



La seguridad  
es de todos

Mindefensa

Señora Juez

**Doctora. PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO**

**Juzgado Tercero Administrativo Oral de Facatativá**

Correo electrónico: [jadmin03fac@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin03fac@notificacionesrj.gov.co)

**ASUNTO : CONTESTACION DE LA DEMANDA**  
**RADICADO : 25269 3333 003 2019 00200 00**  
**DEMANDANTE : JOSE LUIS RIVERA GOMEZ**  
**MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**SORANGEL ROA DUARTE**, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, en el proceso de la referencia, conforme al poder otorgado, me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** dentro de la oportunidad legal en los siguientes términos:

### **TERMINO PROCESAL PARA CONTESTAR**

De conformidad con lo establecido en los artículos 172<sup>1</sup> y 199<sup>2</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demanda fue notificada el 31 de julio de 2020, a través de correo electrónico de la entidad, iniciando el conteo de los términos el día 03/agosto/2020, y conforme a lo señalado en la norma ibídem el plazo máximo para contestar la demanda es 22/octubre/2020; por lo tanto procedo a contestar la demanda en tiempo.

### **CONFORMACIÓN DEL GRUPO DEMANDANTE**

JOSE LUIS RIVERA GOMEZ, C.C. No. 92.555.667

### **EN CUANTO A LOS HECHOS**

<sup>1</sup> “Ley. 1437/2011 Artículo 172: De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvenición.”

<sup>2</sup> “Artículo 199: <Artículo modificado por del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código. (...) En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (...)”



Los narra el apoderado de la parte actora en el capítulo respectivo de la demanda y a ellos se responde en su orden, así:

**AL HECHO 4.1:** De conformidad con el extracto de Hoja de Servicios de fecha 29 de abril de 2019, el señor Jose Luis Rivera Gomez, ingreso a la Escuela de Suboficiales “Sargento Inocencio Chinca”, como alumno el 01 de septiembre de 1993; una vez aprobado el curso como suboficial es dado de alta en la institución en el grado de Cabo Segundo el 01 de septiembre de 1994 y de retirado en el grado de Sargento Mayor el 17 de abril de 2019, con un tiempo de servicio de **25 años, 10 meses y 16 días**, por llamamiento a calificar servicios; a través de la resolución No. 000653 del 17 de abril de 2019.

**AL HECHO 4.2 AL 4.30:** Me atengo a lo plasmado en los documentos relacionados; Siendo pertinente señalar un aparte del contenido de la mencionada resolución No. 000653 del 17 de abril de 2019. *“(…) Que conforme a lo indicado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-107/16 del 02 de marzo de 2016, Expediente T-5.229.909 “El llamamiento a calificar servicios es una manera normal de retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro. Esta modalidad especial de retiro del servicio obedece a la estructura piramidal de dichas carreras que admiten el ascenso al grado superior de todos lo que se ubican en el grado inmediatamente anterior y la misma permite la renovación del personal uniformado, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario” (...)*”, es decir que el retiro del demandante no obedece a las condiciones personales o profesionales, si no al cumplimiento de un requisito establecido en el ley.

### OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me permito presentar oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, hechos por cuanto en el presente caso no se encuentra inmersa ninguna causal de nulidad que permita acceder a lo que aduce la parte demandante, teniendo en cuenta que el acto administrativo censurado goza de la presunción de legalidad contemplada en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, y por el contrario, se observa que se expidió con el lleno de los requisitos legales, por lo anterior, debe mantenerse tal presunción incólume, desprendiéndose que la entidad que represento no ha incurrido en violación alguna de normas de rango constitucional y legal, ni ha



ocasionado perjuicios morales, por cuanto no se acredita en debida forma la tristeza, acongoja o aflicción que amerite la indemnización solicitada, razón por la cual se denota que la actuación está ajustada a derecho, por lo tanto solicito desde ahora se **DENIEGUEN** las súplicas de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que del acto administrativo objeto de censura, se vislumbra que está debidamente fundamentado, sustentado, y es acorde a la normatividad vigente, los pronunciamientos realizado por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-107/16 de fecha 02 de marzo de 2016 – Expediente T-5.229.909, razón por la cual el petitum del proceso de la referencia no está llamado a prosperar, Por ultimo me permito citar el precedente jurisprudencia contenido en la Sentencia de Unificación SU091 de 2016 que unifico los criterios que debe atender la administración para proceder a retirar del servicio activo a los miembros de la fuerza pública en aplicación a la figura jurídica del llamamiento a calificar servicios – Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – Expediente T-4 862.375. Providencia calendada el día 25 de febrero de 2016

### **ARGUMENTOS DE LA DEFENSA**

Me opongo de entrada a que se declare la nulidad del acto administrativo atacado, debido a que la Entidad demandada, a través del mencionado acto administrativo contempló la decisión de fondo totalmente ajustada a derecho y tuvo origen en los aspectos especiales de índole institucional que irradia la carrera militar, necesarios para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas institucionales, entre ellos observar que el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las calidades laborales del servicio, sino a circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador.

La Resolución N° 000653 del 17 de abril de 2019, goza de presunción de legalidad y así deberá declararse, toda vez que su expedición obedeció al cumplimiento de las disposiciones que así lo autorizan, esto es, el Decreto 1790 de 2000, cuyos artículos pertinentes señalan lo siguiente:

***“ARTÍCULO 99. Decreto 1790 de 2000. 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.”*

El artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, señala las causales de retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su literal a) numeral 3º, contempla el retiro temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios.

