no impone el ascenso, puesto que ésta es una decisión discrecional del Gobierno Nacional”¹¹. Con ello queda claro que el llamamiento a curso de ascenso no conlleva por sí mismo la promoción, pues para que ello proceda deben cumplirse todos y cada uno de los requisitos previstos para ello, entre otros, la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. Asimismo, se tiene que el llamamiento a curso de ascenso no puede entenderse como una restricción y/o fuero de estabilidad respecto de la facultad que tiene el Gobierno Nacional para retirar a miembros de la Fuerza Pública a través del llamamiento a calificar servicios.

De otra parte, es preciso 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

¹¹ CE, SCA, S2, SS “B”, Rad. N°. 25000-23-25-000-2005-08351-01 (2363-10), Actor: José Manuel Murcia Villanueva.

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

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 (...). ” (Negrita del despacho).

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 187 a 197 del expediente, cierto es que el retiro del servicio del señor Gustavo Adolfo Riveros Restrepo obedeció a las necesidades del servicio y a la estructura piramidal de las Fuerzas Militares, como se indicó en la Resolución N°. 1791 de 21 de marzo 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 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.

Finalmente, y respecto de los cargos presentados por la parte actora, ha de indicarse que dicho extremo procesal no demostró que la causa o el motivo del retiro del servicio haya sido la investigación penal adelantada en contra del señor Gustavo Adolfo Riveros por parte del Juzgado 73 de Instrucción Penal Militar, pues como lo indicó la entidad demandada, con las pruebas arrimadas al proceso solo es posible determinar las calidades profesionales y humanas del demandante. Si bien se destaca que el inicio de la investigación penal se dio en desarrollo de la comisión de estudios otorgada al demandante, cierto es que ello no conduce a determinar con certeza absoluta que esa fuera la causa del llamamiento a calificar servicios.

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 Gustavo Adolfo Riveros Restrepo, 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 allegadas 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.

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 consecuencial 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 ibídem, 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.

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 Wadís 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.

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 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

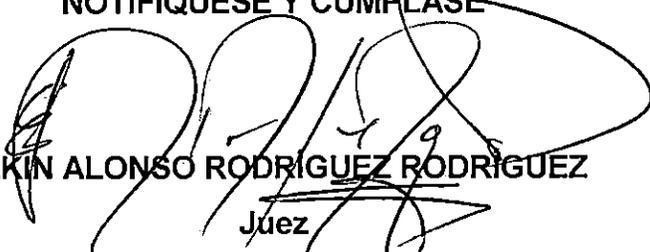
PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

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