

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SAN ANDRES ISLAS**

**DATOS PARA RADICACION DEL PROCESO**

JURISDICCION: Constitucional.

ACCION: TUTELA.

CUADERNO ORIGINAL: 213 Folios.

**DEMANDANTE:**

**NOMBRE:** Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.**

**IDENTIFICACION:** Cédula de Ciudadanía No. 80.000.835 de Bogotá D.C.

**DIRECCION:** Calle 22B No. 58-21 Torre 6 Apartamento 122 de Bogotá D.C.

**TELÉFONO:** 3185168265.

**CORREO ELECTRÓNICO:** [juances2321@gmail.com](mailto:juances2321@gmail.com)

**APODERADO:**

**NOMBRE:** **NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS.**

**IDENTIFICACION:** Cédula de Ciudadanía No. 79.541.041 de Bogotá. Tarjeta Profesional No. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.

**DIRECCION:** Carrera 24 No. 63 C -28 Oficina 503 Edificio Centro Profesional de la ciudad de Bogotá D.C.

**TELEFONO:** Teléfono 4 825615.

**CORREO ELECTRÓNICO:** [nizamudio@hotmail.com](mailto:nizamudio@hotmail.com).

**DEMANDADA:**

**NOMBRE:** **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E**

**IDENTIFICACION:** Entes de la Rama Judicial del Poder Público.

**DIRECCION:** Carrera 57 No. 43-91 de Bogotá D.C.

Correos Electrónicos: [jadmin19bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin19bta@notificacionesrj.gov.co)

[correscanbta@cendoj.ramajudicial.com](mailto:correscanbta@cendoj.ramajudicial.com)

[rmemorialessec02tadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rmemorialessec02tadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co)

o  
y

FIRMA DEL APODERADO:

  
\_\_\_\_\_

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**  
*Abogado*

Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2021.

**HONORABLES CONSEJEROS  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
CONSEJO DE ESTADO (REPARTO)  
Ciudad.**

Referencia: **Acción de Tutela.**  
**Tutelante: Mayor (RA) JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.**  
**Tuteladas: JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**  
**y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCION E.**

Honorables Consejeros:

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79'541.041 de Bogotá D.C., abogado con Tarjeta Profesional No. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.000.835 de Bogotá D.C., conforme al poder que es Anexo No. **1**, mediante el presente escrito comedidamente les expreso que acudo a ustedes en ejercicio de la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Constitución Nacional, a favor de los intereses de mi cliente y en contra del **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E**, de la Justicia Contencioso Administrativa, por la violación a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso material a la administración de justicia, Imperio de la Ley y la derecho de defensa material, en que se incurrió por tales organismos judiciales al emitir las sentencias de Primera y Segunda Instancia fechadas 21 de febrero de 2020 (Anexo No. **2**) y 18 de junio de 2021 (Anexo No. **3**), respectivamente, proferidas dentro del proceso No. 11001333501920180007000 en el cual actúa como demandante Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** y como demanda la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL** y que NEGARON las pretensiones de la demanda en evidentes vías de hecho, con el objeto sean anuladas y en su lugar se profiera la sentencia sustitutiva tutelando los derechos fundamentales vulnerados, de acuerdo a los siguientes hechos:

### **HECHOS**

1. El señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** ingresó como Oficial de las Fuerzas Militares, Ejército Nacional,

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

en el Grado de Subteniente perteneciente al Arma de Aviación como Piloto, luego de haber cursado y aprobado los estudios reglamentarios, mediante Resolución del Ministerio de Defensa Nacional No. 1204 del 2 de diciembre de 1999, el 1 de diciembre de 1999, e integra el Curso BG. RAFAEL MORALES GOMEZ; llegando, en esa Carrera Administrativa Especial, al grado de Mayor con un desempeño profesional sobresaliente.

2. En el año 2016 se surtió un ilegal proceso de selección de Oficiales al Cursó de Estado Mayor, curso éste que es requisito para ascender al grado de Teniente Coronel de acuerdo al 68 del Decreto 1790 de 2000, no siendo seleccionado mi mandante, motivo por el cual se adelanta acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de esa decisiones bajo el radicado No. 11001-33-42-050-2017-00175-00 que correspondió en conocimiento al Juzgado 50 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.
3. Con Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 suscrita por el Ministro de Defensa Nacional se retiró del servicio activo por la causal “Por llamamiento a Calificar servicios” a mi mandante, motivando esa decisión administrativa de manera general **en la naturaleza de la causal de retiro, discrecional, y el requisito objetivo para su procedencia que es tener el tiempo de servicio para ser titular de asignación de retiro.**
4. Ante la evidente ILEGALIDAD, FALSA MOTIVACION y DESVIACION DE PODER en que se encuentra inmersa la citada decisión de retiro, el señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** procede a instaurar demanda Contencioso-Administrativa (Anexo No. 4) en contra esa Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017, cuyo proceso correspondió al radicado No. 11001-33-35-019-2018-00070-00 de conocimiento del Juzgado 19 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. el cual con sentencia del 21 de febrero de 2020 decidió NEGAR las pretensiones de la demanda la cual fue APELADA (Anexo No. 5) y confirmada en sentencia del 18 de junio de 2021 proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E.**
5. Necesario es reseñar como en auto proferido en audiencia del 2 de abril de 2019 se negaron algunas pruebas documentales necesarias a efectos de probar los cargos de ilegalidad

achacados a la decisión de retiro, en especial su irrazonabilidad y desproporcionalidad en cuanto al objetivo del mejoramiento del servicio, decisión que fue objeto del recurso de APELACIÓN resuelto mediante auto No. 563 del 16 de diciembre de 2020 (Anexo No. 6) del mismo **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E** ordenando “ORDENAR al juez de primera instancia que decrete la práctica de las pruebas relacionadas con las certificaciones en las cuales conste (i) **el procedimiento mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados**, (ii) **las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor y (iii) si todos los Oficiales no seleccionados para ascenso al curso de Estado de Mayor fueron retirados o no...**”, resultado que mediante auto del 6 de mayo de 2021 (Anexo No. 7) el *a-quo* ordeno OBEDECER y CUMPLIR lo resuelto por el superior, a pesar de lo cual, y sin que se practicasen las pruebas ordenadas, advertido de la situación (Memoriales del 9 de febrero 2021 y 5 de marzo de 2021 Anexo No. 8) **el ad- quem profirió sentencia SIN tener presente el recaudo y consideración de las pruebas que él mismo había ordenado.**

6. Las sentencias de Primera y Segunda Instancia cuestionadas Constitucionalmente en sede de tutela contienen una actuación que, evidentemente, se coloca en el lugar de las auténticas vías de hecho que violentan los derechos fundamentales de mi mandante al debido proceso, acceso material a la administración de justicia, al Imperio de la Ley, a la igualdad y a la defensa material.
7. Con la sentencia de Segunda Instancia involucrada se cerró las instancias ordinarias, **sin existir otro mecanismo de defensa judicial diferente a la acción de tutela que es la única que tiene mi mandante como víctima del injusto y en términos de eficacia.**
8. Mi mandante me ha conferido poder para adelantar esta acción (Anexo No. 1).

### PRETENSIONES:

1. Se conceda el amparo de tutela solicitado a los derechos fundamentales de mi mandante violados por la actuación judicial denunciada.
2. Se anule la actuación judicial de Primera y Segunda Instancia

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

sentencias del 21 de febrero de 2020 y 18 de junio de 2021, respectivamente, aquí demandadas.

3. Dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a proferido el fallo de tutela, se profiera el fallo de reemplazo apegado a la Ley y a la prueba.
4. Se hagan las demás declaraciones a que haya lugar sobre cualquier tipo de derecho fundamental que se estime vulnerado o amenazado.

**AUTORIDADES PÚBLICAS TUTELADAS:**

Lo son el **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** y **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E.**

**ACCION U OMISIÓN VIOLATORIA:**

Incurrir en vías de hecho al proferir las sentencias de Primera y Segunda Instancia del 21 de febrero de 2020 y 18 de junio de 2021, respectivamente, aquí demandadas Constitucionalmente.

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y NORMAS VIOLADAS:**

Las sentencias judiciales constitutivas de vías de hecho aludidas, violan los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, Imperio de la Ley, igualdad y defensa material de mí mandante, consagrados en los artículos 13, 29, 228, 229 y 230 de la Constitución Nacional.

**PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCION ACCIÓN DE TUTELA:****1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES. REQUISITOS GENERALES Y ESPECIFICOS.**

La acción de tutela ha sido prevista como un mecanismo de protección a los derechos fundamentales, de carácter residual y no alternativo.

Bajo esta primera aproximación, la acción de tutela no está llamada a sustituir los mecanismos ordinarios de que el sistema jurídico ha dotado a los ciudadanos para solucionar sus

# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

conflictos o satisfacer sus necesidades y, consecuentemente, el Juez de tutela no puede abrogarse las competencias que la Ley ha entregado a los diversos operadores jurídicos, **salvo que ésta sea usada a fin de corregir las llamadas vías de hecho cuando ya no hay otro mecanismo que pueda ser idóneo a tal fin.**

La acción de tutela incorporada en la Constitución de 1991 es ciertamente un gran avance en la concepción jurídica garantista propia de los Estados de Derecho modernos.

Ordinariamente, la acción de tutela procede siempre que se evidencie una violación o amenaza a un derecho fundamental y que el titular de tal derecho no posea otro medio de defensa judicial, no desde el punto de vista **instrumental**, sino desde el de la **eficacia**.

En este sentido, lo que la acción de tutela busca en últimas es, primariamente, **la protección de los derechos fundamentales** y, de manera concomitante, **la vigencia del orden constitucional** “Bajo estos postulados es que se entiende el papel que tiene la acción de tutela frente a la Carta Política, **dado que es a la vez un vehículo de efectividad de garantía de los derechos fundamentales allí consagrados, y el medio que propicia la interpretación Constitucional** ésta que, al ser realizada por la Corte Constitucional, torna tal doctrina como de obligatorio cumplimiento. En lo que corresponde a esto último, ya la Corte había señalado que “... si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C-083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, fijó el alcance de la expresión “doctrina constitucional”...”<sup>1</sup> (Negrillas fuera de texto, nuestras). En el mismo sentido, se precisó recientemente “... “...la función de la Corte, en materia de derechos constitucionales, consiste en lograr “la unidad interpretativa de la Constitución”, razón por la cual se ha entendido que la doctrina constitucional en la materia es obligatoria, en especial, la ratio decidendi..., que construye el precedente judicial...”<sup>2</sup>.

Como se anticipó, el asunto ha sido un tanto polémico, pero Jurisprudencialmente se encuentra ya plenamente delimitado.

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-327/95. En relación con el efecto vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, también se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-037/96 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA) y SU-640/98 (M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-082 del 12 de febrero de 2002. Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.

En este tema es unánime la Jurisprudencia al considerar que la acción de tutela se restringe, frente a las actuaciones u omisiones judiciales, para la protección de derechos fundamentales, a la determinación, como violación, de **vías de hecho**. Al respecto han sido reiterados los Fallos de la Corte Constitucional como: T- 424 de 1995; T-458 y T-280 de 1998; T-852, T-784 y T-443 de 2000; T-1306, T-1219, T-1009, T-904, T-526, T-511, T-324 de 2001; T-082 y SU- 132 de 2002; T-125, T-553 y T-656 de 2012; T-112, T-118A, T-215, T-476, SU-198, y SU-842 de 2013; T-265, T-902 y SU-774 de 2014; T-246, T-327, T-902, y SU-627 y SU-659 de 2015; T-012, T-060, T-176, T-416, T-574 y SU-214 de 2016; T-027, T-121, y SU-631 de 2017; T-021, T-126, T-239, T-269, T-338, SU-116 y SU-033 de 2018; T-073, T-093, T-316, SU-267, SU-332 y SU-574 de 2019; T-008, T-019 de 2020; T-019, T-045 y T-068 de 2021; entre otras. **La vía de hecho es la vulneración evidente e injustificada de derechos fundamentales que constituye propiamente un abuso o desviación de la función jurisdiccional.**

La Corte Constitucional **define la vía de hecho jurisdiccional** como: "... Dicho concepto de vía de hecho de carácter judicial, en la definición aceptada en la ya numerosa jurisprudencia que al respecto ha emitido esta Corte, se refiere al *"rompimiento del Derecho por parte de los jueces, que vacía de fundamento su potestad y, por lo tanto, lleva a que sus decisiones no sean más que desviaciones de poder, revestidas de una forma jurídica, pero, por lo demás, completamente carentes de contenido jurídico. Con todo, si bien la vía de hecho es una desfiguración de la función judicial y por lo tanto un rompimiento de la juridicidad, también comporta una violación de los derechos fundamentales de quienes depositan su confianza en el Estado y en su poder coercitivo, para la resolución de sus conflictos a través de la aplicación del Derecho"...*"<sup>3</sup>, y agrega esa Corporación: "...En relación con la vía de hecho la Corte Constitucional ha elaborado una doctrina a partir de la sentencia C-543 de 1992, que ha sido reiterada en muchas providencias proferidas por esta Corte, mediante la cual se ha establecido que existe vía de hecho judicial cuando se presenta al menos uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: 1) defecto sustantivo: cuando la decisión que se controvierte se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable 2) defecto fáctico: cuando es incuestionable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que se fundamenta la decisión 3) defecto orgánico: cuando el funcionario judicial que profirió la providencia carece en forma absoluta de competencia, y 4) defecto procedimental: que se presenta en los eventos en que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido..."<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-132 del 26 de febrero de 2002. Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 526 del 18 de mayo de 2001. Magistrado Ponente ALFREDO BELTRAN SIERRA.

**En la actualidad la vía de hecho, como basamento de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, es redefinida por el máximo órgano Constitucional a efectos de dotarlo de especificidad y de un procedimiento en el cual se deben acreditar algunos requisitos que hacen procedente la acción de tutela en el caso concreto** “3.3.1. El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública. En tal sentido, las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, garantizando la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por esta razón, **la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes**, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, **la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional**, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

**3.3.2.** En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto, referidos a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales. En aquel momento la Corte consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales y que permitir su ejercicio contra providencias de los jueces vulneraba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial.

**3.3.3.** No obstante la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando estas constituyeran manifiestas *vías de hecho*. Así, a partir de 1992, la Corte comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyan *vías de hecho*, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se fundamentan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental). Con el paso del tiempo, la Corte en su jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de *vías de hecho*.

**3.3.4.** Con el paso de los años y en virtud de la evolución jurisprudencial, la Corte ha reconocido recientemente que la tutela contra providencias judiciales sólo resulta posible cuando *“la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contra vía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena*



# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

*vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.”...*

**3.3.5. Partiendo de lo anterior, la jurisprudencia ha reemplazado el concepto de *vía de hecho* por la doctrina de las “*causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción*”, por cuanto la Corte ha depurado el primer término que se refería al capricho y la arbitrariedad judicial, entendiendo ahora que “(...) *no sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.*”...**

**3.3.6. En definitiva, dicho avance jurisprudencial trajo como consecuencia el reemplazo del uso conceptual de la expresión *vía de hecho* por la doctrina de los *requisitos generales y causales específicas de procedibilidad*...”<sup>5</sup>.**

Los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales han sido suficientemente decantados por la Jurisprudencia, tal y como se muestra a continuación: “... **2.1. De los requisitos generales**

Para determinar la procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial deben cumplirse los siguientes requisitos generales...: (i) que la cuestión que se proponga tenga relevancia constitucional..., esto es, que el asunto involucre la posible vulneración de derechos fundamentales del accionante; (ii) que al interior del proceso se hubieren agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante, salvo que no sean eficaces, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante, o que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable...; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que, cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) que el accionante identifique de forma razonable los yerros que generan la vulneración y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; y (vi) que no se dirija contra una sentencia de tutela...

## **2.2. De los requisitos específicos**

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-915 del 4 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

Además de la constatación de los anteriores requisitos generales, para que proceda la acción de tutela contra una sentencia o una providencia judicial es necesario acreditar..., adicionalmente, que la autoridad judicial demandada vulneró en forma grave el derecho al debido proceso... del accionante, a tal punto que la decisión judicial resulte incompatible con la Constitución por incurrir en alguno de los siguientes defectos... que la jurisprudencia constitucional denomina requisitos específicos de procedibilidad, a saber:

(i) *Defecto orgánico*: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia...

(ii) *Defecto procedimental*: se origina cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido...

(iii) *Defecto fáctico*: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada...

(iv) *Defecto material o sustantivo*: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión...

(v) *Error inducido*: sucede cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales...

(vi) *Falta de motivación*: implica el incumplimiento del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de las decisiones...

(vii) *Desconocimiento del precedente*: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida...

(viii) *Violación directa de la Constitución...*: se estructura cuando la autoridad judicial le da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Carta Fundamental. Esta Corte ha indicado<sup>[31]</sup> que se presenta violación directa de la Constitución, entre otros casos, cuando el juez adopta una decisión que la desconoce..., porque deja de aplicar una regla contemplada en el texto constitucional que resulta aplicable al caso concreto..., u omite tener en cuenta un principio superior que determina la aplicación de la norma en el caso concreto, desconociendo que, de acuerdo con su artículo 4 CP, “*la Constitución es norma de normas*”, por lo que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra regla jurídica “*se aplicarán las disposiciones superiores*”...

Con todo, es necesario que los reproches alegados sean de tal magnitud que puedan desvirtuar la constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela... Por lo anterior, esta Corporación ha sido enfática en señalar

# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

que no toda irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura una causal de procedibilidad de la acción...

En este contexto, es absolutamente claro que la procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial está supeditada al cumplimiento de rigurosos requisitos. *“No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente—es decir segura y en condiciones de igualdad—, de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”...<sup>6</sup>.*

## 2. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS GENERALES y ESPECIFICOS.

En este caso la acción de tutela es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política y artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

De igual forma, **no existe otro medio de defensa judicial** en tanto que la situación judicial de tutela Constitucionalmente enjuiciada se encuentra consolidada en sede ordinaria al agotarse las dos Instancias, de tal manera que, a fin de superar la violación prolija, clara y grave en que se incurrió en las sentencias judiciales de Primera y Segunda Instancia involucradas, **el único mecanismo que le queda a mi mandante, en amparo de sus derechos fundamentales** al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, igualdad, Imperio de la Ley y defensa material, así como para **la defensa del orden Constitucional, es la acción de tutela.**

Veamos el tema en concreto:

### 2.1 CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA.

#### 2.1.1 Relevancia constitucional.

El asunto que concita nuestra atención en sede de tutela reviste una evidente relevancia Constitucional, en

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-574 del 27 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO.

efecto, la grosera violación al ordenamiento jurídico cometida en las Sentencias de Primera y Segunda Instancia cuyo control de Constitucionalidad se pretende en sede de tutela, no solo vulnera derechos fundamentales del accionante, sino que destruye el ordenamiento Constitucional que enmarca el ejercicio profesional del Juez en el Imperio de la Ley el cual se muestra completamente desatendido en las decisiones judiciales demandadas Constitucionalmente.

En este punto, y teniendo presente que, contrario a lo especulativamente concluido en las sentencias de Primera y Segunda Instancia sometidas a control Constitucional, los cargos formulados en contra del acto administrativo demandado se encuentran plenamente demostrados, las decisiones judiciales demandadas en tutela debe ser anuladas para **dar paso a la realización material de la administración de justicia reclamada en la que ha de considerarse con firmeza que la discrecionalidad no es arbitrariedad ni abuso de poder** dado que **el retiro del servicio activo de los profesionales militares por la causal “Por llamamiento a calificar servicios”, se han venido convirtiendo en expresión de presuntos actos de corrupción** al permitir **la arbitrariedad y el capricho** en esas decisiones dado el amplio margen de discrecionalidad que la Judicatura arropa sobre el tema, más que nunca a raíz de la Sentencia SU-091 de 2016 de la Corte Constitucional que ha sido mal interpretada y completamente tergiversada **al punto de considerar que esa facultad por esa causal opera solo bajo la existencia de los requisitos objetivos y que para NADA se ha de estudiar el objetivo del mejoramiento del servicio**. Esta situación es ya de público conocimiento como se resalta en publicaciones como la de la Periodista MARIA JIMENA DUZAN en la Revista Semana bajo el título “El cartel de los ascensos”<sup>7</sup>, por lo que los Jueces de la República están llamados a estudiar de fondo este tipo de demandas y decidir con arreglo a la Ley y la prueba ajustando las decisiones administrativas a las previsiones del artículo 44 del C.

---

<sup>7</sup> <https://www.semana.com/opinion/articulo/ascensos-irregulares-de-militares-en-el-ejercito-columna-de-maria-jimena-duzan/628371/>

de P.A. y C.A. y evitando patrocinar el ejercicio ilegal de estas facultades como se resaltó en ésta acción.

Así las cosas, el asunto sometido a control Constitucional por vía de tutela, las decisiones judiciales demandadas, tienen clara relevancia Constitucional y por ende el requisito general analizado se encuentra plenamente acreditado.

### **2.1.2 Agotamiento de los recurso ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante. Subsidiariedad.**

En el presente caso **se agotaron las instancias ordinarias** (Primera y Segunda), **es decir que, claramente, la acción de tutela que nos ocupa es el UNICO medio de defensa judicial con que cuenta hoy mi mandante en aras de controvertir las inconstitucionales decisiones judiciales de Primera y Segunda Instancia.**

**Evidentemente el requisito general de procedibilidad se encuentra satisfecho pues ésta acción de tutela el único medio de defensa judicial que tiene mi mandante frente a la decisión judicial sometida a examen Constitucional habiéndose agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios dispuestos para cuestionar tales providencias de Primera y Segunda Instancia, y, obviamente, la tutela es también el medio más eficaz al efecto.**

### **2.1.3 Inmediatez:**

**Esta acción de tutela se interpone en un tiempo razonable y proporcional a partir del hecho que originó la violación a derechos fundamentales y al Orden Constitucional teniendo presente que la sentencia de Segunda Instancia cuestionada hoy por vía de tutela se notificó por correo electrónico el día 22 de junio de 2021, el precedente Jurisprudencial que fija como término razonable para las víctimas el de seis (6) meses, la complejidad jurídica del asunto y las enormes dificultades impuestas por la emergencia COVID-19.**

Se cumple el requisito.

#### **2.1.4 Identificación razonable de los yerros que generan la violación a derechos Fundamentales y al Orden Constitucional, habiéndose alegado al interior del proceso.**

En ésta demanda de tutela se identifican de manera clara, fundamentada normativa y probatoriamente, y razonable los defectos sustantivos, fácticos y desatención al precedente Jurisprudencial presentes en las Sentencias Judiciales de Primera y Segunda Instancia que se someten a examen Constitucional, motivo por el cual el requisito se encuentra satisfecho.

#### **2.1.5 No dirigirse contra sentencias de tutela.**

**Este requisito se cumple en el presente caso en tanto lo que se cuestiona Constitucionalmente son unas Sentencias Judiciales proferida dentro de un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del Derecho de naturaleza Contencioso-Administrativa.**

Superado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela aplicables al presente caso, nos adentraremos en la acreditación de los requisitos específicos de procedencia.