De igual manera, el artículo 103 señala que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, en consecuencia, al demandante le era adaptable la citada norma, pues los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro están contemplados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que no exige requisitos adicionales más que los quince (15) años de servicio en el caso del llamamiento a Calificar Servicios dada su aplicación para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Se tiene entonces, conforme al extracto de la Hoja de Vida del señor Jose Luis Rivera Gomez, prestó sus servicios al Ejército Nacional por espacio de 25 años, 10 meses, 16 días.

De lo anterior se deduce que efectivamente el demandante cumplía con el tiempo establecido por el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 163, se configura el derecho a la asignación de retiro, por tener más de quince (15) años de servicio y haber sido retirado por llamamiento a calificar servicios.

La presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado, se evidencia de manera palpable, pues está ajustada su expedición a las normas vigentes que rigen el retiro de Suboficiales de las Fuerzas Militares, en el entendido que dicha presunción se conoce como la



consideración o la imaginación de creer es cierto un acto administrativo y que el mismo ha sido creado acorde con las normas jurídicas existentes que regulan su expedición, tanto en el plano material como formal.

Este atributo del Acto Administrativo como presunción no está taxativamente regulada en el ordenamiento jurídico, pero en forma tácita está inmerso en normas que fijan la obligatoriedad de tales actos, siempre y cuando no los afecte la suspensión o anulación de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por otra parte, frente al reconocimiento de los ascensos correspondientes, me permito manifestar que me opongo tajantemente a la prosperidad de tal petición, pues de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, **NO** es procedente acceder al ascenso solicitado por el demandante, como quiera que éste supone una serie de presupuestos que sólo se cumplirían si el demandante se encontrara en servicio activo, sin embargo para el caso que nos ocupa cabe recordar que el demandante se encontraba en el grado de Sargento Mayor.

El Juez Contencioso Administrativo no puede decretar ascensos de suboficiales de la Fuerza Pública, por cuanto ellos no son espontáneos ni automáticos, sino que, junto con las condiciones establecidas en el artículo 51 del Decreto 1790 de 2000, son resultado de la reunión de los requisitos que se deben acreditar de conformidad con el artículo 52 del mismo decreto.

Admitir una tesis diferente iría contra la Estructura Constitucional de las Fuerzas Armadas, cuyos Ascensos Oficiales se fundamentan en la satisfacción de los requisitos legales dentro del orden jerárquico establecido, de acuerdo con las vacantes existentes al escalafón de cargos, con sujeción al orden de precedencia que disponga el acto de clasificación mencionado por el Reglamento de Evaluación y Clasificación del personal de las FF.MM.

El tema ha sido ampliamente reiterado por el Consejo de Estado en cuanto a la imposibilidad de ordenar ascensos por vía de sentencia de tutela o de nulidad y restablecimiento del derecho, y que la figura de reintegro sin solución de continuidad no puede implicar ascensos retroactivos.



La Constitución Política establece, en su artículo 217, que el régimen de carrera para el personal de la Fuerza Pública lo determinará la ley. Como desarrollo de esta disposición, se expide el Decreto Ley 1790 de 2000, que regula el tema del retiro en sus artículos 99 a 111.

Frente a este punto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos.

Expediente 18001-23-31-000-2002-00146-01. Referencia: 0707-2013. Actor: Héctor Hermógenes Guerrero Ortega. Dieciséis (16) de julio de 2014.

*“Sobre el particular; debe decirse que en atención a la tradición jurisprudencial de esta Corporación, la competencia para efectos de ordenar el ascenso de oficiales dentro de las filas de la Fuerza Pública constituye el ejercicio de una facultad discrecional reservada de manera exclusiva al Gobierno Nacional dentro de un trámite complejo en el que también, debe decirse, intervienen las juntas asesoras de cada fuerza a través de conceptos previos.*

*En efecto, le corresponde al Presidente de la República o al Ministro de la Defensa, a éste último en los casos en que sea posible la delegación de funciones, seleccionar al personal de oficiales, para ascender, que además de cumplir con las condiciones generales y especiales exigidas por el legislador, acrediten, para el caso de Brigadieres Generales el título de Oficial de Estado Mayor y el Curso de Altos Estudios Militares y de igual forma, para el grado de Coronel el diploma del Estado Mayor o título de postgrado en su especialidad.*

*(...)*

*Bajo estos supuestos, debe concluirse que **no le está dado a esta jurisdicción ordenar el ascenso de oficiales de la Fuerza Pública a grados superiores, respecto al que ostenten, dado que como quedó visto dicha competencia está radicada constitucional y legalmente en el Gobierno Nacional**, quien en atención a las necesidades del servicio y los perfiles de los miembros de la Fuerza Pública dispondrá su ascenso, previo el cumplimiento de los requisitos expresamente indicados en los artículos 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*



Expediente 2006-00114. Actor: Oscar Augusto Sotomayor Uribe, Once (11) de agosto de 2011:

*“(...) Precisa la Sala, que el demandante solicita a título de restablecimiento, el reintegro al Ejército Nacional en el grado y cargo que venía desempeñando, “o a otro de igual o superior categoría, ordenando si es el caso, el ascenso de mi poderdante al grado de MAYOR, toda vez que, al momento de decretar el reintegro del oficial ese Honorable Despacho, sus compañeros de promoción ostentan ya el grado de mayor...”*

*Al respecto, es del caso traer a colación lo dispuesto en los artículos 48, 49 y 50 del Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal, de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, los cuales estipulan:*

*ARTICULO 48. 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.*

*ARTICULO 49. REQUISITOS COMUNES PARA EL ASCENSO. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones morales, intelectuales y sicofísicas, como requisitos comunes a todos los Oficiales y Suboficiales y además, cumplir las condiciones específicas que este Estatuto determina.*

*ARTICULO 50. REQUISITOS MINIMOS PARA EL 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 Estatuto.*
- b. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.*
- c. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el Reglamento vigente.*
- d. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente y Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.*
- e. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.*
- f. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.*



De las normas transcritas queda claro que los miembros de las Fuerzas Militares deben cumplir unas condiciones para que les sea concedido el ascenso al grado inmediatamente superior, pero además deben existir las respectivas vacantes.