### **2.2 CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESPECIFICOS DE PROCEDENCIA.**

Se alega y demuestra la existencia de violación, evidente y grave, a los derechos fundamentales de mi mandante al debido proceso, al acceso material a la administración de justicia, a la igualdad, y al Imperio de la Ley, así como la vulneración al Orden Constitucional, cometida al emitir las Sentencias Judiciales de Primera y Segunda Instancia sometidas a control Constitucional por vía de tutela al estar ésta inmersas en defectos fácticos, defectos sustantivos y desobedecimiento al precedente Jurisprudencial, como se prueba a continuación:

#### **2.2.1 Defecto fáctico.**

Como ya se anticipó, las decisiones judiciales sometidas a control Constitucional por vía de tutela, incurrir en evidentes defectos fácticos en tanto que **desatienden y contraría la pruebas obrantes en el expediente**, veamos:

**A. Defecto fáctico por ignorar, demeritando, el buen desempeño del Oficial como factor para determinar la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión de retiro del servicio activo.**

Constituye a la vez un defecto sustantivo.

El *a-quo* y el *ad-quem* en sus inconstitucionales sentencias, ignoraron por completo las pruebas, testimoniales y documentales, que daba cuenta del sobresaliente desempeño profesional militar del Oficial, en efecto afirmaron que “Los relatos de **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS y YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, si bien contribuyen a establecer el buen desempeño del servicio del demandante con relación a las calidades como militar del demandante por el servicio prestado a la Armada Nacional, dicha situación no le otorga estabilidad en el empleo como se explicó, por cuanto el servicio público de todos los miembros de las Fuerzas Militares debe ser *per-se* excelentes y el demandante en tal sentido, sólo se estaba desempeñando en el cumplimiento propio de las obligaciones que le imponía la labor que desplegaba, más aún del jerárquico que ostentaba el demandante, en una institución como es el Ejército Nacional...” y “**3. TESIS DE LA SALA**

La sala considera que el acto que retiró al demandante por llamamiento a calificar servicios no se está viciado de nulidad en la medida que cumple con los requisitos exigidos en la norma aplicable, como quiera que i) el demandante cuenta con el tiempo mínimo requerido para acceder a la asignación de retiro, ii) el acto de retiro estuvo precedido de un concepto previo realizado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y además, iii) no demostró que la decisión de retirarlo ocurrió por motivos discriminatorios o fraudulentos, **advirtiendo en todo caso que el buen desempeño de sus funciones no es suficiente para mantenerlo en la institución...**”, pasando por alto que, **a efectos de determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de retiro involucrada**, del uso de la facultad

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

---

discrecional, **en el marco del objetivo del mejoramiento del servicio**, si bien ese buen desempeño del Oficial ciertamente NO crea fuero de estabilidad, **SI es crucial en el aludido análisis según las exigencias del artículo 44 del C. de P.A. y C.A.**

De esta manera, por la vía del defecto sustantivo que especificaremos más adelante, las decisiones Judiciales sometidas a Control Constitucional ignoraron las pruebas que determinaban el mérito superior del Oficial y que le generaban el derecho de permanecer en servicio activo en tanto que su retiro, razonable y proporcionalmente, NO podía lograr el objetivo del mejoramiento del servicio, por el contrario, terminaba perjudicándolo.

Lo anterior por cuanto la relación entre el mejoramiento del servicio y la Hoja de Vida del Militar, a efectos de determinar su permanencia en servicio activo es incuestionable, y **lo sucedido en nuestro caso es que la hoja de vida y las Evaluaciones y Clasificaciones legalmente efectuadas a CESPEDES CORONADO, el mérito, no fueron tenidas en cuenta para su retiro del servicio, por lo que la finalidad del mejoramiento del servicio fue completamente ajena al ejercicio de esa facultad discrecional** que, así se tornó en **irrazonable y desproporcionada** ignorando las previsiones del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. y las propias de los artículos 121, 125 y 217 de la Constitución Nacional así como los Decretos Leyes 1790 y 1799 de 2000.

Así las cosas, no resulta para nada coherente y congruente que las sentencias de Primera y Segunda Instancia sometidas a control Constitucional por ésta vía de tutela, por un lado reconozcan, como probatoriamente tienen que hacerlo, que mi mandante tiene mérito superior, pero por otra parte disponga que ello no tiene importancia alguna para determinar su permanencia en la Carrera Militar solo con el argumento que ese mérito superior no le da fuero de estabilidad “De igual forma,



tampoco le asiste razón cuando manifiesta que su retiro fue contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad por el hecho de haberse omitido el estudio de la hoja de vida, evaluaciones de desempeño, logros operacionales y la buena prestación del servicio por parte del demandante, habida cuenta que si bien el Mayor Juan Pablo Céspedes Coronado obtuvo varias felicitaciones (152 en total), condecoraciones y distintivos que destacaban su labor como militar, así como también que sus evaluaciones de desempeño para los años 2015 y 2016 fueron clasificadas en lista 1, **lo cierto es que tales cualidades no pueden limitar la facultad discrecional que tiene la entidad demandada en estos asuntos**, toda vez que no representa una sanción por un mal comportamiento” y **sin detenerse a analizar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones demandadas** respecto de ese mérito y su consonancia con el objetivo del mejoramiento del servicio de donde fácilmente habría podido concluir que un Oficial excepcional como **CESPEDES CORONADO**, con su retiro arbitrarios **lo que se generaba era un desmejoramiento del servicio como en efecto aconteció.**

**B. Defecto fáctico por ignorar, dolosamente, la práctica de las pruebas ordenadas por el propio *ad-quem* en auto No. 563 del 16 de diciembre de 2020 y proferir sentencia sin esperar su práctica por lo que no fueron consideradas ni siquiera en la sentencia de Segunda Instancia.**

El auto No. 563 del 16 de diciembre de 2020, al desatar el recurso de APELACION interpuesto en contra de la decisión de negar algunas pruebas documentales, determinó revocarlo parcialmente ordenando la práctica de las siguiente pruebas “ORDENAR al juez de primera instancia que decrete la práctica de las pruebas relacionadas con las certificaciones en las cuales conste (i) **el procedimiento mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados**, (ii) **las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor** y (iii) **si todos los Oficiales no seleccionados para ascenso al curso de Estado de Mayor fueron retirados o no...**”, documentales que, como se muestra, se referían a la demostración de que la expedición del acto administrativo de retiro demandado **NO había considerado el objetivo del**

**mejoramiento del servicio** y por ende el uso de esa facultad discrecional **resultaba irrazonable y desproporcionado**, arbitrario y caprichoso, entre otras cosas porque: NO existió selección objetiva que determinara que Oficiales serían retirados y cuales NO, se mantuvo en servicio activo a Oficiales Clasificados por debajo de la Clasificación de **CESPEDES CORONADO**, y que los Oficiales que no ascendieron al grado de Teniente Coronel resultaron retirados del servicio activo razón ésta que fue la verdadera para el retiro de mi mandante y NO el mejoramiento del servicio; situaciones que demuestran la ilegalidad, falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo demandado como cargos endilgados al mismo; de tal forma que de haberse practicado esas pruebas, por lo menos las decisiones de Primera y Segunda Instancia habrían tenido otra referencia probatoria a efectos de decidir sobre los cargos que se esgrimieron en contra del acto administrativo de retiro, NO obstante lo anterior, lo cierto es que se profirieron las sentencias de Primera y Segunda Instancia sin esperar a la práctica de esas pruebas y por ende sin considerarlas, cuestión que violenta en forma grosera el debido proceso, el acceso material a la administración de justicia, el derecho de defensa material y el mismo Imperio de la Ley en tanto que no se le permite probar al demandante parte de sus motivos de demanda en contra de la decisión administrativa lo cual, denigra de cualquier estimación propia de un Estado Social de Derecho. En este punto resulta verdaderamente cuestionable que el *ad-quem* señale especulativamente en su espuria decisión de Segunda instancia “Finalmente, en relación con el supuesto mejor derecho frente a los demás uniformados que siguieron en la carrera militar, la sala considera que este argumento será despachado desfavorablemente, en atención a que no se allegaron hojas de vida de los oficiales que se mantuvieron en servicio activo y que tenían un rendimiento inferior al del demandante **ni tampoco existen medios de prueba que permitan inferir alguna discriminación...**” cuando NO permitió, justamente, arrimar pruebas que demostraban que el mejoramiento del servicio NO fue el objetivo con el cual se ejerció la facultad discrecional por la que se

retiró del servicio activo a mi mandante sin considerar sus méritos frente a los demás Oficiales que permanecieron en servicio activo.

**C. Defecto fáctico por ignorar la conclusión probatoria de que el retiro del servicio activo del Oficial SI fue adoptado como una medida retaliatoria por el NO ascenso del Oficial al grado de Teniente Coronel.**

Como se demostró con la testimonial vertida al proceso (Testimonios de los señores BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS y YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO), el motivo oculto de retiro del servicio activo de mi poderdante **fue en realidad que no fue ascendido al grado de Teniente Coronel** al no ser seleccionado, ilegalmente, al curso de Estado Mayor (Que es objeto de otra acción judicial radicada bajo el No. 11001334205020170017501), situación que en realidad nada tenía que ver con el mejoramiento del servicio puesto que, legalmente, **ese hecho no es causa del ejercicio de la facultad discrecional ni aparece proporcional y razonablemente adecuado al mejoramiento del servicio** lo que establece que el cargo se encuentra plenamente probado.

**D. Defecto fáctico por ignorar la conclusión probatoria sobre la desproporcionalidad e irrazonabilidad de la decisión administrativa de retiro del servicio activo en el caso concreto y el consecuente uso de la facultad en forma arbitraria y caprichosa, omisión del estudio de los CARGOS DE ILEGALIDAD, FALSA MOTIVACION Y DESVIACION DE PODER demandados.**

Como ya se anticipó, las sentencias de Primera y Segunda Instancia sujetas a Control de Constitucionalidad, ignorado el mandato de los artículos 29 y 230 de la Constitución Nacional, procedieron a imponer su propio e ilegal criterio para denegar las pretensiones de la demanda **omitiendo considerar sustancialmente cualquier**

**razonamiento, normativo o probatorio, relativo al objetivo del mejoramiento del servicio** buscado con el uso de la facultad discrecional de retiro del servicio activo por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” y, por ende, dejando de lado estudiar y resolver sobre la **razonabilidad y proporcionalidad** del uso de dicha facultad.

Por tan inconstitucional camino, las sentencias de Primera y Segunda Instancia cuestionadas en sede Constitucional de tutela, se apartaron de las normas y pruebas que determinaban como, en el caso concreto, el retiro del servicio activo de **CESPEDES CORONADO** por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios se usó de manera irrazonable y desproporcionada, es decir, arbitraria y caprichosa, **dado que la misma NO estuvo precedida de un estudio objetivo que considerarse la situación del Oficial, menos comparándola frente a sus compañeros de curso que permanecieron en servicio activo**, por lo que en realidad el **mejoramiento del servicio JAMAS fue considerado y su retiro se produjo “...a dedo...”** y bajo la sola circunstancia de NO haber sido ascendido al grado de Teniente Coronel por NO haber sido seleccionado al Curso CEM.

En conclusión, **las decisiones judiciales de Primera y Segunda Instancia** sometida a control Constitucional de tutela **están inmersas en defectos fácticos** sin los cuales, y bajo el principio de necesidad de la prueba, **era exigible Constitucionalmente esperar al recaudo de las pruebas documentales decretadas y no practicadas y acceder a las súplicas de la demanda.**

### 2.2.2 Defecto material o sustantivo:

**A. Defecto sustantivo por afirmar que para hacer efectiva la facultad de retiro del servicio activo “Por llamamiento a calificar servicios” solo es necesario el cumplimiento de los requisitos objetivos de la existencia de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa**

**Nacional y tener derecho a una asignación de retiro.**

En realidad, **las sentencias de Primera y Segunda Instancia** sometidas a control Constitucional por ésta vía de tutela, **parten de un supuesto normativo completamente errado y es el de que el ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio activo de un miliar por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” es procedente únicamente con el cumplimiento de los requisitos objetivos** de: 1. La recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, y 2. Que el afectado tenga derecho a una asignación de retiro; esto se deriva del contenido expreso de dichas decisiones judiciales “... En lo relativo al cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa con fundamento en que el ejercicio de la facultad de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos y de los cuales no se conoció sus resultados, el mismo, no se encuentra llamado a prosperar, **habida cuenta que revisado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 se observa que se expidió única y exclusivamente en cumplimiento de lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5º de la Ley 1792 de 2016) literal a), numeral 3º y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por los artículos 25 de la Ley 1104 de 2006, normativa que solo exige cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, supuestos que se satisfacen en el caso concreto...**” y **“3. TESIS DE LA SALA**

La sala considera que el acto que retiró al demandante por llamamiento a calificar servicios no se está viciado de nulidad **en la medida que cumple con los requisitos exigidos en la norma aplicable**, como quiera que i) **el demandante cuenta con el tiempo mínimo requerido para acceder a la asignación de retiro**, ii) **el acto de retiro estuvo precedido de un concepto previo realizado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y además**, iii) no demostró que la decisión de retirarlo ocurrió **por motivos discriminatorios o fraudulentos**, advirtiendo en todo caso que el buen desempeño de sus funciones no es suficiente para mantenerlo en la institución.

...

Atendiendo las decisiones reseñadas en precedencia, tenemos que el Consejo de Estado considera al retiro por llamamiento a calificar servicios como una figura en la cual la

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

administración retira de forma decorosa a los uniformados con el propósito de permitir el “concepto de evolución institucional”, es decir, el relevo del personal militar o policial generándose a favor del uniformado, el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro. De ahí, que **el acto de retiro que consagre esta causal, no requiere de motivación distinta a los contenidos en la norma, esto es, (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, así como también la recomendación previa de la Junta Asesora para el caso de los Oficiales.**

#### **4.4. Conclusiones de la sala respecto a concurso previo al curso de ascenso y del retiro por llamamiento a calificar servicios.**

Teniendo en cuenta la norma aplicable a los Oficiales de la Policía Nacional y de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la sala concluye que el retiro por llamamiento a calificar servicios:

- Es una causal normal de retirar del servicio activo al personal militar o policial.
- Tiene como finalidad aplicar el “concepto de evolución institucional” que no es otra cosa que permitir la renovación del personal organizado jerárquicamente.
- Los actos de retiro por esta causal no requieren de motivación distinta a la indicada en la norma, que no es otra cosa que “**(i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro**”.
- Se requiere del **concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional**
- Estas decisiones de la administración pueden ser objeto de control judicial, **cuando se utilicen como herramienta de persecución o abuso de poder, las cuales debe demostrar el presunto afectado...**, respectivamente.

Así las cosas, las sentencias de Primera y Segunda Instancia aquí debatidas en Constitucionalidad resultan groseramente ilegales, **son una vía de hecho en tanto que:**

1. Como se advirtió, omitieron practicar, y por ende considerar, las pruebas documentales decretadas

y NO practicadas NI valoradas a efectos de dictar sentencia.

2. **Estimaron**, como se anticipó, **que el ejercicio de la facultad de retiro del servicio activo del personal militar por la causal “Llamamiento a calificar Servicios” solo requiere el cumplimiento de los requisitos objetivos** de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y que el afectado tenga derecho a la asignación de retiro, lo cual es absolutamente inconstitucional.

En el presente caso se probó que el ejercicio de la facultad discrecional **NO podía ser proporcional ni razonable en tanto que NO logran obtener el objetivo de mejoramiento del servicio el cual NO fue siquiera considerado a efectos de ejercer la facultad.**

En ese sentido, las sentencias de Primera y Segunda Instancia cuestionadas Constitucionalmente en sede de tutela, terminaron afirmando, contrariando abiertamente la Constitución, que para el ejercicio de la facultad de retiro del servicio activo de los Militares por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” solo se requiere la presencia de los requisitos objetivos formales de tener derecho a una asignación de retiro y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, esto es que **NADA relativo al mejoramiento del servicio y por ende la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de retiro se exige considerar a efectos de ejercer tal facultad** la cual, así, indudablemente se convierte en arbitraria y caprichosa.

En efecto, las sentencias judiciales debatidas Constitucionalmente en ésta acción de tutela, parten del entendido que para hacer uso de la causal de retiro del servicio activo “Por Llamamiento a Calificar Servicios” solo es exigible el cumplimiento de los requisitos objetivos y formales de tener

derecho a una asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, esto es, **ninguna consideración o análisis sobre la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de tal facultad en cuanto al objetivo del mejoramiento del servicio**, así se estima de la lectura de tales decisiones judiciales.

Así las cosas, las sentencias de Primera y Segunda Instancia aquí involucradas resultan groseramente contrarias a la Constitución, **son una vía de hecho en tanto que**, como se anticipó, **estiman que el ejercicio de la facultad de retiro del servicio activo del personal militar por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” solo requiere el cumplimiento de los requisitos objetivos** de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y que el afectado tenga derecho a la asignación de retiro, lo cual es absolutamente inconstitucional.

Y es que, de esa forma, las sentencias enjuiciadas constitucionalmente incurren en violación directa de la Ley, por interpretación errónea, al entender y afirmar que el retiro por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” solo requiere la acreditación de los requisitos objetivos de tener derecho a la asignación de retiro y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, dejando de lado la exigencia subjetiva del **mejoramiento del servicio** que genera el análisis de **proporcionalidad y razonabilidad** según el artículo 44 del C. de P.A. y C.A. En efecto, todo acto administrativo, de manera general, tiene una motivación y finalidad, sea expresa o tácita, aún en tratándose de facultades discrecionales, motivo que **es siempre la satisfacción de las necesidades del servicio** y finalidad que será el **mejoramiento** del mismo, de tal forma que el acto administrativo, que concreta el ejercicio del poder en un determinado evento, será legal en



ésta perspectiva **siempre que pretenda la satisfacción del interés general materializado en el mejoramiento del servicio**, así lo expresa la Jurisprudencia: “El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, **es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio**”<sup>8</sup> (Negrillas fuera de texto), y “**La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar 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. En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión....**”<sup>9</sup> (Negrillas fuera de texto).

El servicio público como **medida de la discrecionalidad**, materializada en la **razonabilidad y proporcionalidad** de las decisiones administrativas, halla consagración legal en el artículo 44 del C.P.A. y C.A.

Ahora bien, dentro de esa razonabilidad y proporcionalidad, **los motivos del acto administrativo de retiro** por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” **deben ser ciertos, reales, materiales, suficientes y objetivos**: “6.5.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Radicado No. 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09). Consejero Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.

**El retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas.**

...

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

...

De esta manera se concluyó que la facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general.

Ahora bien, la atribución que por razones del servicio puede emplearse para retirar a miembros de la Fuerza Pública, **no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes**; por el contrario, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder...

...

En conclusión, en la medida en que el Legislador ha venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y a través de las revisiones de tutela **ha venido adoptando posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad**, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de

N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como puede apreciarse, cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, **ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) por que la autoridad administrativa incurrió en una desviación de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación...**<sup>10</sup> (Negrillas fuera de texto).

En éste orden de ideas, el hecho que se estime que el ejercicio de una facultad discrecional, como lo es el llamamiento a calificar servicios, **NO deba tener motivación expresa** en el acto administrativo que la ejercita “...**No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro**, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente **está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella**, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, **manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**”<sup>11</sup> (Negrilla fuera de texto), **NO quiere decir**, como se vio, **que solo sea causada en el hecho que el Oficial afectado tenga derecho a asignación de retiro y menos que esa sea la finalidad de semejante decisión**, esto es que el simple hecho de tener derecho a una asignación de retiro NO es, ni puede ser, el motivo de expedición del acto,

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

<sup>11</sup>Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

**pues es claro que tal motivo**, así no se exprese en la decisión material de la administración, **debe ser el mejoramiento del servicio**, así lo admite la Jurisprudencia unánimemente: “Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia **en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial**, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, **no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución**, sino también, **para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes**. En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, **si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto**, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que **tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**”<sup>12</sup> (Negrillas fuera de texto) y se agrega: “8. Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y **se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes...**”<sup>13</sup>.

Si se dejase **la decisión de retiro** por la causal “Por Llamamiento a Calificar Servicios” **causada y motivada únicamente en la sola existencia del requisito objetivo de tener derecho a una asignación de retiro**, la consecuencia obvia es que **se constituiría, o bien en una causal de retiro forzoso** pues no sería posible, en el marco de los derechos Constitucionales de la administración y del trabajador, explicar porque se retirarían a unos y no a otros Oficiales, o, de otro lado, **en una causal arbitraria** en la cual se retirarían a unos Oficiales y se dejarían en servicio a otros **bajo el simple capricho del competente**, esto es que **la facultad ni siquiera**

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

**se sujetaría a los principios de razonabilidad y proporcionalidad propios del objetivo del mejoramiento del servicio** contenido en el artículo 44 del C.P.A. y C.A., lo cual sería **un verdadero exabrupto jurídico** el cual es, justamente, **el cometido en las sentencias de Primera y Segunda Instancia sometidas a revisión Constitucional.**

Lógicamente, por la estimación errada de que el retiro del servicio activo por la causal “Por Llamamiento a Calificar Servicios” opera por la sola presencia de los requisitos objetivos analizados, **es que el *a-quo* y el *ad-quem***, en sus espurias sentencias demandadas Constitucionalmente en sede de tutela, **dejan de lado cualquier consideración relativa al MÉRITO del Oficial por no realizar el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de retiro enjuiciada** como se verá a continuación cometiendo así otro error de derecho que deja en la inconstitucionalidad a esa sentencia.