**Igualmente debe el interesado acreditar requisitos que sólo podrá cumplir estando en servicio activo, por lo que no es posible que la orden se dé para un ascenso automático con el simple transcurso del tiempo.** Tampoco puede presumirse que por estar adelantando curso de ascenso al grado de Mayor al momento de ser retirado del servicio, ello implicaba que iba a ser ascendido.

Es decir que la decisión de reintegrar al actor al grado que ostentaba al momento del retiro, no fue caprichosa ni inmotivada sino que corresponde al respeto y acatamiento de las normas de carrera y ascenso militar, que señalan que **los ascensos dentro de la oficialidad no son automáticos sino que corresponden a las necesidades del servicio, a la existencia de plazas de servicio que permita conservar la estructura jerárquica piramidal existente y a otro tipo de circunstancias que no pueden ser soslayadas.**

**Además la no solución de continuidad implica efectos dinerarios y de respeto de tiempos de servicio, pero no puede convertirse en una forma de pretermitir etapas y procesos de escalonamiento y ascenso,** pues no tendría ningún sentido lógico ni jurídico, que sin haber desempeñado el grado de Mayor, al actor se le reintegre como Teniente Coronel; más aún cuando éste alega a su favor el derecho a la igualdad, y **dicha orden sería desigualitaria frente a aquellos que han tenido que someterse al régimen normal para ascender.** (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Expediente 25000-23-25-000-2009-00293-01. Referencia: 1538-2012. Actor: HÉCTOR JAIME FANDIÑO RINCÓN. Catorce (14) de enero de 2013.

*“(...) Por mandato Constitucional en los ascensos de Oficiales Generales de la Fuerza Pública hasta el más Alto Grado intervienen el Presidente de la República quien los confiere y el Senado de la República que decide sobre su aprobación.*

*En desarrollo de este postulado constitucional y en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, el Ministerio de Defensa Nacional expidió el Decreto 1790 de 2000, por medio del cual se modificaron las normas de Carrera de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. (...)*

*Lo anterior lleva a concluir que, el ascenso en el nivel de Oficiales Generales del Ejército, al cual pertenece el grado de Brigadier General que ostentaba el demandante al momento de su retiro por llamamiento a calificar servicios, no es automático, requiere el*



*cumplimiento y acreditación de un cúmulo de requisitos generales y especiales, implica un procedimiento que no depende exclusivamente del Presidente de la República, en el cual intervienen distintas Ramas del Poder Público y comporta un cierto grado de discrecionalidad Administrativa y Política, toda vez que el Gobierno Nacional tiene la potestad de escoger "libremente" entre los aspirantes que reúnan los requisitos y el Senado de la República está en la facultad de aprobar o desaprobar el ascenso.*

*El Consejo de Estado de tiempo atrás ha entendido que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no puede invadir una órbita ajena a su competencia para ordenar el ascenso de los miembros de la Fuerza Pública que están abonados en los Grados Superiores, pues ello es facultativo del Gobierno Nacional con aprobación del Senado. (...)"*

Por otra parte, si bien es cierto que en el escrito de demanda se alega la desviación de poder y la falsa motivación, la parte actora está obligada a producir la prueba de la realidad del perjuicio alegado así como las causales invocadas, demostrando los hechos que lo constituyen para derivar de él una indemnización pecuniaria, porque de lo contrario derivaría en un enriquecimiento sin causa.

En síntesis, la parte actora pretende que se declare la nulidad del acto atacado y se condene a mi defendida al reconocimiento de los siguientes factores:

- Reintegro sin solución de continuidad.
- Reconocimiento de lo dejado de percibir.

Frente a las anteriores pretensiones, declaraciones y condenas, de manera introductoria me permitiré hacer unas referencias, para más adelante exponer la defensa de la Entidad que represento, sin que ello pueda ser visto como aceptación o allanamiento a los hechos o a las pretensiones.

Como ya se mencionó anteriormente, no le asiste razón a la parte demandante frente a esta pretensión, en tanto el acto administrativo demandado, goza de la presunción de legalidad y en el plenario se le defenderá de las acusaciones que se le esgrimen y se le sacará avante.