**B. Defecto sustantivo por determinar que el buen desempeño profesional del Oficial NO tiene ninguna importancia a efectos de analizar el cumplimiento del objetivo de la facultad discrecional del mejoramiento del servicio.**

Como en precedencia se anotó y demostró, el *a-quo* y el *ad-quem* en su inconstitucional sentencia, ignoraron por completo la prueba, testimoniales y documentales, que daba cuenta del sobresaliente desempeño profesional militar del Oficial pasando por alto que, según la propia Jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien ese buen desempeño del Oficial ciertamente NO crea fuero de estabilidad, **SI es crucial en el análisis de proporcionalidad y razonabilidad del uso de la facultad discrecional** ya que es uno de los factores esenciales bajo los parámetros del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. Lo que NO se detuvieron a analizar las sentencias de Primera y Segunda Instancia debatidas Constitucionalmente, debiendo hacerlo, es el peso

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

de ese excelente desempeño, méritos de experiencia y conocimiento, **respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de retiro del servicio, esto es el análisis específico del mérito respecto del ejercicio de las facultades discrecionales cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio.**

Lamentablemente **el argumento de la NO creación de fuero de estabilidad por el MÉRITO mostrado por el Oficial durante su Carrera Administrativa Especial se ha convertido en una especie de comodín especulativo de los Jueces**, una patente de curso irrazonable y desproporcionada en tanto huérfana de fundamento normativo y probatorio ya que no va más allá de su propia expresión lingüística, **para justificar el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales al interior de las Fuerzas Militares** ya que, en sana lógica, **NO puede pretenderse que el servicio encomendado a las Fuerzas Militares**, el cumplimiento de su misión Constitucional (Artículo 217 de la Carta Política), **sea mejorado cuando NO se seleccione objetivamente a los mejores hombres para ascender y permanecer en el mismo; es que el mejoramiento del servicio se logra, en éste aspecto, permitiendo que los hombres más calificados sean quienes asciendan y permanezcan en servicio activo dentro de un Régimen de Carrera que se ajuste a los postulados de los artículos 125, 209, 217 y de la Carta Política** y que evidentemente existe para las Fuerzas Militares en los Decreto 1790 y 1799 de 2000, **Régimen de Carrera que NO tiene ningún sentido hermanado al mejoramiento del servicio si sus resultados NO tienen relevancia alguna para determinar el ascenso y permanencia de los Militares en tal Carrera Administrativa Especial.** Tristemente ésta perniciosa posición Jurisprudencial, que se azuzó con la expedición de la sentencia SU-091 del 15 de febrero de 2016 de la Corte Constitucional que tuvo como Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, **ha llevado a un estado de cosas inconstitucional al interior**

**de las Fuerzas Militares** que se mueve en la corrupción y la violación a derechos humanos de conocimiento público y que son consecuencias lógicas de la permisividad y el consentimiento del uso de facultades discrecionales en forma arbitraria y caprichosa que permiten que sea el absoluto subjetivismo, el amiguismo, la componenda, la venganza, la retaliación, o el nepotismo el factor determinante en el ascenso y permanencia del Militar en servicio activo y **NO sus resultados objetivos concretados en el MÉRITO que demostró a lo largo de su Carrera Militar** tal y como lo resalta el SALVAMENTO DE VOTO de la sentencia de la Corte Constitucional SU-237 del 30 de mayo de 2019 Magistrado Ponente CARLOS BERNAL PULIDO “4. Sin embargo, la aprobación de la SU-091 de 2016 trajo consigo una variación drástica en la posición tomada por la Corte hasta ese momento, comoquiera que eliminó la necesidad de justificar el acto de desvinculación en materia de llamamiento a calificar servicios, conservándolo exclusivamente para la causal de retiro por voluntad del Gobierno, sin que se haya asumido la carga argumentativa requerida.

El fallo de unificación precisó que: i) no se requiere una motivación expresa del retiro pues se advierte de forma extra textual en la ley que autoriza el uso de dicha potestad; ii) no es una decisión absoluta; iii) es la manera corriente de terminar la carrera oficial y no puede ser ejercida con otra finalidad; y iv) exigir una motivación desnaturaliza la estructura de la Policía.

Así, estableció la procedencia del llamamiento a calificar servicios, únicamente, con dos requisitos, el cumplimiento del tiempo de labores en la institución para hacerse acreedor de la asignación de retiro y la recomendación de la Junta Asesora, habida cuenta que constituye una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución. Consideró que el fin natural de la carrera policial se da mediante esta figura, pues permite el relevo habitual en el esquema piramidal de mando castrense por razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, las cuales no tienen que estar relacionadas con las condiciones personales o profesionales del funcionario. En tal contexto, se indicó que limitar el uso de esta causal ocasiona en el ascenso automático de todos los miembros de la Fuerza Pública hasta los escalafones más altos, infringiendo la disponibilidad presupuestal, la

determinación de la planta de personal y la estructura piramidal y jerarquizada.

La fundamentación de la decisión de unificación se refirió a la garantía de los derechos al mínimo vital, seguridad social y salud del oficial retirado y no se efectuaron referencias a la garantía de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia que aquella perseguía hacer efectivos, máxime cuando estos últimos son de vital importancia de cara a conocer los hechos y las razones que produjeron su retiro y otorgarle los elementos de juicio necesarios para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

**Así las cosas, lo consagrado en la SU-091 de 2016 excedió a todas luces el alcance una “precisión jurisprudencial” pues eliminó la obligación de motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, concluyendo que en esos casos no se requiere contar con una justificación, por cuanto la misma se deriva de la ley.**

**Necesidad de un cambio jurisprudencial frente al precedente fijado en la SU-091 de 2016**

5. Al momento de analizar la jurisprudencia aplicable a los casos bajo examen reseñada de manera antecedente, **los suscritos magistrados advertimos que la misma propiciaba la vulneración de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia de los oficiales llamados a calificar servicios.** En esos términos y con observancia de las reglas fijadas por este Tribunal para tal efecto..., **consideramos que era necesario adoptar un cambio de jurisprudencia en relación con la motivación que debe ofrecer la Fuerza Pública en este tipo de asuntos.**

6. Sobre el particular, a nuestro juicio se encuentra acreditado el tercer supuesto, esto es, “cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”, **en tanto analizado el precedente fijado en la sentencia SU-091 de 2016, se aprecia abiertamente contrario a los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia de los miembros de la Fuerza Pública retirados mediante la causal de llamamiento a calificar servicios, como se pasa a reseñar:**

i) El referido fallo se advierte ausente de argumentación y sin el rigor propio de un cambio de jurisprudencia, pese a que, con anterioridad a su expedición, se contaba con varias



**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

decisiones en contrario que constitúan una línea invariable en la exigencia de motivación del acto de retiro (supra f. j. 3).

ii) En la sentencia C-072 de 1996, se indicó que esta causal constituía una modalidad válida para la terminación de la carrera de los miembros de la Policía a la luz del texto superior, sin que en momento alguno se indicara que es la forma normal de desvinculación como lo muestra de manera errada la SU-091 de 2016. Conforme a lo consagrado en la Ley 857 de 2003... y en el Decreto Ley 1791 de 2000..., esta constituye solo una de las causales en las que se puede provocar la desvinculación del servicio activo que, además, ha sido declarada constitucional por esta Corporación...

Al respecto, si bien se coincide con que tal potestad es una herramienta para adelantar el relevo en la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública, **ello no implica que la causal de llamamiento a calificar servicios opere de manera automática por el simple hecho de cumplir la cantidad de años de servicio determinada en la norma correspondiente, comoquiera que todo uniformado no es retirado al acreditar ese tiempo.** Es decir, **la existencia de oficiales que continúan en la cadena de mando y quienes se benefician con el ascenso a los grados superiores, pese a contar con el periodo de labores requerido para acceder a la asignación, permite inferir que existen otros requerimientos para la aplicación de la mentada figura concernientes a las condiciones profesionales o personales del afectado.**

iii) **Sostener que con el pago de la asignación de retiro se hace prescindible la motivación de la decisión de retiro es abiertamente inconstitucional**, en razón a que ambas figuras cuentan con finalidades completamente yuxtapuestas y protegen derechos disimiles, comoquiera que aquella no tiene el alcance necesario para salvaguardar el ejercicio del debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia, pilares que soportan el imperativo de justificación del llamamiento a calificar servicios. La finalidad de esta prestación se encuentra directamente relacionada con el derecho a la seguridad social de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, dada la naturaleza especial de las funciones que cumplen, de manera que se garantice el mínimo vital y la subsistencia de los uniformados una vez cese su servicio activo.

iv) Adicionalmente, conforme a la decisión de unificación en vigor **se impone una carga excesiva al oficial retirado, quien pese a desconocer las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, debe acreditar ante la jurisdicción contenciosa que tal actuación obedeció a**

**móviles diferentes a la mejora del servicio.** En efecto, tal posición restringe la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que es una garantía derivada del debido proceso y el derecho de contradicción, generando una imposición desproporcionada hacia el afectado, quien no se encuentra en la posición más favorable para demostrar el hecho, situación que naturalmente se le facilita a la institución; máxime cuando las evaluaciones y los documentos que soportan la decisión se encuentran bajo su poder.

**7. La exigencia de motivación del acto de retiro lejos de restringir el uso de la figura en cuestión, otorga parámetros para su ejercicio de manera ponderada y razonable.** En efecto, contrario a lo afirmado en esa providencia, tal imperativo no pretende que todos los oficiales asciendan hasta las máximas posiciones, debido a que ello no es factible en la estructura piramidal y jerarquizada de la Fuerza Pública; sin embargo, **se busca que los oficiales que fueron retirados conozcan las razones que soportan la decisión y, de manera correlativa, que a los más altos rangos en la carrera policial se promueva a los uniformados con mejores aptitudes profesionales y personales, capaces de laborar en pro del buen servicio.**

Con ello, no se pretendía desatender las vacantes aprobadas por el decreto de planta ni la disponibilidad presupuestal de la entidad, por cuanto los ascensos se deben efectuar con plena observancia de estos elementos, sin alterar la estructura de la entidad. Empero, **era imperativo que la Corte exigiera la existencia de criterios objetivos de evaluación para escoger al personal que accederá a los rangos más altos, puesto que diferirlo totalmente al concepto subjetivo de la Junta Asesora y del Gobierno Nacional, puede devenir en arbitrariedad.**

En tal contexto, este Tribunal ha reconocido en oportunidades anteriores que si bien la ley contempla la facultad discrecional de las Juntas y el Gobierno para retirar y ascender a sus miembros, **esta potestad no es absoluta y debería hallar sus límites en otros valores, principios y prerrogativas de raigambre constitucional.** Así, en un Estado social de derecho es inadmisibles que a los afectados se les restrinja el acceso a la información en la que reposan los motivos que originaron la adopción de una decisión que le incumbe, pues de tal forma el poder de los funcionarios se torna omnímodo.

**La necesidad de motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios**

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

8. Con fundamento en lo expuesto, **los suscritos magistrados consideramos que la facultad discrecional que supone el llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública debe acreditar algunos presupuestos a fin de garantizar los derechos del afectado, tales como:**

i) **el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad**, que implica que la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa;

ii) **la debida motivación del acto de retiro** que se refleja en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo;

iii) **la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales** de la Policía Nacional o **de las Fuerzas Militares**.

De esta forma, es claro que el llamamiento a calificar servicios debe ejercerse de conformidad con esas exigencias y en correspondencia con su diseño legal y fundamento constitucional, **dentro del marco de una decisión que, aunque discrecional, no puede ser arbitraria...**

Así, los postulados del Estado social de derecho y el marco del debido proceso, el acceso a la administración de justicia, y el derecho de defensa, hacen imperativo que el uniformado tenga derecho a conocer las razones de hecho y de derecho por las cuales no se le recomienda para el ascenso y se dispone su llamamiento a calificar servicios, por consiguiente los actos administrativos de retiro o las actas de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional deben contener esa información precisamente, pues de lo contrario se estaría promoviendo una actuación contraria a la Constitución.

Ello significa que la materialización del concepto o la recomendación emitida por la Junta impone algunas cargas a asegurar por el Estado. De tal forma, **existen evaluaciones anteriores a la emisión de la recomendación -evaluación de trayectoria profesional y evaluación de desempeño- las cuales cuentan con estándares objetivos de calificación que permiten adoptar una decisión ponderada y razonable.**

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, **no es razonable que los esfuerzos durante toda la carrera de un oficial, se vean truncados por cuestiones propias de la Junta Asesora, y pese a tener un desempeño superior no**

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

**podiera acceder a los ascensos por motivos subjetivos independientes a sus condiciones personales y laborales.**

En esos términos, es imperioso que la potestad discrecional deba perseguir el fin normativo de los hechos que le sirven de causa, es decir, la Policía Nacional **requiere de personas aptas con méritos específicos para proveer el servicio. Este personal debe ser constantemente evaluado en los cursos de capacitación establecido por el Consejo Superior de Educación Policial, y clasificado por su desempeño en la institución. En cumplimiento de lo anterior, el estudio de la Junta debe estar supeditado a escoger para la permanencia y/o ascenso en la Policía Nacional, al personal que posea méritos superiores en las condiciones y expectativas que el perfil requiera, y retirar a quien no cumpla a cabalidad dichas características.**

Por lo tanto, si bien se reconoce la facultad discrecional para la emisión del concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, **ello no es óbice para que en el proceso de ascenso, al momento de determinar el personal que se eleve al siguiente grado del escalafón, no se cumpla con su obligación de escoger entre los candidatos disponibles, a aquellos que estén investidos con las mejores calificaciones, capacidades y méritos.**

Además, en aplicación sistemática de los artículos 1º y 4º superiores, así como el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el contenido de una decisión discrecional debe obligatoriamente adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, sin que ello signifique que la disposición normativa reemplace la motivación del acto administrativo, ya que ello ignoraría la garantía que busca evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder de retiro. En tal medida, **la desvinculación debe motivarse de acuerdo a la evaluación de la hoja de vida del uniformado, además del cumplimiento de los requisitos objetivos de ley para obtener la asignación de retiro, con el fin de evitar la arbitrariedad de la Fuerza Pública.**

9. Por tanto, consideramos que en el caso de los ascensos y retiros de los miembros de la Policía Nacional, no solo el acto administrativo debía estar motivado. Los conceptos y/o recomendaciones que emiten las Juntas Asesoras debían cumplir con directrices similares, pues sin importar el que no sean en sí mismos actos administrativos, dichas actas consignan las decisiones que plasman el pleno uso de la

N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

---

facultad discrecional que se le concede a la Fuerza Pública para ascender o retirar a su personal activo...

De ahí, las condiciones impuestas para la promoción de la carrera policial tienen una orientación determinada en el mantenimiento de las aptitudes especiales que se requieren en la institución, lo que hace necesario que se regulen pautas que busquen asegurar que el personal de policía cumpla de la manera más decorosa posible su función, que es la de guardar la armonía y convivencia ciudadanas como lo indica la Constitución. Ello limita hasta cierto punto la facultad discrecional de la autoridad competente para definir el personal que puede ascender de escalafón..." (Negrillas y subrayado fuera de texto, nuestras).

Aparte de lo expuesto, las sentencias demandadas Constitucionalmente en sede de tutela en el punto objeto de análisis dejan de lado estimar que, según la propia Jurisprudencia del Consejo de Estado, **si bien ese buen desempeño del Oficial ciertamente NO crea fuero de estabilidad, SI es determinante en el análisis de proporcionalidad y razonabilidad del uso de la facultad discrecional** ya que es uno de los factores esenciales bajo los parámetros del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. Lo que NO se detuvieron a analizar las sentencias de Primera y Segunda Instancia debatida en alzada, debiendo hacerlo, **es el peso de ese excelente desempeño, méritos de experiencia y conocimiento, respecto de la razonabilidad y proporcionalidad del ejercicio de la facultad de retiro "Por Llamamiento a Calificar Servicios" y que corresponde al objetivo mismo del mejoramiento del servicio, esto es el análisis específico del mérito respecto del ejercicio de las facultades discrecionales cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio ¿Cómo puede pensarse que se mejora el servicio retirando a los hombres mejor calificados según su régimen especial de Evaluación y Clasificación?**

Reiteremos que la Carrera Militar es una Carrera Administrativa Especial, tal y como se contempla en el artículo 217 de la Carta Política y lo reconoce la Jurisprudencia con fuerza de precedente Constitucional: "Es con base en este marco que la jurisprudencia de la Corte ha identificado tres categorías de

sistemas de carrera. La primera es la general u ordinaria, que se aplica de forma preferente para las instituciones del Estado y tiene dentro de sus características particulares la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Art. 130 C.P.). La segunda **la conforman los sistemas especiales de carrera administrativa**, en los cuales la Constitución establece, de forma expresa, que **determinadas instituciones del Estado cuenten con un sistema de carrera particular**, como es el caso de la **carrera de las fuerzas militares** (Art. 217 C.P.), la de la Policía Nacional (Art. 218 inciso 3º C.P.), la de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), la de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), la de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 inciso 3º), la de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.), la de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.) así como el régimen de las universidades estatales (Art. 69 C.P.). ...”<sup>14</sup> (Negritas fuera de texto).

**El hecho que la Carrera Militar sea de naturaleza especial, no la aparta del cumplimiento de los principios y fines que se persiguen con el establecimiento del régimen de Carrera Administrativa**, muy por el contrario, a tales fines y principios propios de la Carrera Administrativa ha de sujetarse su desarrollo, tal y como se expresa Jurisprudencialmente: “Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional **(i) protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos; y (ii) cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**”<sup>15</sup> (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, **reconociéndose como el ascenso y la permanencia por mérito es connatural a la carrera administrativa**, trátase de la categoría que se trate: General, especial o específica, y siendo la carrera administrativa concreción de los propios

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-153 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

principios y fines del Estado Social de Derecho “Por tanto, la aplicación del sistema de carrera administrativa en una determinada entidad estatal, como concreción de la regla general prevista en el artículo 125 del Estatuto Superior, **tiene de entrada un fuerte respaldo constitucional, pues sus objetivos y fundamentos responden a precisos mandatos superiores, que a la vez que protegen el interés general en una Administración Pública eficiente y calificada, tutelan los derechos específicos de quienes acceden a la función pública...**

...

Por ende, la Corte ha considerado que existe una **estrecha vinculación** entre **el régimen de carrera administrativa y el Estado Social de Derecho**, en la medida que quienes sean llamados a desempeñar cargos públicos tienen la delicada labor de servir a la comunidad, hacer efectivos los principios, derechos y deberes constitucionales y promover la prosperidad general (art. 1 C.P.) De ahí que, la Constitución haya querido que la carrera administrativa sea la regla general de vinculación al Estado y que la misma deba fundarse en la excelencia en la selección de las personas que han de ingresar al servicio del Estado...”<sup>16</sup> (Negrillas fuera de texto), se tiene en claro que **el MÉRITO**, regla de movilidad propia de los regímenes de carrera, **está inescindiblemente ligado a los principios y fines de la propia carrera administrativa** que son, lo vimos, **los mismos que contiene la naturaleza jurídica de los Estados Sociales de Derecho**, lo que nos lleva a concluir que **la permanencia en servicio activo y el mérito son la confluencia de intereses constitucionales superiores que se orientar a proteger los fines del mismo Estado, lo principios de la Carrera Administrativa y los derechos del propio trabajador** como ser materializante de las acciones del ente Estado “4. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha previsto que el alcance de la carrera administrativa no está circunscrito a la norma anotada sino que, antes bien, toma la forma de un principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho...”<sup>17</sup>.

Y, justamente, el régimen especial de Carrera Administrativa de las Fuerzas Militares, contenido en el Decreto Ley 1790 de 2000, corregido por el Decreto 444 de 2001 y con las modificaciones

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 12 de julio de 2006. Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

introducidas por las Leyes 775 de 2002, 893 de 2004, 940 de 2005, 987 de 2005, 1104 de 2006, 1279 de 2009, 1405 de 2010 y Ley 1792 de 2016, **consagró el ascenso y permanencia para el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares.**

**Es claro, se itera, que el buen desempeño del Oficial no le da fuero de estabilidad, pero ello no puede ser el argumento para desechar cualquier consideración del mérito a fin de definir el ascenso o la permanencia en servicio activo del Oficial, la razón para que unos Oficiales, incluso con mejores méritos que otros, no deban ser ascendidos o ser retirados del servicio activo NO puede ser la arbitrariedad.**

Nótese como, en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del ejercicio de las facultades discrecionales, como la aquí involucrada, **para determinar el ascenso y la permanencia de los militares dentro de su carrera administrativa especial, el MÉRITO juega un papel primordial, aunque no exclusivo**, así se dice desde vieja data en la Jurisprudencia: “La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que



**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

...

**2º VALORACION DE LA HOJA DE VIDA PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL**

De lo dicho surge, que el rendimiento laboral del empleado, es indicativo de la eficiencia en la prestación del servicio y por esta razón, la Sala prohíja en el sub-lite la tesis consistente, en que no resulta justificado prescindir de un servidor que en la última calificación obtuvo un resultado satisfactorio y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas.

Ahora bien, la Sala considera necesario precisar que las mentadas calificaciones para que puedan considerarse con la virtualidad de acreditar la eficiencia en la prestación del servicio y de contera, para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro deben consignar **no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones sino tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional.**

Siendo así, es incorrecto seguir sosteniendo simplemente que los actos administrativos se presumen legales porque están amparados por el principio de obligatoriedad que los cubre y continuar aceptando irrestrictamente la legalidad de la decisión con el argumento retórico que como se trata de una presunción juris tantum admite prueba en contrario.

En efecto, **para desvirtuar dicha presunción, los hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión, indudablemente se aprecian en la observación de la hoja de vida que consigna el trayecto de eficiencia e ineficiencia en la prestación del servicio.**

**La presunción fundada en el mejoramiento del servicio implicaba en ocasiones para el funcionario retirado en virtud de las facultades excepcionales previstas para el personal de la Policía Nacional establecidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 262 de 1994, modificados por los artículos 5º y 6º, numeral 2º, literal f) del Decreto 574 de 1995, respectivamente, en concordancia con el artículo 11 ibídem y el Decreto 1791 de 2000, la tarea procesal de demostrar intenciones del nominador que en ocasiones pertenecen a su fuero interno, mientras que con el margen de apreciación de la hoja de vida que se patrocina en esta**

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

**providencia, el juez podrá valorar si se retiró a un servidor cuyos antecedentes de excelente rendimiento resultan contradictorios con la medida adoptada.**

En la práctica venía sucediendo que cuando de actos de retiro discrecional por voluntad del Director General o del Ministro de Defensa y/o el Presidente de la República se trataba, el nominador se limitaba a referir al juez la presunción de legalidad, sin desplegar ninguna actividad probatoria tendiente a justificar su decisión lo cual conducía a situaciones de inequidad.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, **corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor**, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.

De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la **POLICIA NACIONAL**, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor **con inmediatez al retiro**, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregonan insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.

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

En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que como se anotó **deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor**, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo

# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

difícil...”<sup>18</sup>, y se concluye “En suma, la Sala llega a la convicción de que no (sic) fueron razones del buen servicio las que sirvieron de fundamento a la entidad demandada para retirar al actor, pues no resulta explicable, ni encuentra la más mínima justificación que a un oficial en condiciones personales, morales, de sociabilidad que lo ubicaban en el rango “e”, es decir, las “**exigidas**” en la actividad militar, que demostraba espíritu de superación, virtudes militares y desempeño en el cargo, catalogado como “**superior**” (rango B), merecedor de constantes felicitaciones y condecoraciones por su profesionalismo, excelente labor, liderazgo y preocupación por el cumplimiento de sus responsabilidades, **razones del servicio aconsejaron primero trasladarlo del Grupo de Acción Integral, a la Brigada de Aviación del Ejército (septiembre 17 de 2001) sin asignarle funciones** y finalmente retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional. El manejo en esas condiciones dado al oficial, resulta contrario a principios y valores previstos en la carta política, (respeto a la dignidad humana y derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y desborda las mínimas condiciones de trato considerado y esperado en las relaciones laborales. En esas condiciones, aparece evidente el desvío de poder alegado en la demanda...”<sup>19</sup> (Negritas fuera de texto). Este aspecto aparece recogido integralmente en la Jurisprudencia Constitucional: “12.2 En segundo término, y siguiendo lo previsto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, **la motivación en que se deben sustentar estos actos administrativos discrecionales se debe basar en el fin de la norma que le atribuyó dicha competencia y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.**”

El objetivo de las facultades discrecionales, que en este caso son el llamamiento a curso, a calificar servicios y el cambio de fuerza en las Fuerzas Militares, es satisfacer la finalidad constitucional de la institución cual es “*la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”..., **para lo cual requiere escoger para la permanencia y ascenso en su institución al personal que posea méritos superiores en las condiciones y expectativas que el perfil requiera, haciéndose uso de un proceso de evaluación regulado por la ley...**”<sup>20</sup> (Negritas fuera de texto) y se recalca: “Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional,

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsunción B. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). Consejero Ponente ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Radicado No. 25000232500020020439102(0075-08). Consejero Ponente ALFONSO VARGAS RINCON.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-723 del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, el Comando de la Fuerza **está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige**. En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que quien recibe – para el caso- el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, **debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado**<sup>21</sup> (Negrillas fuera de texto), rematando: “Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional (i) **protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos**; y (ii) **cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**”<sup>22</sup> (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior por cuanto, como ya se anticipó, la relación entre el mejoramiento del servicio y la Hoja de Vida del Militar, a efectos de determinar su ascenso y permanencia en servicio activo es incuestionable, y **lo sucedido en nuestro caso es que la Hoja de vida y las Evaluaciones y Clasificaciones legalmente efectuadas a CESPEDES CORONADO, el mérito, NO fueron tenidas en cuenta objetivamente para su retiro del servicio activo, por lo que la finalidad del mejoramiento del servicio fue completamente ajena al ejercicio de esa facultad discrecional que,**

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-819 del 9 de agosto de 2005. Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

así se tornó en **irrazonable y desproporcionada** ignorando las previsiones del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. y las propias de los artículos 121, 125 y 217 de la Constitución Nacional y los Decretos Leyes 1790 y 1799 de 2000.