- **Frente al reconocimiento de lo dejado de percibir:**

Corolario de lo anterior, también deberá negarse, en tanto no le asiste razón en lo que se reclama, pues el apoderado del demandante solicita que se le reconozcan salarios, prestaciones sociales, bonificaciones, primas y demás estipendios a los que tenía derecho como Suboficial del Servicio Activo, con la respectiva indexación e intereses moratorios, sin tener en cuenta que no puede haber lugar a reconocimiento de lo dejado de percibir y que éste no se descuente de lo efectivamente pagado al señor Rivera Gomez, porque no habrá causa jurídica que sustente el pago doble por el mismo concepto, esto se debe a que lo dejado de percibir como salario y lo que ha recibido el demandante, desde el momento de su retiro del Servicio Activo del Ejército como asignación de retiro, no puede contabilizarse dos veces sin descontarse, pues se estaría generando un detrimento al erario, en esa medida, se considera que pese a que el salario y la asignación de retiro tienen una naturaleza diferente, ambas asignaciones provienen del tesoro público, bajo el entendido que todas las prestaciones que se le reconocen al Ejército Nacional provienen de la Nación, lo que está en abierta contraposición con lo estipulado en el artículo 128 Superior.

Adicionalmente sea preciso ilustrar al Despacho que por disposición reglamentaria, el personal que se retira temporalmente del servicio, en este caso con pase a la reserva, sigue laborando por tres (3) meses más, tal como lo contempla el artículo 164 del Decreto Ley 1211 de 1990, vigente hasta nuestros días en lo relativo al régimen salarial y prestacional.

Por lo anterior, solicito respetuosamente disponer en sentencia de instancia, que no le asiste razón a la parte demandante en sus pretensiones y de contera negarle las mismas, pues de la nulidad del acto administrativo demandado se desprenden las demás pretensiones de la demanda, esto es el reintegro del señor Jose Luis Rivera Gomez, sin solución de continuidad y el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios, primas, prestaciones sociales y demás derechos laborales desde el momento en que se produjo su retiro.

Reitero Honorable Juez que no existen fundamentos de hecho o de derecho que demuestre que existió desviación de poder, falta de motivación o expedición irregular del acto, por lo que hay lugar a desestimar las súplicas de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

### **DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**



El llamamiento a calificar servicios es una causal de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares contemplada en la Ley.

De conformidad con el Decreto 1790 del 2000:

**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; (...)*

*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 de Insignia.*

**Artículo 100 CAUSALES DE RETIRO.-** *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:*

*(..) 3. Por llamamiento a calificar servicios.*

**Artículo 103. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.-** *Los Oficiales y los Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto.*

*(...)"* **negrilla y subrayado fuera de texto.**

**EI RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**, es una decisión que si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo que es llamado a cesar sus actividades, éste hecho no constituye ni sanción, ni castigo, ni despido, ni exclusión difamante o deshonorosa, sino es una figura que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a sus miembros (caso de las Fuerzas Militares) en el evento de requerirse.



Al respecto, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado en Sentencia de 7 de abril de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC):

*“Además, esta Corporación ha indicado\* que el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses. (...)*

*Finalmente, la Corte recogió su posición en la sentencia **SU-091 de 2016**, en la que precisó que el llamamiento a calificar servicios es una manera normal de retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de la Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro. La Corte precisó que esta figura debe distinguirse del retiro discrecional (en las Fuerzas Militares) y del retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General (en la Policía Nacional), esta última en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55, numeral 6 del decreto ley 1791 de 2000, disposiciones conforme a las cuales el retiro requiere la expedición de un acto administrativo, previa recomendación realizada mediante Acta de la Junta de Evaluación correspondiente.*

*En ese contexto, la Corte precisó que la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en la Ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto.”*

*\*(Consejo de Estado, sección segunda, subsección “A”, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edisson Rojas Suarez.)*

La medida de Llamamiento a Calificar Servicios adoptado se justificó y fundamentó en la normatividad que para tal efecto establece el Decreto 1790 de 2000, la cual fue aplicada de manera puntual tanto en su trámite como en su forma.



El derecho al debido proceso, fue garantizado en su integridad al demandante ya que su llamamiento se rigió por los preceptos de los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000 en cuanto a su trámite y forma de aplicarlo.

Esta decisión obedece a la potestad del Estado y de sus agentes de “administrar”.

Con base en esta facultad la Administración ejerce sus actos basado en las premisas legales que tiene a su alcance.

Como se puede extraer del documento: *Alcance de la causal de Retiro Por Llamamiento a Calificar Servicios en la Fuerza Pública, Dra. Mhimy del Pilar Guerrero S. Verba Iuris 26 – Julio – Diciembre 2011*, que señala:

*“En virtud de las especiales circunstancias de jerarquía, subordinación, mando y utilización del talento humano, la carrera militar ha sido exigente en la evaluación y calificación de sus integrantes en los aspectos moral, personal y profesional; por estas razones los Estatutos que la desarrollan van apareados o son concordantes con normas que determinan la forma, criterios, técnicas y procedimientos para la evaluación y clasificación del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.(...)”*

*En todos los ejércitos del mundo, los oficiales constituyen la base fundamental de la pirámide castrense y en virtud del principio de equidad, su estabilidad debe ser protegida por el legislador. • Los Estados invierten inconmensurables recursos en la formación y capacitación física, moral y profesional de estos servidores públicos, sin que puedan ser sustituidos por otros profesionales de manera circunstancial e inmediata, toda vez que las instituciones militares son únicas, v. gr. los abogados, médicos, ingenieros se forman en diversas facultades, en cambio los militares y la policía nacional sólo lo hacen en las escuelas de formación destinadas a este propósito. • Por la especificidad de las áreas del conocimiento que tienen que abordar: inteligencia, contrainteligencia, operaciones, logística, etc., la infraestructura docente y funcional de estas instituciones es de propiedad del Estado sin que pueda la empresa privada suplir estas necesidades. La selección del recurso humano para ingresar a estas escuelas de formación militar y policial es un proceso costoso en el que el Estado invierte la mayor parte de recursos para estudios de inteligencia y pruebas psico-técnicas. (...)*