Por lo acontecido con las sentencias de Primera y Segunda Instancia demandadas Constitucionalmente en tutela, es pertinente reiterar el llamado de atención a los Jueces de la Republica para que, a la manera del SALVAMENTO DE VOTO de la sentencia de la Corte Constitucional SU-237 del 30 de mayo de 2019 Magistrado Ponente CARLOS BERNAL PULIDO atrás citado, **se corrija el camino errado de habilitar facultades discrecionales como absolutas en el tratamiento de la Carrera Militar lo cual ha dado lugar a la arbitrariedad y el capricho** como claramente se ha demostrado en este caso.

Sobre este tipo de sentencias judiciales, es necesario reflexionar y procurar **Unificación de Jurisprudencia** en lo relativo a **las motivaciones o requisitos y el control de legalidad judicial** del ejercicio de las facultades discrecionales en la Carrera Administrativa Especial de las Fuerzas Militares dado que, como se anticipó, la postura, ciertamente contraria a derecho, de una gran mayoría de la **Judicatura se ha inclinado a desechar cualquier tipo de reflexión**, normativa y probatoria, **en lo referente al objetivo y fin del uso de tales facultades, su razonabilidad y proporcionalidad en pos del mejoramiento del servicio**, bien alegando que para su ejecución **solo se requiere la presencia de requisitos objetivos** como el tener derecho a una asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, o **bien exigiendo un estándar probatorio de imposible cumplimiento** consistente en probar la directa voluntad de los funcionarios públicos que toman esas decisiones que claramente solo están en sus propias mentes, o, **simplemente aduciendo que tales facultades obedecen a la estructura piramidal de las Fuerzas Militares y que no constituyen una sanción**; desechando así cualquier

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

---

consideración normativa o probatoria sobre la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de esas facultades como: La demostración del mérito del Oficial, los logros de su carrera profesional, sus aportes al servicio, el desequilibrio al ascender y mantener en servicio a unos menos calificados que los no ascendidos y retirados, el mejor mérito comparativo, la presencia de situaciones alejadas del servicio que no gustan o gustan a determinados mandos y que terminan propiciando las situaciones de ascenso o retiro, el desconocimiento infundado de las prelacións legalmente exigidas para ascenso y permanencia en el servicio arrojadas por Listas de Clasificación del Oficial en el sistema especial de carrera legalmente establecido, el sofisma de realización de Evaluaciones y recomendaciones diferentes a las dispuestas legalmente que arrojan resultados contrarios a sus propias reglas o que termina siendo desatendidas para dar paso a observaciones absolutamente subjetivas, etc.; dejado de lado, de esa manera, estudiar como la administración usa todo tipo de acciones o argumentos que responden a la arbitrariedad y el capricho y **NO AL MEJORAMIENTO DEL SERVICIO** que claramente **NO ES MATERIALMENTE CONSIDERADO** como legalmente tiene que ser, para tomar esas decisiones lo cual implica la **NULIDAD** de tales actos administrativos, no obstante, en un **estado de cosas ilegales** ya generalizado, **en estos eventos termina presentándose una verdadera denegación de justicia** al desecharse cualquier tipo de esfuerzo probatorio o normativo que demuestran la ilegalidad de éstos casi siempre por la demostración probatoria de la **NO CONSIDERACION DEL MEJORAMIENTO DEL SERVICIO** como motivo y fin del uso de esas facultades.

El anterior estado de cosas ha llevado, repetimos, a que esas facultades discrecionales sean la materialización de la arbitrariedad y el capricho **causando enorme daño a nuestras Fuerzas Militares y Policía Nacional que llega incluso a afectar su legitimidad institucional** ya que se

muestran como ejemplo de nepotismo y corrupción en tanto **el baremo para ascender o mantenerse en el servicio activo lo constituyen las relaciones personales y NO el interés del servicio público propio de una Carrera Administrativa Especial como lo es la de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional**; estado de cosas ilegal que ha llevado a los escándalos de corrupción, violación sistemática a derechos humanos, incluso de índole sexual y de discriminación conocidos públicamente, esto por cuanto **el ascenso y permanencia en el servicio público basado en las relaciones personales crean falsas lealtades, sectas y círculos de poder perniciosos a la satisfacción de necesidades públicas en las que NO SON LOS MEJORES HOMBRES QUIENES ASCIENDEN Y PERMANECEN EN SERVICIO ACTIVO A FIN DE CUMPLIR TAN DELICADA MISION CONSTITUCIONAL ENTREGADA A NUESTRAS FUERZAS MILITARES**, de tal forma que la ética, el honor, el interés general y la legalidad **se diluyen en el sofisma de los falsos héroes**.

Conforme a lo anterior, las sentencias demandadas Constitucionalmente en sede de tutela son, probadamente, vías de hecho y debe ser anuladas.

**C. Defecto sustantivo por motivación falsa e insuficiente.**

Las sentencias de Primera y Segunda Instancia que hoy se censuran Constitucionalmente en sede de tutela, **incurre en verdadero fraude normativo por su motivación evidentemente insuficiente y falsa según ya se ha anticipado**, a lo cual remitimos.

**D. Defecto sustantivo por desconocer el precedente Jurisprudencial.**

Evidentemente, como ya se demostró, las sentencias de Primera y Segunda Instancia denunciadas Constitucionalmente por vía de tutela, dejaron de lado atender los precedentes Jurisprudenciales Constitucionales y Verticales de

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

obligatorio acatamiento también en precedencia particularizados y que corresponden a las siguientes temáticas:

1. Desatención de los requisitos subjetivos para el ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio activo por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios”.

Se citan como precedentes Jurisprudenciales desobedecidos en las sentencias de Primera y Segunda Instancia objeto de censura Constitucional por vía de tutela, respecto a los requisitos subjetivos para ejercer la facultad referidos a la proporcionalidad y razonabilidad propios del mejoramiento del servicio y que fueron evidentemente desconocidos por las sentencias demandadas en tutela:

“El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, **es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio**” según el contenido de la sentencia referida como: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Radicado No. 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09).

Consejero Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; y “**La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar 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. En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y**



**el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión....”** de acuerdo a la sentencia aludida como: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.

2. Ignorar la razonabilidad y proporcionalidad como medida del ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio activo por la causal “Llamamiento a Calificar Servicios” y la causal de su anulación por encontrar probados motivos FALSOS, ILEGALES o constitutivos de DESVIACIÓN DE PODER en el marco del objetivo del mejoramiento del servicio incluyendo la consideración del MÉRITO del militar.

Se enlistaron los precedentes Jurisprudenciales desconocidos por las sentencias de Primera y Segunda Instancia sometida a control Constitucional por vía de tutela: **1.** El merito en la medida de la razonabilidad y proporcionalidad “La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los

poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

...

## **2º VALORACION DE LA HOJA DE VIDA PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL**

De lo dicho surge, que el rendimiento laboral del empleado, es indicativo de la eficiencia en la prestación del servicio y por esta razón, la Sala prohíja en el sub-lite la tesis consistente, en que no resulta justificado prescindir de un servidor que en la última calificación obtuvo un resultado satisfactorio y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas.

Ahora bien, la Sala considera necesario precisar que las mentadas calificaciones para que puedan considerarse con la virtualidad de acreditar la eficiencia en la prestación del servicio y de contera, para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro deben consignar **no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones sino tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional.**

Siendo así, es incorrecto seguir sosteniendo simplemente que los actos administrativos se presumen legales porque están amparados por el principio de obligatoriedad que los cobija y continuar aceptando irrestrictamente la legalidad de la decisión con el argumento retórico que como se trata de una presunción juris tantum admite prueba en contrario.

En efecto, **para desvirtuar dicha presunción, los hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión, indudablemente se aprecian en la observación de la hoja de vida que consigna el trayecto de eficiencia e ineficiencia en la prestación del servicio.**

**La presunción fundada en el mejoramiento del servicio implicaba en ocasiones para el funcionario retirado en virtud de las facultades excepcionales previstas para el personal de la Policía Nacional establecidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 262 de 1994, modificados por los artículos 5º y 6º, numeral 2º, literal f) del Decreto 574 de 1995, respectivamente, en**

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

---

concordancia con el artículo 11 *ibídem* y el Decreto 1791 de 2000, la tarea procesal de demostrar intenciones del nominador que en ocasiones pertenecen a su fuero interno, mientras que con el margen de apreciación de la hoja de vida que se patrocina en esta providencia, el juez podrá valorar si se retiró a un servidor cuyos antecedentes de excelente rendimiento resultan contradictorios con la medida adoptada.

En la práctica venía sucediendo que cuando de actos de retiro discrecional por voluntad del Director General o del Ministro de Defensa y/o el Presidente de la República se trataba, el nominador se limitaba a referir al juez la presunción de legalidad, sin desplegar ninguna actividad probatoria tendiente a justificar su decisión lo cual conducía a situaciones de inequidad.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, **corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor**, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.

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

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

servicio.

En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que como se anotó **deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor**, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa....” según cita de la sentencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsunción B. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). Consejero Ponente ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO; **2.** “En suma, la Sala llega a la convicción de que no (sic) fueron razones del buen servicio las que sirvieron de fundamento a la entidad demandada para retirar al actor, pues no resulta explicable, ni encuentra la más mínima justificación que a un oficial en condiciones personales, morales, de sociabilidad que lo ubicaban en el rango “e”, es decir, las **“exigidas”** en la actividad militar, que demostraba espíritu de superación, virtudes militares y desempeño en el cargo, catalogado como **“superior”** (rango B), merecedor de constantes felicitaciones y condecoraciones por su profesionalismo, excelente labor, liderazgo y preocupación por el cumplimiento de sus responsabilidades, **razones del servicio aconsejaran primero trasladarlo del Grupo de Acción Integral**, a la Brigada de Aviación del Ejército (septiembre 17 de 2001) **sin asignarle funciones** y finalmente retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional. El manejo en esas condiciones dado al oficial, resulta contrario a principios y valores previstos en la carta política, (respeto a la dignidad humana y derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y desborda las mínimas condiciones de trato considerado y esperado en las relaciones laborales. En esas condiciones, aparece evidente el desvío de poder alegado en la demanda...” referenciada como sentencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Radicado No. 25000232500020020439102(0075-08). Consejero Ponente ALFONSO VARGAS RINCON; **3.** “12.2 En segundo término, y siguiendo lo previsto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, **la motivación en que se deben sustentar estos actos administrativos**

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

**discrecionales se debe basar en el fin de la norma que le atribuyó dicha competencia y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.**

El objetivo de las facultades discrecionales, que en este caso son el llamamiento a curso, a calificar servicios y el cambio de fuerza en las Fuerzas Militares, es satisfacer la finalidad constitucional de la institución cual es *“la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”...*, **para lo cual requiere escoger para la permanencia y ascenso en su institución al personal que posea méritos superiores en las condiciones y expectativas que el perfil requiera, haciéndose uso de un proceso de evaluación regulado por la ley...** cita de la sentencia: Corte Constitucional. Sentencia T-723 del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente JUAN CARLOS HENAO PEREZ; **4.** “Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional, vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, el Comando de la Fuerza **está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige.** En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que quien recibe – para el caso- el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, **debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado**” referencia de la sentencia: Corte Constitucional. Sentencia C-819 del 9 de agosto de 2005. Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA; **5.** “Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de

carrera de índole constitucional (i) **protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos;** y (ii) **cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**” que se alude a la sentencia: Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva; **6. “6.5. El retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas.**

...

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

...

De esta manera se concluyó que la facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general.

Ahora bien, la atribución que por razones del servicio puede emplearse para retirar a miembros de la Fuerza Pública, **no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes;** por el contrario, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder...

...

En conclusión, en la medida en que el Legislador ha

**N E L S O N   I V A N   Z A M U D I O   A R E N A S***Abogado*

venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y a través de las revisiones de tutela **ha venido adoptando posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad**, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como puede apreciarse, cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, **ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) por que la autoridad administrativa incurrió en una desviación de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación....**” cita de la sentencia: Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO; 7. “Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia **en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial**, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, **no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución**, sino también, **para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes**. En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, **si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto**, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que **tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**” como referencia de la sentencia: Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado

Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB;  
**8.** “8. Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y **se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes...**” como referente de la sentencia Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; y **9.** Rematando con la consecuencia de la prueba de la FALSA MOTIVACIÓN que no es otra que la nulidad del acto “... La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, **ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición...**” cita de la sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2008-00066-01(1982-10). Consejero Ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

### 2.2.3 Desconocimiento del precedente Jurisprudencial:

Las decisiones judiciales de Primera y Segunda Instancia objeto de Control Constitucional por vía de tutela desconocieron los precedentes Jurisprudenciales Constitucionales y Verticales, de obligatorio acatamiento, sin motivación alguna, como se ha demostrado en precedencia a lo cual remitimos para no ser más repetitivos.

### 2.2.4 Violación Directa de la Constitución:



Igualmente, como se vislumbró en cada caso, las sentencias de Primera y Segunda Instancia sometidas a éste control Constitucional son groseramente ilegales al punto de la presunta prevaricación, **incurrieron en negligencia supina propia del fraude normativo y probatorio, al omitir sujetarse a la Ley y a la prueba en su emisión lo cual les era obligatorio** (Artículos 13, 29 y 230 de la Constitución) frente a la probada ilegalidad, falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo sometido a control de legalidad profiriendo unas sentencias Judiciales claramente Inconstitucionales como vías de hecho, afrentas groseras al ordenamiento Constitucional que soslayaron claros mandatos Constitucionales ya resaltados en precedencia y contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 217, 228 y 230 de la Carta Política.

De esta forma, se han probado los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto y la violación a los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa material, acceso material a la administración de justicia, al derecho a la igualdad y al Imperio de la Ley en que incurrieron las decisiones judiciales de Primera y Segunda Instancia sometidas aquí al escrutinio Constitucional.

Así las cosas, **la alegada violación** flagrante, grave y grosera del ordenamiento Constitucional cometida por las Sentencias de Primera y Segunda Instancia, **no es el producto de una simple divergencia de criterios jurídico sino el resultado de la aplicación objetiva de las preceptivas Constitucionales aplicables al caso y que demuestran, sin vacilaciones, el carácter de vías de hecho y de fraude normativo y probatorio en que se encuentra inmersa.**

#### **DE LA VIOLACION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL AFECTADO POR LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SEÑALADAS:**

Lo demostrado anteriormente deja a las sentencias judiciales enjuiciadas Constitucionalmente en la absoluta ilegalidad por los vicios de motivación, sustantivos y facticos, a más del desconocimiento del precedente Jurisprudencial, señalados derivados de las vías de hecho demostradas que exigen la protección

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

constitucional en tutela querellada por violación grosera al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, Imperio de la Ley, igualdad y a la defensa material:

1. Violación al debido proceso:

Los derechos fundamentales que protege la acción de tutela son aquellos inherentes a la persona humana por el hecho de su existencia y el debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Política, como derecho plurielemental, es uno de ellos, como bien lo dice la Corte Constitucional: "... Porque no en vano el debido proceso es un derecho constitucional fundamental que no puede ser limitado ni suspendido aún en los denominados estados de excepción..."<sup>23</sup>.

De esta manera, visto como el debido proceso, que integra la concepción del principio de legalidad y el derecho a una defensa técnica, es un derecho fundamental protegido por vía de tutela, ésta operará siempre que cualquier autoridad, para nuestro caso la judicial, por acción o por omisión, vulnere o amenace cualquier elemento comprendido en la denominación de debido proceso. La vulneración: "...requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a los jueces de tutela, mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídico constitucional..."<sup>24</sup>.

Es pues, la vulneración una afrenta directa al derecho fundamental protegido, nacida de la acción o de la omisión de un agente, en nuestro caso de un operador jurídico judicial.

Bajo el marco general visto, diremos que el concepto de violación al derecho fundamental al debido proceso (como principio) y al artículo 29 de la Constitución Nacional (como norma), consiste en que la actuación judicial sea contraria a los procedimientos, aspectos sustanciales y pruebas que la Ley haya previsto para el adelantamiento del proceso pertinente. Este concepto nos arroja al tratamiento diferenciado y específicamente atendible al caso que nos ocupa conforme a lo siguiente.

Es común que la vía de hecho judicial recaiga casi siempre sobre el principio plurielemental del debido proceso. Esta garantía constitucional es, ciertamente, la mayor en dentro de

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-022 de enero 29 de 1993. Magistrado Ponente CIRO ANGARITA BARON.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 027 del 5 de febrero de 1993. Magistrado Ponente SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

las reglas de convivencia en los Estados democráticos. En efecto, garantiza al individuo la equivalencia del ejercicio de su facultad mediadora con sus propios derechos, de tal manera que la justicia sea un tópico de equidad y no de poder arbitrario.

En lo relativo al debido proceso debemos agregar que no solo es un derecho fundamental, sino a la vez un deber observable en toda actuación administrativa o judicial que comporta el apego irrestricto a la normatividad vigente en tanto sustancial y procedimental.

Por esta razón, la violación de este principio-derecho conlleva a su vez la violación de normas de rango infraconstitucional, degenerando así violentación al ordenamiento jurídico entendido bajo el principio de la integración normativa, por lo que los deberes del Estado, previstos en el artículo 2 de la Carta Política, y la supremacía constitucional, artículo 4 del mismo estatuto, resultarán así lesionados.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho: "...4.1.1. Como es sabido, la actual Carta Política consagra de manera expresa el derecho fundamental al debido proceso y extiende su aplicación "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" (Art. 29). Por virtud de dicho mandato, se vincula la actividad judicial y administrativa sancionatoria al principio de legalidad propio del Estado de Derecho, buscando con ello que las competencias asignadas a los funcionarios públicos se desarrollen en los términos y condiciones previamente establecidas en disposiciones constitucionales y legales de contenido general y abstracto...

En este sentido, y a partir de su consagración constitucional, la jurisprudencia define el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías sustanciales y procedimentales con las cuales se pretende proteger los derechos e intereses de los individuos que se encuentran incurso en una actuación judicial o administrativa, constituyendo a su vez un límite material a la actividad desplegada por las autoridades públicas en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

El debido proceso tiene entonces como objetivo fundamental, la defensa y preservación del valor de la justicia, con lo cual se procura el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y se contribuye al mantenimiento y fortalecimiento del Estado que, según las voces del artículo 2º de la Carta, tiene dentro de sus fines esenciales -a cumplirse por intermedio de las autoridades de la República- la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas.

Por constituir un elemento vital dentro de la estructura del Estado de Derecho, la propia Constitución le reconoce al debido proceso el carácter

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

de derecho fundamental de aplicación directa o inmediata, descartando que su vigencia y ejecución tengan un efecto programático, supeditado al respectivo desarrollo legislativo (Art. 85). En tal sentido, el mismo debe ser observado, sin ningún tipo de condicionamiento, por todas y cada una de las autoridades estatales - se reitera- como garantía de legalidad frente a los posibles abusos en que éstas puedan incurrir con ocasión del ejercicio de sus funciones públicas.

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 29, 229 y 230 del Estatuto Fundamental, puede afirmarse que el debido proceso supone: (i) el acceso al proceso con presencia del juez natural, (ii) el uso de todos los instrumentos jurídicos que en él se proporcionan para asegurar la defensa de los intereses legítimos de quienes se encuentren vinculados a la actuación - defensa, contradicción, impugnación, presunción de inocencia, entre otros- y (iii) la estricta subordinación del funcionario judicial o administrativo a la Constitución y a la ley aplicable...<sup>25</sup>.

En el caso de la violación al debido proceso se concibe la vía de hecho como cualquier desfiguración, que por supuesto comporte una gravedad tal que convierta a la decisión solo en una forma y no en un contenido sustancial, a normas sustanciales o procedimentales que lesionan tal derecho esencial, lo que termina por enmarcar una violación a la legalidad y por esta vía al debido proceso al cual ha de sujetarse el operador jurídico judicial en el ejercicio funcional que le compete como lo manda el artículo 6 de la Carta Magna. En esta óptica, la Corte Constitucional arguye: "...La finalidad que se persigue en este caso con la vía excepcional de la tutela está dada en términos de "(...) la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el yerro que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura."...

Las decisiones arbitrarias y caprichosas de los funcionarios judiciales que sin fundamento objetivo y razonable contradicen los parámetros constitucionales y legales, y así mismo vulneran principios y derechos constitucionalmente reconocidos, constituye un atentado contra la consolidación de un Estado social de derecho como el nuestro. En efecto, la eficacia de los derechos y de las libertades públicas de las personas sobre lo cual está cimentado dicho modelo de estado, depende de la sujeción de los jueces al "principio de legalidad"..., en la labor interpretativa y aplicativa del ordenamiento jurídico, en la valoración del material probatorio, y en las demás actuaciones que desarrolla el juez como director del proceso.

El grado de sujeción del fallador al principio de legalidad en la decisión judicial que pueda llegar a enjuiciarse por constituir una vía de hecho, es materia de verificación por el juez constitucional en sede de tutela. Este

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-082 del 12 de febrero de 2002. Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

análisis está acompañado de un examen de igual significación, como es el relativo a algunos aspectos sustanciales de la decisión, sin que por ello se dé lugar a una intromisión arbitraria en la esfera de competencia del juez de la causa, ni la separación del mismo de la definición de la cuestión litigiosa, en forma concluyente. El fin que se propone cumplir en la revisión el juez de tutela, es el de llegar a constatar en el fallo en juicio la existencia de situaciones irregulares desde una perspectiva sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, para una vez advertidos entrar a adoptar las medidas que, sólo con sujeción a su competencia, está habilitado para expedir...”<sup>26</sup>.