*De las disposiciones transcritas se colige que la causal de retiro “por llamamiento a calificar servicios” en la Fuerza Pública no deviene de una facultad discrecional como lo han entendido los operadores de todo nivel, por el desconocimiento de las normas castrenses que la gobiernan. Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho y teniendo en cuenta que éste surgió como reacción a la desigualdad creada en las relaciones capitalistas del siglo XIX y al principio *laissez faire, laissez passer*, el intervencionismo introducido a comienzos del siglo XX dotó al Estado de instrumentos para determinar la actividad de los poderes públicos bajo el fundamento de una idea regulativa que le impone la obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones, promoviendo la igualdad para los diferentes grupos sociales sin que ello signifique la implementación del igualitarismo, así como la definición de Estado de Derecho “...que significa la preeminencia jurídica y de justicia de las instituciones” (Manrique, 1992).*

*De otra parte, la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios no se sustenta exclusivamente en el cumplimiento de un tiempo determinado de servicios, sino en la medida de las necesidades y conveniencias, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio, tal como lo señala la Corte Constitucional.*

*La causal de retiro “por facultad discrecional” en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional es una herramienta con la que cuentan estas instituciones para prescindir de los servicios de quienes se han hecho acreedores a cuestionamientos censurables públicamente que no dan espera a la permanencia de los afectados en las filas militares o policiales y que se adopta sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria a que haya lugar. Desafortunadamente las dos causales de retiro del servicio activo de las FF. MM. y Policía Nacional se vienen utilizando como si ambas se originaran en el ejercicio de facultad discrecional, cuando hemos demostrado que la de “llamamiento a calificar servicios” fue reglada por el legislador castrense.”*

La Sección Segunda, mediante sentencia del 14 de junio de 2007, expediente 6961-05, y cuya magistrada ponente fue la doctora Ana Margarita Olaya, dispuso:

*“Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de*



*permanencia en el mismo. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario; pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a explicitar en el acto por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal, lo retira del servicio. De ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene una decisión de esa naturaleza, esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual en el presente caso no se probó (...) Tal voluntad, dentro de las condiciones legales anotadas, es una facultad que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que la materializa, en lo cual guarda analogía con la relativa a la insubsistencia de empleados públicos de libre nombramiento y remoción en donde también se encuentra la expresión de voluntad del nominador, lógicamente en aras del buen servicio. El 'llamamiento a calificar servicios' es una situación que, de acuerdo con el marco normativo que antecede, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional y, por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad..." (Consejo de Estado, 2007).*

Para el caso puntual que se examina, el Gobierno Nacional, por intermedio del Comandante del Ejército Nacional, ejerció un poder o competencia, cuando de manera libre tomó la decisión de llamar a calificar servicios al actor atendiendo la normatividad vigente, es decir el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000.

Adicionalmente para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, **la ley no fija motivos** que se deben o deberían ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por ley le está siendo dada a través del artículo 103 mencionado, es decir sólo es necesario que la persona a la que se le llama a calificar servicios haya estado en servicio activo por un lapso de quince (15) años.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado<sup>3</sup>:

*"Por otra parte, se observa que las autoridades también incurrieron en defecto sustantivo al afirmar que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios deben motivarse, pues ello no está dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Ley 857 de 2003 como una condición para desvincular bajo esa causal a los oficiales de la Policía*

<sup>3</sup> Sentencia de 7 de abril de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC).



Nacional, pues dichas normas solo exigen cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, supuestos que se satisfacen en el caso concreto, dado que el señor contaba con más de quince (15) años de servicios, ya que ingreso a la Institución el 24 de enero de 1991 y fue retirado el 4 de abril de 2011 (20 años, 1 mes y 10 días de servicio), y la mencionada junta recomendó su desvinculación a través de acta del 18 de febrero del mismo año.

Con tal interpretación, el Tribunal y el Juzgado accionados desconocieron el debido proceso del Ministerio de Defensa Nacional, pues realizaron una interpretación poco plausible de las normas que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios, al disponer requisitos adicionales no previstos en la normativa aplicable al caso.”

El acto administrativo con el que se decidió retirar el servicio activo al demandante se generó por parte de la Administración con el lleno de los requisitos, situación que además hace que el acto sea perfectamente legítimo y además desprovisto de características que lo pudieran viciar.

Para hacer claridad en el alcance de esta figura se trae a colación la **siguiente sentencia de la Corte Constitucional**, la cual de manera clara explica la potestad de la figura y la necesidad de no fundamentarla cuando se aplica dadas sus particulares características.

#### **Sentencia No. C-072/96**

*“(…) La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por **"calificar servicios"**, acepción que 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, despido ni exclusión infamante o deshonrosa, (...) 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 de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.*



*Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.*

*Así, declarar la inexequibilidad total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la conclusión de que **el llamamiento a calificar servicios** está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto **es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores**, al paso que si se optara por la declaración de inexequibilidad de la condición introducida por la norma acusada a la facultad de la institución nominadora -la exigencia de que hayan transcurrido quince años de servicio- se plasmaría una discrecionalidad absoluta que acabaría con el derecho del oficial o suboficial a una estabilidad mínima en el desempeño de su función y, por tanto, conduciría a la eliminación de una garantía, plasmada en favor de quienes integran el contingente humano de la Policía Nacional, que tampoco vulnera precepto alguno de la Carta Política.*