Así las cosas, es claro que, verificada la existencia de una flagrante violación al debido proceso dentro de una acción u omisión judicial, se concretará una vía de hecho que hace procedente la acción de tutela para acudir en defensa del derecho fundamental violado; tal acción u omisión judicial aparece plenamente definida por la Jurisprudencia del máximo Juez Constitucional de la siguiente manera: “...Así las cosas, la Corte ha manifestado que procede la acción de tutela contra una sentencia judicial cuando se cumple alguna o algunas de las situaciones irregulares que, a continuación, se mencionan como elementos conformadores de una vía de hecho judicial:

“(...) cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo) ; (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”... Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.”...

De manera que, la procedibilidad de la tutela, en estas precisas circunstancias de actos arbitrarios de los jueces en el desarrollo del proceso, está sometida a unos límites rígidos. De una parte, están conformados por las reglas ordinarias que se señalan en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, antes mencionado, y por la especial connotación de una viabilidad transitoria y con efectos temporales de la tutela, frente a otros medios de defensa judicial, dada la amenaza de un perjuicio irremediable o de un daño irreparable. De otra parte, es imperioso que la decisión judicial enjuiciada muestre alguno de

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-132 del 26 de febrero de 2002. Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

los defectos de orden sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental antes mencionados y, por supuesto, la consecuente vulneración del patrimonio jus fundamental de las personas afectadas con la decisión.

Los límites así establecidos permiten confirmar el respeto debido tanto a la autonomía e independencia de los jueces para proferir sus fallos, como a las distintas jurisdicciones, y a los procedimientos ordinarios y especiales establecidos en el ordenamiento jurídico. De suerte que, puede hablarse de un efecto armonizador que cumple el pronunciamiento de tutela entre la decisión judicial cuestionada y el ordenamiento constitucional vulnerado, una vez identificados en ella, por lo menos, uno de los vicios de la vía de hecho, en aras de la vigencia de los mandatos constitucionales y de la protección y prevalencia de los derechos fundamentales de las personas”<sup>27</sup>.

En ésta forma, con el análisis y recorrido Jurisprudencial estudiado, habremos de reiterar que en el caso concreto que ocupa nuestra atención se violentó groseramente el debido proceso pues los Jueces de Primera y Segunda Instancia se apartaron en absoluto del Imperio de la Ley, de las normas, pruebas y precedentes Jurisprudenciales de obligatorio acatamiento, a que debían ceñirse y, por esa vía, dejaron en el ordenamiento jurídico una decisión administrativa completamente ilegal.

Esos defectos de las decisiones judiciales demandadas en tutela, como se probó, son claras vías de hecho que dejan en el piso el concepto mismo de debido proceso en las providencias judiciales enjuiciadas constitucionalmente.

## 2. Violación al acceso efectivo a la administración de justicia:

El acceso efectivo a la administración de justicia se erige hoy como derecho fundamental nacido en de los artículos 228 y 229 de la Carta Política en el cual se incluye el derecho de acción y de decisión. En cuanto a la acción, se concibe como la posibilidad material de poner en movimiento el aparato judicial del Estado, bien mediante la acción propiamente dicha o bien mediante el recurso. En lo referente a la decisión, corresponde a que el ciudadano titular de la acción tiene derecho a que, en el marco de una pronta y cumplida administración de justicia, se le defina su litigio bajo las reglas del debido proceso y de la Ley, de tal manera que las actuaciones judiciales producidas se apeguen al marco normativo y probatorio que corresponda, bajo

---

<sup>27</sup> Ídem.

el concepto denominado justicia material o efectividad de la administración de justicia.

Sobre el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia se ha dicho: “3.4. DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**3.4.1.** Concepto, naturaleza y consagración del derecho a la administración de justicia

**3.4.1.1.** El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva... se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”...

**3.4.1.2.** Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene una significación múltiple y compleja, pues es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho... y un derecho fundamental de aplicación inmediata ..., que forma parte del núcleo esencial del debido proceso..., pues el proceso es el medio para la concreción del derecho a la jurisdicción....

**3.4.1.3.** El derecho a la administración de justicia está directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución... y otorga a los individuos una garantía real y efectiva que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión....

**3.4.1.4.** En este sentido, el derecho a acceder a la justicia contribuye de manera decidida a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas....

**3.4.1.5.** En este marco, la administración de justicia se convierte también en el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia, pues sin su previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial....

**3.4.1.6.** El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra especialmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la Convención Americana

Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Cabe puntualizar que el fundamento del derecho a la protección judicial efectiva no sólo se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política. También aparece consagrado en las normas de derecho internacional, concretamente, en los tratados y declaraciones de derechos que han sido suscritas y ratificadas por Colombia. Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos declara que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En igual medida, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

#### **3.4.1. Alcance y efectos del derecho a la administración de justicia**

**3.4.1.1.** La garantía de acceder a la administración de justicia, no está restringida a la facultad de acudir físicamente ante la Rama Judicial, sino que es necesario comprenderla desde un punto de vista material, entendida como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, respetando el debido proceso y de manera oportuna ...

**3.4.1.2.** En este sentido, el derecho a la administración de justicia no se entiende concluido con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que debe ser efectivo... , por lo cual el mismo no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que: “(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”...

**3.4.1.3.** En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo:



# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

“... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.”...

**3.4.1.7.** Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos:

(i) El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares....

(ii) El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”....

(iii) Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez”...

(iv) El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas...

(v) El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas ....

(vi) El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso...”<sup>28</sup> (Negritas fuera de texto).

Pues bien, en el presente caso, probada la vulneración flagrante al debido proceso, el Imperio de la Ley y la defensa materia, se tiene que se hizo nugatorio a mi mandante el acceso efectivo a la administración de justicia por emitir unas sentencias de Primera y Segunda Instancia que son contrarias de manera evidente a las

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

normas y pruebas que debían guiar la solución del caso, como ya se probó, a lo cual remitimos, siendo esas sentencias judiciales tan solo una formalidad puesto que, materialmente, están en realidad desprovistas del carácter de actuaciones judiciales por su abierta violación al derecho y a la prueba.

### 3. Violación al Imperio de la Ley:

Según el artículo 230 de la Carta Política, las actuaciones judiciales se someten al Imperio de la Ley y de allí se deriva la autonomía judicial. Esta preceptiva es la base para garantizar una administración de justicia material y justa pues irradia el debido proceso y la defensa material: “La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales.

Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas;...”<sup>29</sup>.

Pues bien, para nuestro caso se tiene que las sentencias judiciales involucradas, según se ha probado, violaron en forma grosera el marco normativo y probatorio que debían obedecer, es decir el Imperio mismo de la Ley y por ende debe ser anuladas por el Juez Constitucional.

### 4. Violación al derecho a la igualdad:

Como quedo plenamente probado, a lo que se remite, las decisiones judiciales enjuiciadas Constitucionalmente por vía de tutela son abiertamente inconstitucionales, una vía de hecho, por ende, las mismas sumen en desigualdad a mi mandante frente al conjunto de ciudadanos que aspiran a que sus litigios le sean resueltos con sujeción a la Ley y a la prueba.

Según lo demostrado, no hay duda de que las decisiones objeto de debate Constitucional en tutela incurrieron en defecto

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-354 del 25 de mayo de 2017. Magistrado Ponente IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

sustantivo violatorio del derecho a la igualdad al no dar a las mismas situaciones de hecho iguales soluciones de derecho.

**5. Violación al derecho de defensa:**

Las sentencias judiciales demandadas en tutela desconocieron también el derecho de defensa técnico y material (Artículo 29 de la Constitución Nacional) en cuanto a su abierta ilegalidad y separación absoluta del juzgamiento material, sujeto a la norma y la prueba, de los cargos endilgados y probados en contra del acto administrativo demandado.

Conforme a lo señalado, la vulneración a los derechos fundamentales aludidos se encuentra plenamente establecida por lo que el amparo solicitado debe ser otorgado.

**PRUEBAS:**

Ruego tener como pruebas las anexadas a esta actuación y las que tenga a bien disponer de oficio.

Aprecio se oficie al **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** a fin remita a ésta actuación la totalidad del proceso judicial surtido con ocasión del adelantamiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 11001333501920180007000 en la cual actúa como demandante Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** y como demanda la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL**.

En lo demás ruego se tengan por ciertas las afirmaciones contenidas en esta acción con apego al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

**COMPETENCIA:**

Sus señorías son competente con base en lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 artículo 37, Decreto 1983 de 2017 artículo 2.2.3.1.2.1., y artículo 86 de la Carta Política.

**DECLARACIÓN JURAMENTADA:**

Bajo la Gravedad del juramento declaro que no se ha intentado ninguna otra acción de tutela sobre este caso, considerada en la

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

integralidad aquí señalada, ante ninguna autoridad judicial y según lo informa mi mandante.

**NOTIFICACIONES:**

Los **DEMANDADOS: JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en la Carrera 57 No. 43-91, Correo Electrónico [jadmin19bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin19bta@notificacionesrj.gov.co) o [correscanbta@cendoj.ramajudicial.com](mailto:correscanbta@cendoj.ramajudicial.com)

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E** en la Carrera 57 No. 43-91, Correo Electrónico [rmemorialessec02tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rmemorialessec02tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co)

El DEMANDANTE Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, en la Calle 22B No. 58-21 Torre 6 Apartamento 122 de Bogotá D.C. Teléfono 3185168265. Correo Electrónico: [juances2321@gmail.com](mailto:juances2321@gmail.com)

Este apoderado según los datos de membrete.

**ANEXOS:**

1. Poder debidamente otorgado.
2. Sentencia de Primera Instancia del 21 de Febrero de 2020.
3. Sentencia de Segunda Instancia del 18 de junio de 2021.
4. Demanda en contra de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017.
5. Recurso de APELACION sentencia de Primera Instancia.
6. Auto del 16 de diciembre de 2020.
7. Auto del 6 de mayo de 2021.
8. Memoriales del 9 de febrero y 5 de marzo de 2021.

Ruego admitir la presente acción de tutela y prodigar las medidas de protección peticionadas.

Cordialmente.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**

C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.

T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.

Anexo: Lo anunciado.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**  
*Abogado*

---

Bogotá D.C., 27 de octubre de 2021.

**HONORABLES CONSEJEROS  
CONSEJO DE ESTADO (REPARTO)  
Ciudad.**

Referencia: **Acción de Tutela.**  
Tutelante: **Mayor (RA) JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.**  
Tuteladas: **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C. y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E.**

Honorables Consejeros:

Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.000.835 de Bogotá D.C., actuando en mi propio nombre y representación, respetuosamente les manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al Doctor **NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.541.041 de Bogotá D.C., abogado con Tarjeta Profesional No. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., para que en mi nombre y representación presente, adelante y lleve hasta su terminación acción de tutela en mi favor y en contra del **JUZGADO 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. y del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION E**, en protección a mis derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso material a la administración de justicia y defensa que resultaron violados por la expedición de la sentencia de Primera Instancia del 21 de febrero de 2020 y de Segunda Instancia del 18 de junio de 2021 proferidas dentro del proceso No. 11001333501920180007000 en el cual actúa como demandante el suscrito y como demanda la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL** y que negaron las pretensiones de la demanda incurriendo en vías de hecho, con el objeto sean anuladas y en su lugar se profiera la sentencia sustitutiva tutelando mis derechos fundamentales citados o cualquier otro que resulte vulnerado.

El Doctor **NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**, tiene todas las facultades necesarias para el ejercicio de su encargo incluías las contenidas en el artículo 77 del Código General del Proceso, las de tachar documentos y/o testimonios de falsedad, notificarse, interponer recursos o acciones, elevar peticiones ante diferentes autoridades o entidades, presentar acciones de tutela relacionadas con

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**  
*Abogado*

---

el caso, recibir, conciliar, desistir, tranzar, sustituir, reasumir y las demás necesarias al desarrollo de su mandato.


Ruego reconocer personería en los términos y para los efectos del poder que fue otorgado.

De Usted,

Cordialmente.

  
Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**  
Cédula de Ciudadanía No. 80.000.835 de Bogotá D.C.

**ACEPTO:**

  
**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**  
C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.  
T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.



República de Colombia  
Rama Judicial

**JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA  
CARRERA 57 N° 43 - 91 PISO 5° - BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-019-2018-00070-00  
Demandante : JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO  
Demandado : NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA  
NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL  
Controversia: RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A  
CALIFICAR SERVICIOS.

---

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro del proceso promovido por el Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.000.835 por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**.

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **PRETENSIONES:**

**"1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 5459 del 31 de Julio de 2017 "Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional" (Anexo No. 2) en lo que concierne al retiro del servicio activo del señor Mayor (RA) JUAN PABLO CÉSPEDES (sic) CORONADO, suscrita por el señor Ministro de Defensa Nacional (Que incluye, por ser acto administrativo definitivo, la nulidad de los actos preparatorios o de ejecución), de acuerdo a lo señalado en ésta demanda.**

2. Que, como consecuencia de la nulidad mencionada, se ordene el restablecimiento del derecho y a ese título se condene a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional a:

2.1 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES (SIC) CORONADO** al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.

2.2 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES (SIC) CORONADO** al servicio activo en el grado en el que fue retirada o en el grado que deba ocupar al momento del reintegro de acuerdo a las normas de carrera militar teniendo presente su derecho ascenso con sus compañeros de curso que ascendieron, y de acuerdo al tiempo de servicio, todo estimado al momento en el que se materialice el reintegro

2.3 El o los ascenso ascensos al grado superior o superiores a en él que fue retirado del servicio activo el señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES (SIC) CORONADO**, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que se tenga al momento del reintegro en cada grado por efecto de las normas de carrera con sus compañero de curso que han ascendido a grados superiores al de Mayor.

2.4 El reconocimiento y pago de los salarios<sup>^</sup> prestaciones, subsidios, primas, etc., y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su retiro, desde el retiro efectivo hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superiores, debidamente indexados y actualizados, y la declaración que esas condenas no son incompatibles con la asignación de retiro reconocida al Oficial.

2.5 Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad entre la desvinculación del cargo y grado y el reintegro efectivo en el cargo y grado pertinente.

3. Igualmente, se condene a la demandada a reparar el daño causado con la expedición del acto administrativo demandado, ordenando su indemnización de acuerdo a la tasación efectuada en ésta demanda y lo que resulte probado.

4. Se ordene que las condenas respectivas serán actualizada e indexada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

5. Que el Ministerio de Defensa Nacional dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A. y C.A.



6. Que se condene en costas, agencias en derecho y gastos procesales a la demandada.

7. Que se hagan las demás declaraciones y condenas que puedan desprenderse de las anteriores y de los hechos narrados en la demanda". (fols. 225 y 226).

#### HECHOS:

"1. El señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES (SIC) CORONADO** ingresó como Oficial de las Fuerzas Militares, Ejército Nacional, en el Grado de Subteniente, perteneciente al Arma de Aviación como Piloto, luego de haber cursado y aprobado los estudios reglamentarios para ser Oficial del Ejército Nacional, mediante Resolución del Ministerio de Defensa Nacional No. 1204 del 2 de diciembre de 1999, el 1 de diciembre de 1999 (Anexo No. 3), e integra el Curso BG. RAFAEL MORALES GOMEZ (Anexo No. 4).

2. Mi mandante escogió la Carrera Militar con el ánimo de servir a su patria y desarrollarse personal y profesionalmente en esa loable labor, aspirando, por supuesto, a alcanzar la máxima graduación dentro de esa Carrera Administrativa Especial que es hoy la de General (Artículo 6 numeral 1 literal a. subnumeral 1 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 1 de la Ley 1792 de 2016).

3. Como miembro de las Armas del Ejército Nacional (Artículo 12 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 3 de la Ley 1104 de 2006), el ingreso de **JUAN PABLO CESPEDES (SIC) CORONADO** al Ejército Nacional se realizó por las necesidades del servicio de un profesional en el arma de AVIACION (SIC).

4. Durante una brillante carrera profesional militar, mi poderdante ocupó varios cargos, con una Hoja de Vida intachable que le llevó al grado de Mayor, siendo sus principales logros (Anexo No. 3):

##### 4.1 Obtuvo los siguientes grados militares:

- Subteniente: Año 1999.
- Teniente: Año 2003.
- Capitán: Año 2007.
- Mayor: Año 2012.

##### 4.2 Desempeñó varios cargos de suma responsabilidad.

- Comandante de Pelotón Grupo de Caballería Mecanizado No. 12.
- Comandante de Pelotón Batallón de Contraguerrillas No. 54.
- Piloto Helicóptero Batallón de Helicópteros.
- Comandante Pelotón de Rescate Batallón de Helicópteros.
- Piloto e Instructor Batallón de Entrenamiento y Reentrenamiento de Aviación.
- Oficial de Operaciones Brigada de Aviación No. 32.
- Oficial del Operaciones Batallón de Movilidad y maniobras de Aviación No. 5.

- Ejecutivo y Segundo Comandante Batallón de Movilidad y maniobras de Aviación No. 5.
- Miembro del Estado Mayor Dirección Aplicación de Normas de Transparencia del Ejército.

4.3 Es profesional altamente capacitado y experimentado.

4.3.1 Tiene estudios superiores: Es profesional en Ciencias Militares.

4.3.2 Ha realizado más de 125 cursos de profundización y 1 seminario

4.4. Le fueron otorgadas las siguientes condecoraciones y distintivos, nacionales e internacionales por sus méritos:

- Distintivo de Lancero.
- Distintivo de Contraguerrilla.
- Distintivo Paracaidista.
- Distintivo de la Escuela de Armas y Servicios Segunda Categoría.
- Distintivo de la Escuela de Armas y Servicios en el Curso Comando.
- Distintivo Profesor Militar.
- Medalla "San Miguel Arcángel" del Arma de Aviación.
- Medalla "San Miguel Arcángel".
- Medalla por Tiempo de Servicio 15 años
- Orden del Mérito Militar "José María Córdoba" Oficial
- Medalla "Guardia Presidencial".
- Citación Presidencial de la "Victoria Militar".
- Distintivo US ARMY MASTER AVIATOR BADGE.

4.5 Le han sido entregadas más de 149 felicitaciones, en su mayoría por su excelente desempeño profesional.

4.6 En lo referente a las Evaluaciones y Clasificaciones durante su carrera militar ha conseguido las siguientes:

4.6.1 Subteniente:

- Lapso 1999-2000: Lista 3
- Lapso 2000-2001: Lista 3
- Lapso 2001-2002: Lista 2
- Lapso 2002-2003: Lista 2

4.6.2. Teniente

- Lapso 2003-2004: Lista 2
- Lapso 2004-2005: Lista 3
- Lapso 2005-2006: Lista 1
- Lapso 2006-2007: Lista 3

4.6.3 Capitán

- Lapso 2007-2008: Lista 2

- *Lapso 2008-2009: Lista 3*
- *Lapso 2009-2010: Lista 2*
- *Lapso 2010-2011: Lista 2*
- *Lapso 2011-2012: Lista 2*

#### 4.6.4 Mayor

- *Lapso 2012-2013: Lista 3*
- *Lapso 2013-2014: Lista 1*
- *Lapso 2014-2015: Lista 1*
- *Lapso 2015-2016: Lista 1*

4.7 Durante su grado de Mayor obtuvo las siguientes clasificaciones: Periodo 2012-2013: Lista 3 "BUENO". Periodo 2013-2014: Lista 1 "EXCELENTE". Periodo 2014-2015: Lista 1 "EXCELENTE". Y Periodo 2015-2016: Lista 1 "EXCELENTE".

4.8 No registra antecedentes administrativos, penales, disciplinarios o fiscales vigentes.

4.9 Se le consignaron en sus Folios de Vida muchas anotaciones de mérito y conceptos positivos por desempeño en el cargo.

4.10 Ocupa puesto destacado en el escalafón Militar de entre sus compañeros de curso.

Todo lo anterior se corrobora Todo lo anterior se corrobora con la Hoja de Vida de mi mandante que es Anexo No. 3 y sus Folios de Vida Anexo No. 5.

5. Cabe resaltar como en sus periodos Evaluables en el grado de Mayor, fue evaluado específicamente de la siguiente manera:

5.1 Periodo 2012-2013: Lista 3 "BUENO".

Indicadores:

Condiciones Personales: BUENO. Ética Militar: BUENO. Condiciones Profesionales: BUENO. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: BUENO. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

5.2 Periodo 2013-2014: Lista 1 "EXCELENTE".

Indicadores:

Condiciones Personales: MUY BUENO. Ética Militar: BUENO. Condiciones Profesionales: EXCELENTE. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: MUY BUENO. (Anexo No. 5).

5.3 Periodo 2014-2015: Lista 1 "EXCELENTE".

Indicadores:

Condiciones Personales: MUY BUENO. Ética Militar: MUY BUENO. Condiciones Profesionales: EXCELENTE. Ejercicio del Mando: MUY BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

#### 5.4 Periodo 2015-2016: Lista 1 "EXCELENTE"

Indicadores:

Condiciones Personales: EXCELENTE (Sic). Ética Militar: MUY BUENO. Condiciones Profesionales: BUENO. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: MUY BUENO. Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

6. De acuerdo a lo anterior, como Oficial y miembro de las Fuerzas Militares Ejército Nacional mi mandante es destacadísimo profesional con evidentes méritos superiores.

7. En el año 2016 se surtió un ilegal proceso de selección de Oficiales al Curso de Estado Mayor, curso éste que es requisito para ascender al grado de Teniente Coronel de acuerdo al 68 del Decreto 1790 de 2000, no siendo seleccionado mi mandante, motivo por el cual se adelanta acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de esa decisiones bajo el radicado No. 11001-33-42-050-2017-00175-00 en el Juzgado 50 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., ilegalidad que llegó a tal punto de someter ese proceso de selección a la aprobación de una persona ajena al mismo según la Orden No. 020 del 07-03-2016 (Anexo No. 6).

8. La Carrera Militar es una Carrera Administrativa de naturaleza Especial, de raigambre constitucional, originada en el artículo 217 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos Leyes 1790 y 1799 de 2000, principalmente, como se ha aceptado ya en forma uniforme por la Jurisprudencia.

9. El mérito se Evalúa, en la Carrera Militar, bajo las normas del Decreto 1799 de 2000, y él mismo es requisito de permanencia en ésta según se establece textualmente en tal preceptiva: Artículo 4 literal f: "La evaluación como **documento base para la selección del personal** debe reflejar ecuanimidad, entereza y valor ético del evaluador, sin admitir sentimientos de benevolencia, simpatía o animadversión..."; Artículo 5 literal b: "**El proceso de evaluación y clasificación se constituye en herramienta de selección y permanencia**, razón por la cual, es tarea ineludible e indelegable"; y artículo 65: "El ascenso de los clasificados en lista UNO debe producirse antes de los clasificados en lista DOS y el de estos, antes que los clasificados en lista TRES siguiendo los procedimientos señalados por la legislación vigente...".

10. En toda organización, no solo en las Fuerzas Militares, la **estructura de personal tiende a ser piramidal**, es decir que tiene una gran base de trabajadores que se va reduciendo a

medida que se superan los diferentes niveles en orden jerárquico.

11. Ahora bien, afecto al sistema de Carrera Administrativa, como demostración del mérito y la capacidad, **se encuentran los sistemas de Evaluación del personal** que son usados, entre otras cosas, para determinar la permanencia en los cargos, y es éste el que materializa el perfil profesional.

12. Ese **perfil profesional**, entonces, no es caprichoso, sino que es el resultado de las Evaluaciones y Clasificaciones legalmente establecidas para el militar, tal y como lo señalan expresamente los artículos 74, 75 y 76 del Decreto Ley 1799 de 2000, respectivamente: "**DEFINICION (sic). Perfil profesional es el conjunto de condiciones éticas, profesionales, conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes que debe poseer el Militar con el fin de lograr un comportamiento adecuado y un eficiente desempeño profesional para ocupar un determinado cargo. La presencia constante y desarrollo del perfil profesional constituye el desempeño profesional...**", "**...DESEMPEÑO PROFESIONAL BASICO (sic). El personal clasificado en listas UNO, DOS ó TRES, se considera que reúne las condiciones del desempeño profesional básico para pertenecer a las Fuerzas Militares...**" y "**...DEFINICION (sic). Los indicadores son un conjunto de factores que señalan las condiciones personales y profesionales, objeto de evaluación en los Oficiales y Suboficiales. Los indicadores serán definidos ponderados y graduados en la forma que señale el Comando General de las Fuerzas Militares...**".

13. La Disposición No. 039 de 2003 del Comando General de las Fuerzas Militares (Anexo No. 7) reglamentó lo concerniente a la especificidad de las Evaluaciones del personal Militar regido por el Decreto 1799 de 2000 y definió los indicadores propios del sistema de Evaluación y Clasificación para éste personal.

14. Con Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 suscrita por el Ministro de Defensa Nacional (Anexo No. 2) se retiró del servicio activo por la causal "Por llamamiento a Calificar servicios" a mi mandante, motivando esa decisión administrativa de manera general en la naturaleza de la causal de retiro, discrecional, y el requisito objetivo para su procedencia que es tener el tiempo de servicio para ser titular de asignación de retiro, dejado en claro que la determinación debe propender por el mejoramiento del servicio "... Que la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, corresponde a una facultad que se ejerce en pro del servicio por conveniencia del mismo y de la administración pública..." en lo cual nada motiva pero trayendo a colación que sin embargo ello no puede conducir a que esa figura se utilice como una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo...".

15. Mi mandante siempre gozó del aprecio, la confianza y el mérito suficiente para permanecer en servicio activo, así lo dieron a conocer sus propios superiores en los conceptos profesionales elevados (Anexos No. 8 y 9) y se itera en el Folio de Vida correspondiente a su último periodo evaluable antes del retiro.

16. Lo cierto del caso es que el motivo de las necesidades del servicio y la finalidad del mejoramiento de éste, NUNCA fueron considerados a efectos de retirar a mi mandante del servicio activo, esto es que, a pesar de tratarse de una facultad discrecional, la misma se ejerció de manera arbitraria y caprichosa, es decir desproporcionada e irracionalmente, como se ha determinado por los hechos relacionados que no dejan duda de que el acto administrativo cuestionado, es nulo por ilegal, falsamente motivado y que constituyen una desviación de poder, por lo que se encuentra inmerso en causales de nulidad según los artículos 137 y 138 del C.P.A. y C.A.

17. Tan evidente fue la desviación de poder, falsa motivación e ilegalidad de la actuación de la administración en el presente evento que su comportamiento frente al suministro de la información requerida para ejercer la defensa de los derechos de mi poderdante, es otro hecho indicador claro de ello, al pretender ocultar aspectos relevantes, teniendo la carga dinámica de la prueba, ya que, aún ante la petición de documentos (Anexos No. 10 y 11) y a pesar de haber ocurrido el silencio administrativo positivo, no fue posible obtener la documentación petitionada por lo que hubo que acudir a la acción de tutela (Anexo No. 12).

18. Siendo mi mandante un brillante Oficial, de los mejores clasificados de entre su curso, no resulta aceptable que, con interpretaciones contrarias a la Ley y a la realidad, con intereses ocultos de tipo individual, subjetivo, caprichoso y arbitrario, se le haya retirado del servicio activo, puesto que si de mantener en servicio activo a los mejores para cumplir eficientemente la misión del Ejército Nacional, se trata conforme a las necesidades e intereses públicos, no puede explicarse como se desechó, sin razón alguna, menos aún válida legalmente, a un Oficial que cumple a cabalidad con los requisitos para su permanencia, y que si se mantenga en servicio a otros Oficiales Evaluados y Clasificados por debajo de mi mandante, es decir con menor mérito.

19. La consecuencia natural de la nulidad pedida es el restablecimiento del derecho, el cual consiste en:

19.1 El reintegro de mi poderdante al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.

19.2 El ascenso del demandante al grado de Teniente Coronel, el cual deberá ocurrir en forma inmediata con el reintegro al servicio activo y retroactivamente a diciembre de 2017 cuando ascendieron a ese grado sus compañeros de curso, conservando la antigüedad y orden en el escalafón que le corresponde; y a los grados militares subsiguientes de acuerdo al tiempo de servicio que le corresponda al momento del reintegro.

19.3 El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, subsidios, primas, etc., y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su

*retiro, desde la fecha en que fue retirado hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superior, debidamente indexados y actualizados, sumas que no son incompatibles con la asignación de retiro devengada.*

*19.4 El reconocimiento de la inexistencia de solución de continuidad entre la fecha de retiro y aquella en la que se materialice el reintegro.*

*20. Igualmente, la decisión administrativa mencionada ha causado daños antijurídicos a mi poderdante los cuales también debe ser indemnizados de acuerdo al artículo 138 del C.P.A. y C.A.*

*21. Al momento del retiro mi mandante se desempeña como Miembro Estado Mayor de la Dirección de Aplicación de Normas de Transparencia del Ejército Nacional con sede en la Ciudad de Bogotá D.C. Departamento de Cundinamarca (Anexo No. 3).*

*22. Al momento del retiro mi mandante devengaba la suma de \$4.761.072 (Anexo No. 13).*

*23. El demandante me ha conferido poder (Anexo No. 1) y se ha suscrito contrato de prestación de servicios (Anexo No. 14).*

*24. Igualmente, se ha agotado el requisito de procedibilidad como aparece en la constancia Anexo No. 15" (fols. 217 a 224).*

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>1</sup>**

Como normas violadas la parte demandante señala los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 25, 29, 53, 83, 123, 209 y 217 de la Constitución Política, artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 literal a) numeral 3, 103 del Decreto 1790 de 2000, 3º, 4º, 5º, 53, 64 y 65 del Decreto 1799 de 2000, 1º, 3º y 44 de la Ley 1437 de 2011.

En el concepto de violación, visto a folios 226 a 248 del expediente, indicó que el acto administrativo por el cual se produjo el retiro del servicio es arbitrario porque no fue expedido con fundamento en la protección al interés general, sino que obedeció a intereses individuales contrarias al servicio público, impidiéndole al actor continuar con la carrera militar.

Frente a la Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017 propuso los cargos de violación a las normas en que debía fundarse, expedición irregular, falsa motivación, violación del debido proceso y derecho de defensa, desviación de

<sup>1</sup> Fols. 226 a 248

poder, argumentó que mediante el Acta No. 6 de 1º de junio de 2016 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares al parecer recomendó el retiro del actor por la causal de llamamiento a calificar servicios por haber cumplido el tiempo para el derecho a la asignación de retiro, sin considerar ningún aspecto objetivo como el mejoramiento del servicio.

Agregó que la recomendación de su retiro del servicio desconoció la hoja de vida, los resultados contenidos en los documentos de evaluación y clasificación que ha obtenido en el transcurso de la carrera militar y la idoneidad para permanecer en el ejército nacional.

Destacó que facultad discrecional del retiro en la modalidad de llamamiento a calificar servicios no fue razonable ni proporcional, toda vez que el mejoramiento y necesidades del servicio no se demostraron.

Concluyó que la entidad incurrió en desviación de poder, en cuanto ignoró sus logros profesionales y militares que condujeron a satisfacer los objetivos institucionales.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que no están llamadas a prosperar, habida cuenta que el acto administrativo acusado se ajustó a derecho y tuvo origen en aspectos especiales de índole institucional que irradia la carrera militar necesarios para garantizar el cabal cumplimiento de la misión asignada a la entidad.

Afirmó que 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 contemplados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 es decir, 15 años de servicio, aspecto que cumplió el demandante.

Adujo que el reconocimiento de los ascensos supone una serie de presupuestos que solo se cumplirían si el actor se encontrara en servicio activo.

---

<sup>2</sup> Fols. 268 a 288



Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda en razón a que no existen fundamentos de hecho o de derecho que demuestren que existió desviación de poder o expedición irregular del acto y condenar en costas a la parte demandante.

Por último, expuso que si en las Fuerzas Militares no se pudiera retirar del servicio a nadie no se cumpliría con las jerarquías que la caracterizan, en razón a que el tránsito a una pirámide jerárquica de por sí conlleva, de manera implícita que los miembros de las mismas se deban retirar en la medida en que se acercan a la cúspide, permitiendo que solo algunos lleguen a ciertos grados.

### TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada para reparto el 1º de marzo de 2018<sup>3</sup>, por auto de 9 de marzo de 2018<sup>4</sup>, el proceso fue admitido, notificándose al Ministro de Defensa Nacional, al Comandante del Ejército Nacional y al Procurador Judicial Delegado para este Despacho, mediante correo electrónico enviado el 10 de abril de 2018, con acuse de recibido de la misma fecha<sup>5</sup>.

Mediante memorial radicado el 3 de julio de 2018, la entidad contestó la demanda y propuso excepciones, las cuales, fueron fijadas en lista el 18 de julio de 2018<sup>6</sup>, frente a las cuales la parte actora hiciera pronunciamiento al respecto, para luego, el 15 de marzo de 2019, fijar fecha para de audiencia inicial<sup>7</sup>, la cual fue celebrada el 2 de abril de 2019 quedando en la etapa de pruebas<sup>8</sup>.

Posteriormente, en la audiencia de 21 de mayo 2019<sup>9</sup>, se recaudó el acervo probatorio decretado, y en audiencia de 3 de julio de 2019<sup>10</sup> se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto, señalando que la sentencia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 será proferida por escrito.

<sup>3</sup> Fol. 257

<sup>4</sup> Fol. 259

<sup>5</sup> Fols. 262 a 264

<sup>6</sup> Fol. 327

<sup>7</sup> Fol. 404

<sup>8</sup> Fols. 406 a 409

<sup>9</sup> Fols. 428 a 429

<sup>10</sup> Fols. 451 a 453

### 1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante señaló<sup>11</sup>, que la motivación del acto administrativo que dispuso el retiro del servicio se muestra ilegal, desproporcionada e irracional truncando la vida profesional de un oficial de excelencia y de altísimas calidades, en razón a que solo tuvo en cuenta la existencia del requisito objetivo del derecho a percibir una asignación de retiro y no en el mejoramiento del servicio.

La apoderada de la parte demandada, presentó su alegato de conclusión<sup>12</sup>, en el sentido de precisar que los hechos y circunstancias alegados por el actor no se encuentran debidamente probados, toda vez que el retiro del servicio se hizo conforme a los parámetros constitucionales y legales, así como con observancia de la normativa pertinente al interior de la institución para el caso concreto.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### CONSIDERACIONES:

#### ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, mediante la cual, el **MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL** retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en forma temporal con pase a reserva por "Llamamiento a calificar servicios" al demandante Mayor **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**.

#### PROBLEMA JURÍDICO

En la audiencia inicial celebrada el 2 de abril de 2019<sup>13</sup>, se fijó el litigio en los siguientes términos: "*Se debe determinar si el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, tiene derecho a ser reintegrado al Ejército Nacional. En caso afirmativo, si tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones*

<sup>11</sup> Fols. 455 a 470

<sup>12</sup> Fols 471 a 480

<sup>13</sup> Fols. 406 a 409

*sociales dejadas de percibir desde la fecha de retiro hasta la fecha del reintegro efectivo, con la antigüedad del curso que hacía parte. Igualmente si se debe condenar a la demandada a reparar el daño causado con la expedición del acto demandado, ordenando su indemnización".*

### HECHOS DEMOSTRADOS

Con el recaudo probatorio, se lograron establecer los siguientes hechos:

1. Del extracto de hoja de vida, se establece que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, ingresó al Ejército Nacional el 1º de diciembre de 1999 y fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios el 31 de julio de 2017, acumulando un tiempo de servicios de 21 años, 9 meses y 11 días (fols. 316).
2. Del certificado laboral expedido por el Oficial Sección de Atención al Usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional DIPER, se establece, que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, se incorporó en calidad de Alumno Oficial al servicio del Ejército Nacional el 19 de enero de 1996 hasta el 31 de noviembre de 1999, posteriormente, entre el 1º de diciembre de 1999 al 31 de julio de 2017, ostentó el grado de Oficial, habiendo sido retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios, con derecho a 3 meses de alta comprendidos entre el 31 de julio al 31 de octubre de 2017 (fol. 326).
3. Extracto del folio de vida y evaluaciones y concepto de idoneidad profesional del Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** (fols. 14 a 174 y 196 y 197).
4. Mediante Acta No. 42176 de 12 de octubre de 2016 el Comité Evaluador del personal de Oficiales no consideró llamar al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, para curso "CEM 2017" (fols. 299 y 300).
5. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión del 1º de junio de 2017, registrada en el acta 06, recomendó el retiro del servicio del demandante Mayor (r) **JUAN PABLO**

**CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 308 a 311 vto.).

6. Mediante Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, el Ministro de Defensa Nacional, retiró del servicio activo, al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 312 a 313 vto.).

### III. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO OBJETO DE ESTUDIO

#### RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - EJÉRCITO NACIONAL - POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 578 de 2000 expidió el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000, "Por el cual se modifican el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", dispuso con relación al retiro del servicio, lo siguiente:

(...)

**ARTÍCULO 2º.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.** *Por medio del presente Decreto se regula el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares."*

(...)

#### DEL RETIRO

**"ARTÍCULO 99.-** *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.*

**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:*

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 el artículo 102 de este decreto.*
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 periodo 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.*

(...)

**ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS<sup>14</sup>**  
*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 Ley 1104 del 13 de diciembre de 2006 "Por medio de la cual se modifican artículos del Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Militares", dispuso en cuanto a las causales de retiro del servicio y el retiro por llamamiento a calificar servicios, lo siguiente:

**\*ARTÍCULO 24. El artículo 100 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:**

<sup>14</sup> El artículo fue modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006.

**ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL 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:

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.

**ARTÍCULO 25.** El artículo 103 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:

**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.". (Destaca el Despacho)

De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que dentro de las causales para efectuar la desvinculación del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, está la concerniente al retiro temporal, con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios, situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, es retirado del servicio, siempre y cuando se cumplan los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, y previa recomendación por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

## DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

Ahora bien, con relación a la discrecionalidad de las decisiones de retiro del personal de la Fuerza Pública y en especial la causal denominada "llamamiento a calificar servicios", se entiende por éste, una situación que corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad.

La potestad obedece al ejercicio de una facultad autorizada por el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública.

El retiro del servicio por llamamiento a calificar, es un instrumento institucional de relevo dentro de la línea de jerarquía, en donde 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.

La facultad discrecional 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.

El Gobierno Nacional tienen la facultad de retirar del servicio activo a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares por la causal de llamamiento a calificar servicios, sin que sea necesario explicitar de otro modo sus móviles, estas decisiones se asumen como proferidas en ejercicio de sus potestades y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público.

Por tanto, se presumen ajustadas a la normatividad, a menos que se demuestre conforme al inciso 2º del artículo 137 del CPACA, que se contravinieron las normas en que deberían fundarse o fueron expedidas irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. No obstante, corresponde a la parte demandante en esos eventos demostrar las violaciones normativas causadas.

## DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

Los actos discrecionales no requieren motivación expresa alguna y es precisamente a quien alega que no se siguieron los principios de racionalidad y razonabilidad en los fines de la decisión de la administración, quienes deben probarlo dentro del proceso la transgresión a la Ley, para que pueda ser anulada, porque las decisiones se presumen legales.

Respecto a la motivación de los actos administrativos, a través de los cuales se retira del servicio al personal de las Fuerza Pública, la Corte Constitucional<sup>15</sup> ha manifestado que:

"(...)

*En cuanto la exigencia de "motivación" frente a ambas figuras, en el caso del **llamamiento a calificar servicios** está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro.*

(...)

*En síntesis, la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto. Para lo cual, se deben observar dos requisitos: 1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), (...)"*

La misma Corporación, decidió aplicar el precedente jurisprudencial de la providencia citada anteriormente, para lo cual concluyó<sup>16</sup>:

*"En conclusión, la sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extratextual contemplada en las normas sobre la materia. Así, no se le impone una carga excesiva a la administración, se promueve la necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial.*

<sup>15</sup> C. Const., Sent. SU-091, feb. 25/ 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>16</sup> C. Const., Sent. SU-217 abril. 28/ 2016, M.P. Gloria Stelia Ortiz Delgado.



(...)

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

De conformidad con la jurisprudencia expuesta, se logra concluir que la motivación está incluida en la ley de tal forma, que si se cumple con los requisitos de un tiempo de servicio que lo haga acreedor a una asignación de retiro y la existencia de una recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, se entenderá que el acto administrativo se encuentra plenamente motivado.

#### **FINALIDADES DE LA POTESTAD DISCRECIONAL**

La facultad discrecional debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley.

Al respecto el artículo 44 del CPACA., prescribe como condición de expedición de toda decisión discrecional lo siguiente:

**"ARTICULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES.** *En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general*

*o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."*

De conformidad con lo expuesto la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.

De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como el caso de la Fuerza Pública, es el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL RETIRO DEL SERVICIO EN VIRTUD DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>17</sup> en varias oportunidades, ha sido reiterativa en indicar que: **i)** el acto en el cual se dispone el retiro del servicio por llamamiento calificar servicios, no requiere motivación porque se presume en aras del buen servicio, sin embargo, quien pretenda demostrar lo contrario le corresponde la carga de la prueba, si considera que el retiro se ordenó por circunstancias diferentes, **ii)** el retiro del servicio, por dicha causal, debe estar precedido de los requisitos contemplados en la Decreto 1790 de 2000, es decir, la existencia previa del concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y que el afectado con esa decisión cumpla el tiempo de servicio requerido para ser beneficiario de la asignación de retiro, y **iii)** además, el buen desempeño en el cargo y la prestación eficiente del servicio no otorgan fuero de estabilidad. Se destaca:

*"Es decir, este Cuerpo Colegiado rectificó su posición, respecto de la asumida en algunas de decisiones de tutela, en que sostenía que para aplicar la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios no basta aducir que el funcionario cumple los requisitos para adquirir la asignación de retiro, pues dicho postulado es el que permite a la autoridad competente hacer uso de la facultad discrecional. En efecto, Esta potestad « [...] al igual que la de llamamiento a curso y cambio de fuerza, es*

<sup>17</sup> Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado, con ponencia del M.P. Carmelo Perdomo Cueter, en sentencia del 4 de mayo de 2017, radicado número: 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14).

constitucional cuando se motiva de acuerdo a los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad, para lo cual poseen diversos elementos de evaluación».

(...)

Por su parte, esta Subsección, en fallo de tutela de 7 de abril de 2016,<sup>18</sup> afirmó que los actos administrativos por los cuales se retira a un oficial por llamamiento a calificar servicios no requieren de una motivación distinta de la de 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. Dice el fallo en algunos de sus apartes:

(...)

Así las cosas, se ha de recordar que el artículo 3.º de la Ley 857 de 2003 establece que «El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro», que, conforme al artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, se exige como mínimo 18 años de prestación de servicios; por ello, la accionante, según se desprende de su hoja de vida,<sup>19</sup> cuando se expidió el citado Decreto 754 de 2012,<sup>20</sup> previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, por medio de acta 2 de 2012, ya contaba con más de 18 años de servicios (20 años, 8 meses, 27 días), y, por ende, era viable su retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios. En estas determinaciones, como lo invoca la actora, el buen desempeño no garantiza al servidor público por sí solo prerrogativa de permanencia en el cargo que desempeña ni limita la potestad discrecional, pues lo normal es el cumplimiento del deber.»

Posteriormente la misma Corporación señaló<sup>18</sup>:

“(...) Tal como lo estableció al a quo y la agente del Ministerio Público mediante el concepto rendido. No puede el demandante decir que por el solo hecho de estar incurso en un proceso disciplinario fue ese motivo principal para que la Institución Policial lo retirara del servicio activo por llamamiento a calificar servicios sin pruebas fehacientes y contundentes que demuestren esa desviación del poder que él predica en la demanda y en los recursos interpuestos en este proceso. Es importante aclarar que esta figura jurídica no es un castigo sino una manera natural de salir de las fuerzas armadas que permiten la renovación de su personal, garantizándole su subsistencia a los sujetos que se les aplica, cuando ya no estén en el ejercicio de sus funciones.

(...)

**En ese orden, se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio,**

<sup>18</sup> Sección Segunda Subsección “A” del Consejo de Estado, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, en sentencia del 13 de septiembre de 2018, radicado No. 25000-23-25-000-2010-01134-01 (0866-14).

*los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley.*

*(...)*

*Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha insistido que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba, cuestión que no se dio en este asunto. Tal como se dijo, lo manifestó tanto al a quo como la Agente del Ministerio Público. (...)" (Destacado por el Juzgado)*

En ese orden de ideas, se concluye que el retiro del servicio activo de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, es un acto discrecional que tiene pleno respaldo constitucional y legal, pero esa discrecionalidad no es absoluta, pues se deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se deben sustentar en cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública, es decir, este tipo de actos administrativos se presume que fueron expedidos con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio<sup>19</sup>.

## DEL CASO CONCRETO

### HECHOS PROBADOS:

De las pruebas recaudadas y los antecedentes administrativos aportados legal y oportunamente al expediente, se logra establecer:

Del extracto de hoja de vida, se establece que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, ingresó al Ejército Nacional el 1º de diciembre de 1999 y fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios el 31 de julio de 2017, acumulando un tiempo de servicios de 21 años, 9 meses y 11 días (fols. 316).

Del certificado laboral expedido por el Oficial Sección de Atención al Usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional DIPER, se establece, que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, se incorporó en calidad de Alumno Oficial al servicio del Ejército Nacional el 19 de enero de 1996

<sup>19</sup> C.E. Sec. Segunda Sub B, Sent.05001-23-31-000-1999-02281-02, ene.19/2017. M.P. César Palomino Cortes.

hasta el 31 de noviembre de 1999, posteriormente, entre el 1º de diciembre de 1999 al 31 de julio de 2017, ostentó el grado de Oficial, habiendo sido retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios, con derecho a 3 meses de alta comprendidos entre el 31 de julio al 31 de octubre de 2017 (fol. 326).

Mediante Acta No. 42176 de 12 de octubre de 2016 el Comité Evaluador del personal de Oficiales no consideró llamar al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, para curso "CEM 2017" (fols. 299 y 300).

La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión del 1º de junio de 2017, registrada en el acta 06, recomendó el retiro del servicio del demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 308 a 311 vto.).

Mediante Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, el Ministro de Defensa Nacional, retiró del servicio activo, al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 312 a 313 vltto.)