*En conclusión, los actos de naturaleza reglada o discrecional, constituyen el ejercicio de una potestad previa atribuida por el ordenamiento jurídico; por tanto, la potestad discrecional no es una potestad extralegal, sino legal y por ende cuando se aplica se presume de legalidad.”*

*(Negrilla fuera de texto).*

### **DE LA FALSA MOTIVACIÓN Y LA DESVIACIÓN DE PODER**

Manifiesta la parte actora que se vislumbra una desviación de poder y una falsa motivación según la cual el ejemplar comportamiento del demandante pasó desapercibido para mi representada quien procedió a retirarlo, según se manifiesta en la demanda sin que existiera prueba de ineficiente o irregular comportamiento, cuando la realidad es que la idoneidad y excelente desempeño de las funciones que alega el demandante y de conformidad con la **reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, estas circunstancias por sí mismas, NO generan fuero de estabilidad**, fundamentalmente porque el “llamamiento a calificar servicios” del Señor Sargento Mayor Jose Luis Rivera Gomez; obedeció simple y sencillamente al ejercicio de la



facultad de retirar del servicio activo a un miembro de las Fuerzas Militares con base en la figura del llamamiento a calificar servicios, como se procede a argumentar.

La doctrina administrativa determina que para que se configure el denominado “Desvío o Desviación de poder” es menester que la Administración Pública en el ámbito de sus competencias, no importa en cabeza de quién esté, tenga la intención de tomar una decisión, que se adopta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla.

Este tipo de fines diferentes han sido igualmente considerados por la doctrina y jurisprudencias administrativas como aquellos que atañen a propósitos económicos, partidistas o ideológicos que en nada se presentan en el caso que hoy se rebate.

Determinar las motivaciones internas de quien profiere un acto administrativo que quizás vulnera intereses particulares señalando, además, causales que no existen, contraría todo precepto legal y es un desconocimiento grosero de la normatividad existente.

En el caso *sub examine* se tiene que el Gobierno Nacional determina libremente a qué Oficiales decide llamar a calificar servicios, o a hacer cursos, o a salir al exterior, o al acto del servicio que estime conveniente para los intereses institucionales, decisiones que en ningún momento obedecen a un querer personal de sancionar, premiar, ser subjetivo o algo similar; es diferente cumplir la ley que querer que la misma ley nos favorezca por simple capricho.

Esta determinación se fundamenta en una normatividad vigente sumamente clara que se sigue de manera puntual.

Sobre el tema el tratadista Jaime Vidal Perdomo en su libro de Derecho Administrativo ha expresado lo siguiente:

*“(...) Los funcionarios deben actuar teniendo en cuenta el interés general. Cuando quiera que obren buscando un fin distinto de este, están desviando el poder que se les confió y sus actos son anulables.*



*Hay desvío de poder cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto al que la ley quería al otorgarla. Entonces es preciso buscar la intención que tuvo la ley al crear una competencia y el fin que ha querido el funcionario al dictar el acto. (...)*

En el caso del demandante es claro que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta el interés general, premisa constitucional no solamente acatada dentro del estamento militar sino dentro de toda la administración pública, y no obedeció a intereses particulares como quiere hacer ver el demandante.

Así mismo, la Administración empleó la facultad que le dio el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, respetando el espíritu de la norma y por ende decidiendo retirar del servicio activo a un señor Suboficial, situación que día a día se vive en una Institución de índole jerárquica y piramidal como lo son las Fuerzas Militares.

Adicionalmente, y siendo la decisión del llamamiento a calificar servicios una decisión que no requiere motivación alguna, salvo el cumplimiento de los requisitos establecidos, que la persona haya cumplido quince (15) años de servicio, se tiene que la decisión ahora controvertida es legal.

No obstante lo anterior, el Acto Administrativo ha sido debidamente motivado, tal como se ha dejado claro a lo largo de este escrito y adicionalmente se profirió en cumplimiento y estricta observancia de las leyes que para el efecto se han creado, con el fin de permitir a la Institución Castrense, darse su propio régimen y establecer sus propios lineamientos para el cabal desarrollo de su misión constitucional.

Es pertinente anotar que no es cierto, como lo pretende hacer ver el apoderado del actor, que *“la entidad demandada violó flagrantemente las normas que gobiernan la función de la Junta Asesora, pues resulta obvio que no hubo análisis alguno antes de tomar tan drástica medida”* para retirar del servicio activo al demandante o permitirle ascender.

Si en las Fuerzas Militares se tuviera que apelar a no poder retirar a nadie del servicio activo se tendría que éstas instituciones no podrían cumplir con las jerarquías que las caracterizan; éste tránsito a una pirámide jerárquica de por sí conlleva, de manera implícita, que los miembros de las



mismas se deben retirar en la medida en que se acercan a la cúspide, llegando solo algunos a ciertos grados.

Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que en los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional además de la presunción de legalidad que cobija a todo acto administrativo ésta se presume ejercida en aras del buen servicio, presunción según la cual quien afirme desviación de poder, es decir, que el acto se inspiró en razones ajenas o distintas al espíritu del legislador en la atribución de tal competencia, debe expresar, concretar o especificar cuáles fueron los verdaderos motivos que considera tuvo la administración para expedir el acto enjuiciado y corre con la carga de su prueba.