## **ANÁLISIS DE LOS CARGOS PROPUESTOS**

### **VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE Y EXPEDICIÓN IRREGULAR**

Alega el demandante, que el acta No. 42176 del 12 de octubre de 2016, emanada de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual, se recomendó el retiro del demandante, carece de razones que permitan establecer que obedeció al mejoramiento del servicio.

En relación a las causales de nulidad de los actos administrativos, dentro de las que se incluye la expedición en forma irregular el artículo 137 del CPACA establece que consiste en que el acto administrativo se libró sin tener en cuenta un procedimiento determinado, referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos.

Al respecto de la expedición irregular del acto administrativo el Consejo de Estado<sup>20</sup> ha señalado que se configura en los siguientes términos:

*"La irregularidad en la expedición del acto se da cuando se omiten formalidades sustanciales en la producción del mismo. En la expedición irregular del acto, la autoridad administrativa que lo expide tiene plena facultad para proferirlo. El vicio que genera la nulidad está, en que se transgreden los requisitos de procedimiento para expedirlo, los cuales son condición esencial para su validez. Toda actuación administrativa, que culmina con la toma de una decisión que se refleja en un acto administrativo, obedece a un trámite específico y predeterminado, fijado a través de un acto administrativo o de una disposición legal, que si no se cumple en aspectos sustanciales, genera la causal de nulidad materia de estudio. Es preciso aclarar, que el vicio de expedición irregular del acto obedece a irregularidades en el procedimiento administrativo, es decir, en la actuación de la administración y en cuanto a la forma que lo contiene.*

*Entre estos requisitos obvios y comunes están la fecha, nombre del órgano, firma del funcionario, la motivación si es expresa, el cumplimiento de trámites, necesarios como solicitud de conceptos, dictámenes, estudios previos, publicación de la solicitud o del inicio de la actuación administrativa, citaciones a terceros, etc.*

*(...)*

*En relación con el procedimiento para su expedición, una vez establecido por el ordenamiento jurídico, debe ser estrictamente observado, ya que si bien las autoridades administrativas han sido dotadas de ciertas competencias para producir decisiones obligatorias en los distintos ámbitos de sus actuaciones, dichas decisiones, que son la finalidad a la que apunta su actuación, deben producirse mediante un camino predeterminado por la ley." (Negrita del Despacho).*

Conforme a las normas aplicables al caso y la jurisprudencia, el acto administrativo por medio del cual se decide llamar a calificar servicios a un Oficial de las Fuerzas Militares no requiere motivación expresa, no obstante, esta causal está constituida por dos requisitos materiales: (i) que el actor tenga derecho a una asignación de retiro, (ii) que exista la recomendación previa por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el caso de los Oficiales.

Verificado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, quedó consignado que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional

<sup>20</sup> Sección Segunda, Subsección B, Sentencia No. 11001-03-25-000-2017-00212-00, de 31 de mayo de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

para las Fuerzas Militares, por medio del Acta No. 6 del 1° de junio de 2017 recomendó el retiro del servicio del actor, por llamamiento a calificar servicios, situación que permite concluir que la administración efectivamente al momento de proferir el acto de retiro del servicio contaba con dicho concepto, es decir, la administración realizó el estudio de su hoja de vida para efectos de tomar la decisión de no recomendarlo y al revisar el material probatorio que obra en el proceso se encuentra que el Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, cumple con el requisito referente al tiempo mínimo para tener derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, pues acumuló 21 años, 9 meses y 11 días.

Por lo anterior, es claro no tiene vocación de prosperidad el cargo de violación de las normas en que debía fundarse y expedición irregular del acto acusado, pues el acto administrativo fue emitido en cumplimiento de los requisitos formales, es decir, con la existencia de la recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

#### **RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**

Frente a la razonabilidad y proporcionalidad que deben acompañar al Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares para recomendar un retiro del servicio y al acto administrativo que materializa tal decisión, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, sobre la carga de la prueba expresa que, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, de tal suerte que si el demandante pretende desvirtuar tales presupuestos, le asiste el deber legal de probar los supuestos de hecho, so pena de negar las pretensiones de la demanda.

Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto, pues es

deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa.

### DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

En lo relativo al cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa con fundamento en que el ejercicio de la facultad de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos y de los cuales no se conoció sus resultados, el mismo, no se encuentra llamado a prosperar, habida cuenta que revisado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 se observa que se expidió única y exclusivamente en cumplimiento de lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5° de la Ley 1792 de 2016) literal a), numeral 3° y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por los artículos 25 de la Ley 1104 de 2006, normativa que solo exige cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, supuestos que se satisfacen en el caso concreto.

### FALSA MOTIVACIÓN

Ahora bien, como se indicó anteriormente, en el Acta No. 06 del 1° de junio de 2017, por medio de la cual se recomendó el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios del Mayor **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** y la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, por la cual se hizo efectivo el retiro del servicio del demandante, se fundamentaron en los artículos 100 (modificado por el artículo 5° de la Ley 1792 de 2016) literal a) numeral 3° y 103 del Decreto 1790 de 2000, modificados por los artículos 24<sup>21</sup>, y 25<sup>22</sup> de la Ley 1104 de 2006.

<sup>21</sup> **ARTÍCULO 24.** El artículo 100 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:

**Artículo 100.** Causales del 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:

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 (...).

<sup>22</sup> **ARTÍCULO 25.** El artículo 103 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:



Igualmente, las normas en cita, no exigen que se deba motivar expresamente el acta de recomendación de retiro de la Junta de Asesora, como lo argumenta la parte demandante. Mucho menos que se debe motivar expresamente el acto administrativo discrecional de retiro del servicio, pues por su naturaleza, dicho acto discrecional si bien, tiene una motivación, como lo es la buena prestación del servicio, la misma es tácita y no expresa.

Así las cosas, el acto administrativo a través del cual se llama a calificar servicios a miembros de la Fuerza Pública, tiene su motivación en lo estipulado por la ley, es decir, que sí se cumple con los requisitos de un tiempo mínimo en el servicio y que ese tiempo lo haga merecedor a una asignación de retiro (motivación extra textual sentencia SU 091 de 2016 de la Corte Constitucional), por eso, podrá entenderse que el acto administrativo está debidamente motivado. En el caso bajo estudio se reitera que estos requisitos se cumplieron a cabalidad, como quiera que el demandante **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** prestó sus servicios durante un lapso superior a 21 años, como se puede constatar en su hoja de vida<sup>23</sup>, haciéndose acreedor a una asignación por retiro.

### DESVIACIÓN DE PODER

Finalmente, estima la parte demandante que la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 adolece de nulidad por desviación de poder,<sup>24</sup> en cuanto, se desconoció la trayectoria profesional del demandante y la ausencia de procesos penales, disciplinarios, por lo que con su retiro, no se presenta una mejora en la prestación del servicio.

Sobre la prestación del servicio y en consideración a que las documentales aportadas con la demanda (extracto hoja de servicio, copia del folio de vida, evaluaciones de desempeño en el cargo, acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017), no resultan suficientes para demostrar la desviación de poder, se hace necesario acudir a las pruebas testimoniales, así:

*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" (Negrilla fuera de texto).*

<sup>23</sup> Fol. 443

<sup>24</sup> Fol.

**El testigo BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS:**

**"(...) PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si conoce al Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**. En caso afirmativo hace cuánto y por qué lo conoció. **CONTESTÓ:** Si, lo conocí como militar activo, ambos siendo subtenientes en 1999. Coincidimos en una unidad en un retrenamiento y posteriormente ambos fuimos pasados a la especialidad de aviación y trabajamos más de 15 años juntos como miembros de la aviación del ejército. Todo el tiempo fui superior Jerárquico (...) pero mando directo sobre el no lo tuve. **PREGUNTADO:** Informe al Despacho si usted tuvo conocimiento de la desvinculación del servicio del Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**. **CONTESTÓ:** si tuve conocimiento (...), cuando lo llamaron a calificar servicios, lo supe por él mismo y porque se envían las resoluciones de baja por lo correos institucionales (...). **PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si laboró con el Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**. **CONTESTÓ:** si laboramos juntos como miembros del equipo de combate (...) en el 2003 y 2008, también como miembros de entrenamiento de aviación (...) dictábamos clase de instrumentos y dábamos instrucción de instrumentos en el simulador de vuelo (...) en la base de la Fuerza Aérea que está en Melgar. Al momento del retiro nos encontrábamos en la misma guarnición en Bogotá, pero no laborábamos en la misma unidad. **PREGUNTADO:** Indique si tiene conocimiento, si el Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, durante su vinculación laboral al Ejército Nacional, cumplía con las funciones atribuidas a su cargo, así como cuáles eran sus calidades y cualidades profesionales. **CONTESTÓ:** en el momento de la desvinculación sé que él trabajaba en el Departamento (...) del Comando del Ejército en el CAN, estando ahí fue que le llegó la desvinculación, su cargo en el momento específico del retiro no lo conozco, pero sé que trabajaba en esa dependencia. En cuanto a las calidades profesionales y personales si las conozco (...) es una persona muy honesta, buen amigo siempre entregado a su trabajo de una manera pulcra, fue muy profesional en la manera en que desarrolló sus deberes. **PREGUNTADO:** De conformidad con sus anteriores respuestas, realice un relato sucinto de los hechos que le consten, con relación al desempeño laboral del Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, explique si fue destacado por su compromiso institucional y si por razón del cargo o funciones se reunía con él. **CONTESTÓ:** Fui testigo de su trabajo, en el momento en que trabajamos juntos en la misma unidad (...), él manejaba los relevos de tripulaciones y siempre lo hizo de una manera decorosa. También trabaje con el (...) dictando instrucción de teórica y en vuelo y de vuelo por instrumentos, siempre me pareció una persona muy profesional, muy dedicada a su trabajo, preocupado por sus alumnos, muy pulcro en el cumplimiento del deber. **PREGUNTADO:** En este estado se le dan a conocer al declarante, en forma sucinta los hechos materia de prueba en este proceso relacionados con el retiro del servicio del demandante Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** durante su vinculación al Ejército Nacional, para que si le consta algo sobre ellos, se sirva contar todo lo que sepa al respecto. **CONTESTÓ:** en cuanto a los hechos de su retiro sé que fue por llamamiento a calificar

495

servicios, muy probablemente la razón haya sido que no fue considerado para adelantar el curso de Estado Mayor, el cual es requisito sine qua non para ascender al grado inmediatamente superior que era teniente coronel. (...) No tengo conocimiento de persecución o discriminación. **PREGUNTADO:** Manifiesta al Despacho si en el Ejército Nacional es común que las personas no ascendidas al grado inmediatamente superior y no presenten su solicitud voluntaria de retiro sean retiradas con llamamiento a calificar servicios. **CONTESTÓ:** es lo normal, cuando la persona no asciende el tiempo ya es potestativo de la fuerza se llama a calificar servicios. **PREGUNTADO:** Manifieste que proyección institucional tenía el Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** en el Ejército Nacional. **CONTESTÓ:** Teniendo en cuenta las capacidades él podría fácilmente haberse desempeñado en cualquier cargo que le hubiera colocado el Ejército Nacional y seguir su carrera, sé que lo hubiera desempeñado con lujo de detalles. **PREGUNTADO:** Dígame al Despacho si el señor **CÉSPEDES CORONADO** realizó durante su carrera militar algún tipo de aporte que pueda calificarse como excepcional al arma de aviación del Ejército, algún aporte significativo o resaltante frente a los demás oficiales. **CONTESTÓ:** Dentro de la parte doctrinaria sé que fue quien inició el proyecto del manual de vuelo por instrumento del Ejército, el cual se encuentra matriculado el cual se encuentra en proceso, en la escuela de aviación aún figura el nombre de él por ser el ponente, está pendiente su aprobación. (...) Ese documento alimentaría la parte de estandarización del vuelo y subiría los niveles de seguridad operacional cuando se está volando en esa condición de vuelo (...)" (CD fol. 427 y 429).

#### Declaración del testigo YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO:

**"PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si conoce al Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, en caso afirmativo señale cuánto hace y por qué lo conoció. **CONTESTÓ:** Si lo conozco, hace aproximadamente 3 años, porque trabajé con él cuando él se desempeñó como ejecutivo del Batallón de Movilidad y Maniobra de Aviación No. 5. Yo fui su superior jerárquico cuando era Comandante Ejecutivo del mismo Batallón en el último año de su servicio. **PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si usted tuvo conocimiento de la desvinculación del servicio del Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, en caso afirmativo cómo supo tal hecho. **CONTESTÓ:** Si supe cuando fue retirado, el mismo me manifestó que no lo habían llamado a curso y posterior le habían dado el retiro. **PREGUNTADO:** Indique si tiene conocimiento, si el Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, durante su vinculación laboral al Ejército Nacional, cumplía con las funciones atribuidas a su cargo, así como cuáles eran sus calidades y cualidades profesionales. **CONTESTÓ:** Durante el año que trabajé con él no tuvo ningún inconveniente, cumplió sus funciones como ejecutivo, no tuve ninguna queja de su desempeño como segundo mío. Él era un hombre trabajador, con sus principios morales y éticos definidos, durante su desempeño (...) fue excelente, no tengo reparos. **PREGUNTADO:** De conformidad con sus anteriores respuestas, realice un relato sucinto de los hechos que le consten, con relación al desempeño laboral del Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, explique si fue destacado por su compromiso

institucional y si por razón del cargo o funciones se reunía con él. **CONTESTÓ:** su trabajo fue bueno y por razones del trabajo hacíamos por lo menos una reunión semanalmente. El trabajo fue bueno y de hecho el concepto que yo emití ese año para ascenso fue positivo porque (...) siempre mostró pertenencia por lo que hacía. **PREGUNTADO:** En este estado se le dan a conocer al declarante, en forma sucinta los hechos materia de prueba en este proceso relacionados con el retiro del servicio del demandante Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, durante su vinculación al Ejército Nacional, para que si le consta algo sobre ellos, se sirva contar todo lo que sepa al respecto. **CONTESTÓ:** No sé, no puedo precisar porque se hizo, yo no hice parte del comité que lo evaluó (...) yo puedo dar fe del tiempo que él trabajó conmigo que fue su último año, de ahí hacia atrás no puedo dar fe como habrá sido el proceso porque no participé en eso. **PREGUNTADO:** Manifiesta al Despacho si en el Ejército Nacional es común que las personas no ascendidas al grado inmediatamente superior y no presenten su solicitud voluntaria de retiro sean retiradas con llamamiento a calificar servicios. **CONTESTÓ:** si eso es normal. **PREGUNTADO:** Manifiesta al Despacho si tuvo conocimiento si el señor **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** tuvo algún inconvenientes con sus compañeros o con sus superiores. **CONTESTÓ:** no tengo conocimiento al respecto. Fue honesta y cumplía con sus funciones propias del cargo y sabía administrar el personal, él siempre tenía la iniciativa para resolver los problemas que se presentaban (CD fol. 427 y 430).

**Declaración del testigo CELIO CÉSPEDES SÁNCHEZ:**

**"PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si conoce al Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, en caso afirmativo señale cuánto hace y por qué lo conoció. **CONTESTÓ:** sí, es mi hijo. **PREGUNTADO:** Informe al Despacho, si usted tuvo conocimiento de la desvinculación del servicio del Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, en caso afirmativo cómo supo tal hecho. **CONTESTÓ:** Supe porque él nos contó y a raíz del ambiente que se formó entre sus compañeros. **PREGUNTADO:** En este estado se le dan a conocer al declarante, en forma sucinta los hechos materia de prueba en este proceso relacionados con el retiro del servicio del demandante Mayor del Ejército Nacional (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, durante su vinculación al Ejército Nacional, para que si le consta algo sobre ellos, se sirva contar todo lo que sepa al respecto. **CONTESTÓ:** Nos tomó por sorpresa el retiro del servicio porque pensábamos que por su hoja, su comportamiento y su manera de ser no se le iba a negar ese llamamiento, pero sucedió y eso nos afectó notoriamente tanto a Juan Pablo como a nosotros la familia, especialmente a la mamá. Juan Pablo tuvo que someterse a un tratamiento psicológico (...), sin embargo a estas alturas ya hemos ido superando toda esa situación y esperamos que se le reconozca y se le dé el grado que merecer por el comportamiento y su actitud durante su servicio. No conozco cual fue la razón por la cual se retiró. Conozco que tiene asignación de retiro. **PREGUNTADO:** Manifiesta al Despacho cuáles eran las ambiciones del señor **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** cuando ingresó al Ejército Nacional. **CONTESTÓ:** La idea que él tenía desde niño era prestar el servicio a la Nación y obtener el mayor grado se pudiera (...) y

contaba con que lo llamaran a hacer curso de grado de Teniente Coronel y mejorar sus ingresos. **PREGUNTADO:** Manifiesta al Despacho cómo fue el comportamiento profesional militar del señor **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** durante su carrera militar. **CONTESTÓ:** De acuerdo con lo que él nos comentó y lo que hablé con algunos de sus Comandantes estaba bien calificado, era una persona honesta y trabajadora. Todas las personas aspiran a tener sus cosas (...), pero entonces quedó con algunas deudas debido a eso, pero se superó con lo que recibió de su pensión" (CD fol. 450 y 451 vlto).

Los relatos de **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS** y **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, si bien contribuyen a establecer el buen desempeño del servicio del demandante con relación a las calidades como militar del demandante por el servicio prestado a la Armada Nacional, dicha situación no le otorga estabilidad en el empleo como se explicó, por cuanto el servicio público de todos los miembros de las Fuerzas Militares debe ser *per-se* excelentes y el demandante en tal sentido, sólo se estaba desempeñando en el cumplimiento propio de las obligaciones que le imponía la labor que desplegaba, más aún del jerárquico que ostentaba el demandante, en una institución como es el Ejército Nacional.

El declarante **CELIO DE JESÚS CÉSPEDES SÁNCHEZ:** Atestiguo en su condición de progenitor del demandante, de la presunta aflicción que sufrió con el retiro del servicio, pero no aportó hecho alguno, del que se pueda colegir la desviación de poder, alegada como cargo en el libelo introductor.

Corolario de lo anterior, el acta 6 de 1º de junio de 2017 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, transcrita en la Resolución 5459 del 31 de julio de 2017, que retiró del servicio al demandante (fols. 3 a 6), se realizó la exposición de motivos que originaron el retiro, aun cuando los mismos no son necesarios, sustentada, entre otros, en los siguientes términos, (i) es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado dentro de la Institución; (ii) el llamamiento es una mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, una herramienta de relevo en pro del mejoramiento del servicio y (iii) facultad del nominador respecto de aquellos uniformados que cumplan los requisitos exigidos para obtener una asignación de retiro, éstos mismos fueron luego reproducidos en el acto de retiro.

En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, existieron motivos que fundaron la decisión de retiro, los cuales, quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como se explicó.

En otras palabras, no se logró probar en el plenario, situación irregular o discriminación alguna que hace alusión el demandante y que demuestre que la misma influyó en la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para el Ejército Nacional para recomendar el retiro del servicio que se acusa, situación necesaria, para acreditar una posible desviación de poder.

Así las cosas, se considera, que al expediente, no se allegaron suficientes elementos de juicio que permitan concluir que el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, no obedeció a los principios de racionalidad y proporcionalidad, así como tampoco ocurrió con violación de normas en que debía fundarse, falsa motivación, expedición irregular, desviación de poder, ni con desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso como se indicó en la demanda.

Luego, en el caso sub examine, la parte demandante, no logró desvirtuar la presunción de legalidad, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

El Despacho no encuentra que la conducta de la parte vencida en este proceso, amerite la imposición de condena en costas y agencias en derecho (no se probaron), en atención a que no fue desvirtuada su buena fe y no adelantó trámites dilatorios.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


**FALLA:**

**PRIMERO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO.-** En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



**KISSY JHOANA SÁENZ CÓRDOBA**  
**JUEZA**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E  
SISTEMA ORAL**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

**SENTENCIA No. 72**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
REFERENCIA:	1100133350192018-00070-02
TEMAS:	RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA QUE NIEGA

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra del fallo de primera instancia proferido el 21 de febrero de 2020, mediante el cual el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA**

**1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, el señor **Juan Pablo Céspedes Coronado** formuló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se accedan a las siguientes pretensiones y condenas (fls. 225 – 226):

“PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 5459 del 31 de Julio de 2017 “Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores el Ejército Nacional” (Anexo No. 2) en lo que concierne al retiro del servicio activo del señor Mayor (RA) JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO, suscrita por el señor Ministro de Defensa Nacional (Que incluye, por ser acto administrativo definitivo, la



nulidad de los actos preparatorios o de ejecución), de acuerdo a lo señalado en esta demanda.

2. Que, como consecuencia de la nulidad mencionada, se ordene el restablecimiento del derecho y a ese título se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a:

2.1. El reintegro del señor Mayor (RA) JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.

2.2. El reintegro del señor Mayor (RA) JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO al servicio activo en el grado en el que fue retirada o en el grado que deba ocupar al momento del reintegro de acuerdo a las normas de carrera militar teniendo presente su derecho ascenso con sus compañeros de curso que ascendieron, y de acuerdo al tiempo de servicio, todo estimado al momento en el que se materialice el reintegro.

2.3. El o los ascenso o ascensos al grado superior o superiores a en él (sic) que fue retirado del servicio activo el señor Mayor (RA) JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que se tenga al momento del reintegro en cada grado por efecto de las normas de carrera con sus compañeros de curso que han ascendido a grados superiores al de Mayor.

2.4. El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, subsidios, primas, etc, y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su retiro, desde el retiro efectivo hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superiores debidamente indexados y actualizados, y la declaración que esas condenas no son incompatibles con la asignación de retiro reconocida al Oficial.

2.5. Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad entre la desvinculación del cargo y grado y el reintegro efectivo en el cargo y grado pertinente.

3. Igualmente, se condene a la demandada a reparar el daño causado con la expedición del acto administrativo demandado, ordenando su indemnización de acuerdo a la tasación efectuada en esta demanda y lo que resulte probado.

(...)"

## 1.2. Hechos de la demanda

- El demandante señaló que ingresó al Ejército Nacional en el grado de Subteniente y ascendió hasta el grado de Mayor prestando sus servicios en el arma de aviación.
- Adujo que durante su actividad militar ejerció cargos que requerían de mucha responsabilidad, fue un profesional capacitado y le fueron otorgadas condecoraciones, distintivos y felicitaciones. De igual forma afirmó que en el grado de Mayor clasificado en lista 3 entre 2012-2013 y en lista 1 (excelente) en los periodos 2013-2014, 2014-2015 y 2015-2016.

- Indicó que mediante Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017 el actor fue retirado por llamamiento a calificar servicios, es decir, por ser titular de una asignación de retiro.

### 1.3. Fundamento normativo y concepto de violación

Como disposiciones vulneradas señaló: los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 123, 209 y 217 de la Constitución Política. Arts. 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000 modificados por la Ley 1104 de 2006. Arts. 3, 4, 5, 53, 64 y 65 del Decreto 1799 de 2000. Arts. 1, 3 y 44 de la Ley 1437 de 2011. Disposición No 039 de 2003.