De conformidad con la Honorable Corte Constitucional (C-456/98)

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

*El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría<sup>4</sup>, no sólo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”.*

*Es de observar, que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción de lo contencioso administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo a la actividad de la administración, sea esta discrecional o reglada, si se repara que ésta se desarrolla mediante el ejercicio de privilegios o prerrogativas propios del sistema administrativo que implican que ella pueda acudir a la autotutela, es decir, tanto a la imposición unilateral de obligaciones a los administrados (privilegio de la decisión previa), como al cumplimiento forzado de éstas (privilegio de la acción de oficio), sin intervención judicial. De este modo la rigurosidad del referido control es precisamente la*

<sup>4</sup> Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.



*contraprestación que la administración debe pagar por el ejercicio de dichas prerrogativas y su sometimiento a la legalidad.*

*Las referidas técnicas<sup>5</sup>, han estado dirigidas a controlar la regularidad formal del acto, esto es, a verificar que ha sido expedido por una autoridad competente y según las formas prescritas. Ello corresponde a dos aspectos sobre los cuales recae el control. La incompetencia y el vicio de forma<sup>6</sup>. Pero igualmente aquéllas se han orientado a comprobar la regularidad material del acto, o sea la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, o desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si ésta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia.*

El control material del acto, comprende entonces, no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino la legitimidad de su finalidad (desviación de poder).

En el caso específico, la competencia en la expedición de la Resolución N° 000653 del 17 de abril de 2019, a través del cual se retiró del servicio activo por “llamamiento a calificar servicios” al Sargento Mayor JOSE LUIS RIVERA GOMEZ, de las autoridades a las cuales no se les puede endilgar desviación de poder o falsa motivación en la expedición del auto.

Las personas que ostentan altos mandos como era el caso del demandante, son los encargados de poner en práctica las políticas de su Comandante Supremo, el señor Presidente de la República y de los Comandantes del Ejército Nacional y de las Fuerzas Militares, razón por la cual gozan de absoluta confianza de los mismos.

Para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas institucionales y de la misión constitucional y legal que no es más que la defensa de la Soberanía, la Independencia, la Integridad del Territorio Nacional y del Orden Constitucional, tanto el señor Presidente de la República, como los altos mandos se deben rodear de personas de su entera confianza.

<sup>5</sup> Derecho Administrativo, Georges Vedel, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pág. 486.

<sup>6</sup> Se advierte que en la sentencia C-546/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz se consideró para los efectos del control constitucional que el vicio de incompetencia en la expedición de un acto es un aspecto sustancial o material y no formal.



Así lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional al establecer:

*“Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.).*

*Tal y como lo observaron los falladores de instancia en el proceso de tutela, así como los jueces que conocieron de los incidentes de desacato promovidos por el peticionario, en esta parte resolutive no se ordenó el ascenso del Coronel Rincón. Mal podría hacerlo un juez contencioso administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que como arriba se ha explicado, el ascenso a los altos mandos del estamento militar es una potestad discrecional del Presidente de la República, y no se puede ordenar por vía judicial que se lleve a cabo dicho ascenso puesto que ello reñiría con la estructura constitucional misma de la Fuerza Pública, sometida jerárquicamente a la dirección del Jefe de Estado, como representante del poder civil democráticamente elegido.(...)*

*En efecto, el nivel de discrecionalidad con el que cuenta la autoridad será mayor o menor dependiendo del detalle con el cual el Legislador haya regulado la materia – es decir, el ejercicio de la facultad discrecional estará más o menos reglado en términos legales, dependiendo de la mayor o menor amplitud del campo reservado para ese fin por el Legislador a través de los requisitos establecidos en las normas aplicables. En materia de ascensos militares dicha discrecionalidad alcanza una gran amplitud, puesto que no está sometida a restricciones materiales de orden legal sino que, por el contrario, obedece al ejercicio de una facultad que la ley califica de libre y que la Constitución confía al Jefe de Estado, con el control político de aprobación ejercido por el Senado. Las normas legales regulan procedimientos y condiciones previas al ejercicio libre de la facultad presidencial. Por lo tanto, una vez cumplidos tales procedimientos y reunidas las condiciones de ley, el*



*Presidente de la República decide libremente quién ha de ascender y quién no. (T-1140 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa) (Subrayas fuera del original)*

*De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, esta Corporación concluye y reitera que la libre escogencia de los altos cargos en la escala militar es una manifestación de la potestad discrecional del Presidente de la República en ejercicio de la autoridad que le reporta el cargo de comandante supremo de las fuerzas armadas y en el desarrollo de sus funciones de dirección de la fuerza pública (Art. 189-3 C.P).*

**No obstante, como se advierte, dicha conclusión se predica de la escogencia de los más altos grados de la escala militar por parte del Gobierno Nacional, pues, como lo ha dicho la propia Corte, en esos casos la Constitución Política tiene en cuenta la conservación del orden público -asunto cuya dirección ha sido atribuida directamente al Presidente de la República-, la trascendencia de las funciones asignadas a los oficiales que están en las líneas superiores de mando, la “especialísima” relación de confianza que debe existir entre Gobierno y los encargados de dirigir las tropas en defensa de la integridad de la Nación y el sometimiento del ejercicio de esa potestad discrecional al control político del Senado de la República (Art. 173 C.P).<sup>7</sup>** Negrilla y subrayado fuera de texto.

Bajo este punto de vista, el Ministro de Defensa Nacional tiene la potestad de elegir cuales altos militares continúan o no en la Institución, de conformidad con sus políticas para el manejo del orden público y la garantía del cumplimiento de las funciones otorgadas a las Fuerzas Militares por la Carta Política.

La Resolución N° 000653 de 17 de abril de 2019, se profirió dando cumplimiento al Decreto Ley 1790 de 2000 en sus artículos 99 y 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006), establece en el artículo 103: “*Llamamiento a calificar servicios. 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 (...)*”.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 217 aclara que el régimen de carrera para el personal de la Fuerza Pública, lo determinará la ley y actualmente se encuentra contenida en el Decreto Ley 1790 de 2000.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto del 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy.



Que esta decisión no es producto de una sanción disciplinaria, penal o de cualquier otra índole, sino una facultad que está consagrada en el Decreto Ley 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal militar, la cual obedece a razones del servicio, con el fin de garantizar cumplir el mandato constitucional otorgado a la Fuerza Pública.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las calidades militares del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador. Resulta necesario precisar que para retirar del servicio activo al personal uniformado de las Fuerzas Militares, por llamamiento a calificar servicios, no exige la disposición legal donde se realice un juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se persigue con el este llamamiento a calificar servicios, es la buena prestación del servicio, en ningún momento la penalización de faltas de ninguna índole.

Las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante su permanencia en la Institución, tales condiciones tratándose de decisiones de esta índole, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores.

A este respecto la Corte Constitucional ha reiterado respecto a los regímenes especiales de creación legal, garantiza su constitucionalidad en tanto : *“(...) respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, (...) esto es para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general (...) las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía (...)”*.

Con base en la Constitución, se dispuso un régimen especial de carrera para las Fuerzas Militares, con fundamento en este régimen han sido expedidas por el Legislador Ordinario y Extraordinario un sinnúmero de disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de la Institución Armada, todo dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta la naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades



constitucionales las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.

En cuanto a la idoneidad y excelente desempeño de sus funciones que alega el demandante en su demanda como cortapisa o impedimento para que la entidad no lo hubiere llamado a calificar servicios, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado estas circunstancias por sí mismas, **NO** generan fuero de estabilidad.

En sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda. 19 de junio de 2008. Expediente 2002-08286-01 (6349-2005) C.P. Jaime Moreno, manifestó:

***“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, circunstancias como las anteriormente anotadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario. Diversas razones en procura del cumplimiento de metas institucionales, pueden llevar al nominador a ejercer la facultad de libre remoción y al plenario no se adujo, menos incorporó prueba alguna con la cual se demuestre que fueron razones distintas al buen servicio público las que en esta oportunidad llevaron al nominador a ejercer la facultad discrecional. (Subrayado y negrilla fuera de texto).***

*Ahora bien, en relación con la cita jurisprudencial que hace la parte actora, por medio de la cual se anula un acto de retiro por considerar que la prestación del servicio fue excelente, se anota que ella pertenece a un caso particular y concreto que en nada concierne al presente.*

*Por todo lo anterior, se concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado y por tanto, se impone la confirmación de la sentencia apelada.”*

Por lo anterior, igualmente la idoneidad y buen desempeño del actor no le otorga derecho a la estabilidad militar ni a ascender dentro de la jerarquía castrense como lo manifiesta en la demanda.



Por último y respecto a la permanencia en la Institución, ha sido tratado por las Altas Cortes, y en forma unánime han determinado que no existen cargos absolutos y perpetuos. Lo anterior significa, que el retiro del Señor Suboficial, fue un suceso de común ocurrencia en la vida militar.

### **EXCEPCION DE LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO.**

Propongo esta excepción de legalidad del acto definitivo demandado por no estar incurso dentro las nulidades de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que no hay infracción a normas superiores, sin falta de competencia por la persona que expide el acto, tampoco el acto fue expedido en forma irregular, pues este se ajustó a la Ley.

### **PRUEBAS**

#### **Solicitadas al despacho**

Ruego requerir a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional se remitan los antecedentes administrativos conformados que dieron origen a la Resolución 000653 del 17 de abril de 2019.

A la Caja de Sueldos de Retiro de la Fuerzas Militares CREMIL con el fin de allegar copia del expediente prestacional conformado con ocasión al reconocimiento y pago de asignación de retiro al señor JOSE LUIS RIVERA GOMEZ, C.C. No. 92.555.667.

### **PETICIÓN**

Respetuosamente solicito a la señora Juez se nieguen las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos presentados.

### **DE LAS COSTAS**

Teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 188 del C.P.A.C.A, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – posición adoptada por el Consejo de Estado recientemente-



<sup>8</sup>, solicito a su H. Despacho no se condene en costas siempre que no se compruebe uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales<sup>9</sup>.

### ANEXOS

1.- Poder debidamente otorgado con los respectivos soportes.

### NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Oficina Grupo Contencioso Constitucional - Sede Facatativá, ubicada al interior de las instalaciones del Cantón Militar para las Comunicaciones - Batallón de Apoyo y Servicios para las Comunicaciones Ejército Nacional. – Calle 5 No. 15 - 00 Barrio Dos Caminos. Correo electrónico: [notificaciones.facatativa@mindefensa.gov.co](mailto:notificaciones.facatativa@mindefensa.gov.co)

Con el acostumbrado respeto,

**SORANGEL ROA DUARTE**

C.C. 52.811.910 de Bogotá

T.P. 206.755 del Consejo Superior de la Judicatura

---

<sup>8</sup> Sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Rad. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), MP. Jaime Orlando Santofimio.

<sup>9</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2006. Subsección B, Jesús María Lemus. Rad. 2001-04955-01(2427-2004) “(..) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”