Como concepto de violación indicó que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por **violación de normas en que debía fundarse**, en la medida que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional recomendó el retiro del demandante por la causal de llamamiento a calificar servicios, bajo el entendido que cumplía los requisitos para adquirir la asignación de retiro, sin embargo, no hace alusión al mejoramiento del servicio. De igual forma indica que la desvinculación del demandante tuvo origen en la decisión de no seleccionarlo al curso de Estado Mayor.

Sostuvo que la decisión de la administración no es razonable, toda vez que no es adecuada a la finalidad del buen servicio, en la medida que no se analizó la hoja de vida del actor, así como tampoco, los resultados y logros en la carrera militar. De igual forma afirmó que su retiro no guarda proporcionalidad, dado que obtuvo clasificaciones excelentes.

Por otra parte, aseguró que le fue **vulnerado el derecho de defensa**, habida cuenta que el procedimiento para retirarlo del servicio se realizó de forma subrepticia, pues nunca le fueron comunicados sus actuaciones.

Alegó que el acto administrativo demandado se encuentra **falsamente motivado**, en la medida que no es cierto que el retiro por llamamiento a calificar servicios se produce solamente con el cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro, dado que también debe tenerse en cuenta elementos subjetivos como, la razonabilidad, proporcionalidad y el mejoramiento del servicio.

Finalmente manifestó que existe **desviación de poder** en atención a que su retiro fue arbitrario y caprichoso, pues insistió en que el retiro del servicio no fue sustentado en el mejoramiento del servicio ni en las necesidades de este, se omitieron los resultados de las evaluaciones y clasificaciones, así como también los logros profesionales.

## 2. CONTESTACIÓN

En escrito que obra a folios 268 a 288 del plenario, la entidad demandada consideró que el acto demandado fue expedido conforme las normas aplicables, como quiera que en tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, el Decreto 1790 de

2000 determinó como único requisito el cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro, condición que se cumple en este caso, toda vez que el demandante ingresó a la institución el 19 de enero de 1996 y en esa medida, a la fue de expedición del acto objeto de demanda, tenía más de 15 años de servicios.

Adujo que en relación con los ascensos que pretende el demandante como consecuencia de su reintegro, los mismos deben negarse en atención a que se deben cumplir una serie de presupuestos distintos al simple hecho de encontrarse en servicio activo.

Señaló que no existen fundamentos de hecho o de derecho que demuestren que el acto acusado se encuentra viciado por desviación de poder o expedición irregular. De igual forma indicó que el derecho al debido proceso fue garantizado al actor, habida cuenta el llamamiento a calificar servicio se fundamentó en el Decreto 1790 de 2000.

Sostuvo que, de acuerdo a la naturaleza del llamamiento a calificar servicios, su motivación se encuentra en la norma, la cual corresponde al cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro. Lo anterior lo justifica en la sentencia C-072 de 1996. Aclaró que esta causal de retiro no constituye una sanción disciplinaria o penal, sino que obedece a razones del servicio.

### **3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia de 21 de febrero de 2020, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá trajo a colación el Decreto ley 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006, que previó el retiro de los uniformados de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, una vez cumpliera los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro -15 años de servicios– y exista concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares – arts. 99, 100 y 103–.

De igual forma trajo a colación sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la SU-091 de 2016 y SU-217 del mismo año, en donde indican que la motivación en el retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra en la norma y se refiere exclusivamente, al cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora.

Así mismo manifestó que el Consejo de Estado ha señalado que esta causal de retiro no requiere de motivación porque se presume emitidos en aras del buen servicio, sin embargo, quien pretenda debatir dichos actos, tienen la carga de la prueba de desvirtuarlos, pero en todo caso no es suficiente el buen desempeño en el cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, al momento de resolver el caso concreto, la juez de primera instancia consideró que verificado el contenido de la resolución que retiró del servicio al actor, se evidenció que la decisión de la entidad demandada estuvo

sustentada en el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en donde se indicó que el demandante cumplía con el tiempo mínimo para adquirir la asignación de retiro, pues para el 1º de junio de 2017 acreditaba 21 años, 9 meses y 11 días de actividad militar. Luego entonces, no existía violación de normas ni expedición irregular.

Sostuvo que el actor no acreditó la vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como también desconocimiento del derecho de defensa, pues la decisión de retiro estuvo sustentada en lo previsto en los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, modificado por la Ley 1104 de 2006.

En el mismo sentido aseguró que no existía falsa motivación, como quiera que el acto a través del cual se desvinculó al actor tiene su motivación en la ley, es decir, en el cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro, los cuales cumplía el uniformado.

Frente al cargo de la desviación de poder, adujo que el extracto de hoja de servicios, el folio de vida, las evaluaciones de desempeño, el acto de la Junta Asesora y el acto demandado, no eran suficientes para la configuración de ese vicio de nulidad. Adicionalmente indicó que si bien se practicaron testimonios con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad del retiro, los mismos solamente dieron cuenta del desempeño y el cumplimiento de los deberes como uniformado del demandante, circunstancia que no era suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, concluyó que que el presente asunto no se allegaron elementos suficientes para concluir que el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios se encontraba viciado por alguna de las causales alegadas y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda pero se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida (fls. 481 – 497).

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN**

A folios 505 a 539 la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en el sentido de insistir que el retiro por llamamiento a calificar servicios vulnera el ordenamiento jurídico, como quiera que condiciona dicha causal solamente al cumplimiento de los requisitos para adquirir la asignación de retiro, sin tener en cuenta el mejoramiento del servicio.

En ese sentido indicó que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional reglada que está sometida a unos lineamientos formales previstos en los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000 –modificados por la Ley 1104 de 2006– consistentes en que la expedición del acto sea por funcionario competente, que exista la recomendación de la Junta Asesora y que además cumpla con los requisitos para adquirir la asignación de retiro, sin embargo, también deben analizarse elementos subjetivos, como el mejoramiento del servicio y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Frente a los elementos subjetivos, aseguró que se encuentra probado que el retiro del actor no buscó el mejoramiento del servicio, pues no se tuvo en cuenta el excelente mérito que tuvo durante su carrera militar y que en todos los sistemas de carrera es la base para la permanencia en el cargo. Aclaró que, si bien el buen desempeño del oficial no le da fuero de estabilidad, sus calidades no deben desecharse pues incluso son mejores a otros oficiales. Para reforzar su argumento transcribe apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado en donde se analiza la hoja de vida de los militares.

De igual forma sostuvo que de acuerdo con las declaraciones de los señores Byron Omar Giraldo Plazas y Yusy Hovanny Cruz Carreño, con el retiro del servicio del actor se desmejoró el servicio en la institución.

Reiteró que la decisión de retiro del servicio, no fue razonable en la medida que (i) no analizó la hoja de vida del oficial, (ii) tampoco estudiaron sus evaluaciones y clasificaciones anuales que demostraban la idoneidad para el servicio, (iii) no tuvo en cuenta los resultados operacionales y (iv) que entre sus compañeros porque precisamente fue él y no otro oficial el retirado.

Adujo que la decisión de la administración tampoco era proporcional en atención a que su escogencia para retirarlo fue caprichosa y arbitraria, (ii) era un oficial sobresaliente, (iii) se omitió su proyección dentro de la institución y (iv) se pasó por alto el buen servicio.

Finalmente insistió en las causales de nulidad expuestas en la demanda, como quiera que afirmó que hubo **violación al derecho de defensa**, pues su hoja de vida no se dejó constancia de los motivos por los cuales fue desvinculado del servicio. Aseguró que existía **falsa motivación** en atención que solamente tuvo en cuenta los requisitos para adquirir la asignación de retiro y además que a pesar de haberse demostrado que hubo afectación del servicio, la entidad demandada pasó esa situación – **desviación de poder**–.

## II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

### 1. TRÁMITE

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así: a través de auto de 10 de febrero de 2021 el Tribunal admitió el recurso de apelación (fl. 545) y posteriormente, mediante providencia de 3 de marzo del mismo año, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días y vencido este, al Ministerio Público para efectos de emitir el respectivo concepto (fl. 548).

En esa oportunidad procesal solamente intervinieron las partes. El Ministerio Público no presentó concepto.

## 2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

**2.1. Parte actora (fl. 551):** señaló que se remitía a lo expuesto en el recurso de apelación.

**2.2. Parte demandada (fls. 553 – 555):** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, en la medida que el retiro del actor por llamamiento a calificar servicio se realizó conforme las normas aplicables al caso, esto es, el Decreto 1790 de 2000. De igual forma indicó que de conformidad con la SU-091 de 2016, esta clase de retiro corresponde a una facultad que tiene la administración para la renovación la estructura jerárquica de la institución y permite el ascenso del personal uniformado.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

#### 1. COMPETENCIA.

De conformidad a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por lo que procede a resolver de fondo.

Surtidas a cabalidad las etapas procesales de esta instancia y al establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, es el momento de dirimir la misma y proferir decisión de fondo.

#### 2. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si la Resolución No. 5459 del 31 de Julio de 2017, que dispuso el retiro del **Mayor Juan Pablo Céspedes Coronado** por llamamiento a calificar servicios, está viciada de nulidad por desconocimiento de normas en que debía fundarse, violación del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

#### 3. TESIS DE LA SALA

La sala considera que el acto que retiró al demandante por llamamiento a calificar servicios no se está viciado de nulidad en la medida que cumple con los requisitos exigidos en la norma aplicable, como quiera que i) el demandante cuenta con el tiempo mínimo requerido para acceder a la asignación de retiro, ii) el acto de retiro estuvo precedido de un concepto previo realizado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y además, iii) no demostró que la decisión de retirarlo ocurrió por motivos discriminatorios o fraudulentos,

advirtiendo en todo caso que el buen desempeño de sus funciones no es suficiente para mantenerlo en la institución.

#### 4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTA LA TESIS

##### 4.1. De la causal de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios

El Presidente de la República, a través de las facultades conferidas en la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto ley 1790 de 14 de septiembre de 2000 “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” –modificado por la Ley 1104 de 28 de julio de 2006– en sus artículos 99, 100 y 103 desarrollaron el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y sus causales, entre ellas, la denominada “llamamiento a calificar servicios”, así:

**“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.

**ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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;”

**ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.** <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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**” (Destacado por la Sala)

Atendiendo las normas anteriormente transcritas, se advierte que el legislador previó varias causales de retiro para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, entre ellas, el **llamamiento a calificar servicios**, que tiene cabida cuando la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional emite concepto en la cual recomienda el cese de la actividad castrense de quien cumple con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

**4.2. Definición, finalidad y requisitos del retiro por llamamiento a calificar servicios expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias de unificación**

Frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, la Corte Constitucional en sentencia SU-091 de 2016, replicada por la SU-217 de 2016<sup>1</sup>, precisó:

**“3.9. PRECISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

(...)

3.9.5. La causal de llamamiento a calificar servicios, se encuentra regulada, para la Policía Nacional, por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003 en concordancia con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, y en cuanto a las Fuerzas Militares, por el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006 (...)

3.9.6. En este orden, para el retiro por llamamiento a calificar servicios, **la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro**, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

3.9.7. Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

3.9.8. De esa forma, **el retiro por llamamiento a calificar servicios debe entenderse como una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado** dentro de la Institución (...)

3.9.9. Según lo expuesto en esta sentencia y con fundamento en la función que desempeña la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios **se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial**, atendiendo razones de conveniencia institucional y

<sup>1</sup>C. Const. Sent. SU-217, abr. 26/2016. M.P. Gloria Stella Ortiz.



necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

3.9.10. De esta manera, **el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro.** Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.”<sup>2</sup> (Destacado por la Sala)

Como se observa de la transcripción realizada en precedencia, entiende la sala el retiro por llamamiento a calificar servicios es una causal normal de terminación de la situación administrativa laboral de un uniformado, que tiene como propósito la renovación de la línea jerárquica de la institución policial o militar y solamente puede utilizarse una vez el oficial o suboficial acredite el tiempo mínimo para acceder a la asignación de retiro.

Ahora bien, en cuanto a la motivación de los actos que disponga en retiro por la causal que se analiza en esta sentencia, la Corte Constitucional fue clara en señalar que su fundamento está contenido en la norma, pues así lo indicó al diferenciar esta figura con la denominada “voluntad del Gobierno o de la Dirección General”, veamos:

“3.9.13.2. **En cuanto la exigencia de “motivación” frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro.** En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en Sentencia SU- 172 del 2015, dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que “tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada.

(...)

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

3.9.14. En síntesis, la **motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto.** Para lo cual, se deben observar dos requisitos: 1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro, mientras que en el retiro

<sup>2</sup> C. Const. Sent. SU-091, feb. 25/2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

por voluntad de la administración, existe la necesidad de motivar expresamente el acto, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro, mientras que en el retiro por voluntad, no siempre sucede así.” (Destacado por la Sala)

Lo anterior, no obsta para que tales actuaciones administrativas sean objeto de control judicial, pues en el caso de que el retiro por llamamiento a calificar servicios obedezca a motivos distintos a los previstos en la norma –tener un tiempo mínimo de servicio– es decir, que se utilice como herramienta de persecución o abuso de poder, el afectado puede acudir a esta jurisdicción para propender por su nulidad y en ese evento le corresponde al interesado la carga de la prueba. Así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia citada cuando en relación con este punto aseguró:

### **3.10. “CONTROL JUDICIAL POSTERIOR PARA LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.**

(...)

**3.10.1.** De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten.”<sup>3</sup>

### **4.3. Posición del Consejo de Estado frente a la definición, finalidad y requisitos del retiro por llamamiento a calificar servicios**

El Consejo de Estado frente a la causal de llamamiento a calificar servicios en sentencia de 27 de junio de 2018 manifestó:

“(…)

De lo anterior se puede afirmar que el llamamiento a calificar servicios es una **figura jurídica con la que cuenta el Estado como manifestación del ejercicio de la facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, que atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo**

<sup>3</sup> Esa tesis fue reiterada por la misma Corporación en sentencia SU-217 de 2016.

**dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados y facilita el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera de oficial, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo; sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales”<sup>4</sup> (Destacado por la Sala)**

De igual forma, en sentencia de 4 de abril de 2019 aseguró:

“En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, **dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.**

Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que **es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza**, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, el buen cumplimiento de las funciones, ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo.

De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, **sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro.**

Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar **no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley** y para que proceda solamente es necesario que el policial demuestre: **(i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.**

Colofón, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con ocasión de la prerrogativa de llamamiento a calificar servicios, no debe motivarse, sin embargo, cuando como en este caso, se advierten sus fundamentos en el acto enjuiciado, el juez debe analizar aquellos, con el fin de verificar la administración atendió los límites legales y constitucionales.”<sup>5</sup> (Destacado por la Sala)

En mismo sentido, la sentencia de 8 de octubre de 2020 señaló que esta causal de retiro “no requiere de una motivación distinta que la de cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y, en el caso de los Oficiales de que trata el artículo 1.º de Ley 857 2003, se exige también el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. No obstante, ello no quiere decir que el ejercicio de la facultad discrecional examinada pueda ser usada para la persecución o abusos de poder o como sanción, por lo que quien considere que fue expedida con tales fines puede rebatir la decisión, claro está, con la carga de probar la afirmación”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-00602, jun. 28/2018. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>5</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2014-01097, abr. 04/2019. M.P. William Hernández Gómez.

<sup>6</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-00721, oct. 20/2020. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

Atendiendo las decisiones reseñadas en precedencia, tenemos que el Consejo de Estado considera al retiro por llamamiento a calificar servicios como una figura en la cual la administración retira de forma decorosa a los uniformados con el propósito de permitir el “concepto de evolución institucional”, es decir, el relevo del personal militar o policial generándose a favor del uniformado, el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro. De ahí, que el acto de retiro que consagre esta causal, no requiere de motivación distinta a los contenidos en la norma, esto es, (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, así como también la recomendación previa de la Junta Asesora para el caso de los Oficiales.

#### **4.4. Conclusiones de la sala respecto a concurso previo al curso de ascenso y del retiro por llamamiento a calificar servicios**

Teniendo en cuenta la norma aplicable a los Oficiales de la Policía Nacional y de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la sala concluye que el retiro por llamamiento a calificar servicios:

- Es una causal normal de retirar del servicio activo al personal militar o policial.
- Tiene como finalidad aplicar el “concepto de evolución institucional” que no es otra cosa que permitir la renovación del personal organizado jerárquicamente.
- Los actos de retiro por esta causal no requieren de motivación distinta a la indicada en la norma, que no es otra cosa que “(i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro”.
- Se requiere del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional
- Estas decisiones de la administración pueden ser objeto de control judicial, cuando se utilicen como herramienta de persecución o abuso de poder, las cuales debe demostrar el presunto afectado.

#### **5. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**

- Extracto de Hoja de vida del **Mayor ® Juan Pablo Céspedes Coronado**, en donde se destaca que (i) prestó sus servicios por 21 años, 9 meses y 11 días, (ii) recibió 6 condecoraciones, 8 distintivos y 152 felicitaciones, (iii) no le figuraban sanciones disciplinarias ni penales y (iv) se retiró del servicio por llamamiento a calificar servicio (fls. 316 – 325).
- Resolución No. 5459 de 1º de julio de 2017 mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio, entre otros oficiales, al **Mayor Juan Pablo Céspedes Coronado** de forma temporal y con pase a la reserva “Por Llamamiento a Calificar Servicios” bajo las siguientes consideraciones

esgrimidas por la Junta Asesora en Acta No. 06 de 1º de junio de 2017 (fls. 312 – 313):

“Que la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión Ordinaria del 01 de junio de 2017, registrada en el Acta No. 06, recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por ‘Llamamiento a Calificar Servicios’ de los oficiales relacionados en la presente Resolución, así:

‘Que de conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, la ley determina el sistema de reemplazos en las fuerzas militares y el régimen especial de carrera, que le es propio, contenido en la actualidad en el Decreto ley 1790 de 2000, en lo relacionado con Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Que el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000 determina que el 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 precisando así mismo, que el retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de Insignia, se hará por Decreto del Gobierno Nacional.

Que la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad consagrada en el Decreto Ley 1790 de 2000, artículo 103, según la cual lo Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos por tener derecho a la asignación de retiro.

(...)

Que consonante a lo aquí indicado, el ordenamiento jurídico prevé unos procedimientos y causales para disponer el retiro del personal de oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares, dispositivos legítimos y así definidos por la jurisprudencia constitucional, dado que se trata de un mecanismo democrático que permite la participación de otras personas en los grados superiores, a través del ascenso y promoción para el logro de la renovación permanente de los cuadros directivos de las Fuerzas Militares, pues el retiro por medio del llamamiento a calificar servicios, no se le adscriben los efectos propios del retiro genérico laboral sancionatorio, como la destitución, teniendo en cuenta que incluso puede volver a ser llamado a servicio activo. Por el contrario, se trata de un procedimiento que le permite al Gobierno Nacional, reestructurar el poder jerárquico de mando y conducción de la Fuerza Pública, disponer de atribuciones jurídicas suficientes, para sustituir a los mandos, con celeridad, cuando así las necesidades y conveniencias lo recomienden.

(...)

Que así mismo, no puede pasarse por alto, que el ejercicio de esta potestad es inherente al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de las Fuerzas Militares, que le confiere la Constitución y la Ley a su Comandante Supremo, supuesto fáctico que ha permitido desarrollar jurisprudencialmente la premisa fundamental que impide que se califique esta causal de retiro, como sanción, o una exclusión deshonrosa de la institución castrense y que por el contrario esté clasificada como una causal de retiro temporal con pase a la reserva.

Que en tal sentido la Corte Constitucional mediante Sentencia T-107 del 2 de marzo de 2016, indicó que cuando el retiro se presenta por la causal señalada, dicho acto administrativo de retiro no requiere de motivación expresa, pues su motivación es extra textual y está contenida en la misma Ley y sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en ella, aunado a ello mencionó (...)

Que de lo descrito se concluye, que si la Ley está exigiendo como requisito indispensable de procedencia para que pueda operar la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, el haber cumplido un tiempo mínimo de servicio, con el fin de garantizar el acceso a una asignación mensual de retiro, como reconocimiento a la labor desempeñada y al servicio prestado, este mecanismo de terminación normal de la carrera militar procederá por la sola prestación del servicio dentro del lapso preestablecido por la normatividad, requisito único además para hacerse acreedor a la asignación de retiro.

(...)

Que los oficiales relacionados, cuentan con más de quince (15) años de servicio, tiempo que lo (sic) hace acreedor (sic) a una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

(...)"

- Concepto de idoneidad suscrito el 22 de julio de 2016 por el Comandante del Batallón de Movilidad y Maniobra de Aviación No. 5, en donde resalta del Mayor Céspedes Coronado, los indicadores relacionados con las condiciones personales, ética militar, condiciones profesionales, desempeño en el cargo y cultura física (fls. 196 – 197).
- Concepto de idoneidad suscrito el 22 de julio de 2016 por el Coordinador de Aviación del Ejército –Quinta División, en donde resalta del demandante los indicadores relacionados con las condiciones personales, ética militar, condiciones profesionales y desempeño en el cargo. Frente a la cultura física indica que “Se mantiene dentro de los estándares exigidos” (fls. 198 – 199)
- Anexo “A” del Formulario de Evaluación No. 1, en el cual señala que entre los años 2012 a 2016 el demandante fue clasificado en las siguientes listas (CD. fl. 433<sup>7</sup>):

2012:	Lista tres
2013:	Lista tres
2014:	Lista uno
2015:	Lista uno
2016:	Lista uno

- Testimonio del **TC Byron Omar Giraldo Plazas** quien manifestó haber coincidido con el demandante entre 2003 y 2008 cuando eran miembros de la aviación del Ejército Nacional. En relación con las preguntas realizadas por el **Juez de primera instancia**, aseguró que se enteró del retiro del **Mayor Juan Pablo Céspedes Coronado** porque el mismo se lo comentó y además enviaron las resoluciones de baja a los correos electrónicos oficiales. Adujo que el uniformado retirado cumplía con las funciones atribuidas a su cargo y se destacaba por ser una persona honesta y entregada a su trabajo.

Al ser interrogado por la parte actora, expuso que probablemente el demandante fue retirado por llamamiento a calificar servicios, porque no fue

<sup>7</sup> Documento p. 479

considerado para adelantar el curso de Estado Mayor, sin embargo, desconocía que dicha decisión administrativa ocurrió por persecución o discriminación. De igual forma aclaró que esa situación era normal, en la medida que constituye una facultad de la entidad. Agregó que teniendo en cuenta las capacidades del Mayor, podría haberse desempeñado en cualquier otro cargo y seguir su carrera militar. También expuso que dentro de la parte doctrinaria el actor inició el proyecto del manual de vuelo que en la actualidad se encuentra en proceso de aprobación pero que daría seguridad operacional a los vuelos. Sostuvo que el militar retirado contaba con la confianza de los superiores y además, que por causa del retiro, hubo una afectación material, toda vez que se le redujeron sus ingresos mensuales y moral en atención a que estuvo sometido a medicación por depresión.

Finalmente, respecto a las preguntas de la entidad demandada, aclaró que desconocía que el retiro del servicio ocurrió por inconvenientes con los superiores o subalternos (CD, fl. 427).

- Testimonio del **TC Yusy Hovanny Cruz Carreño** quien fue el superior del demandante en el Batallón de Movilidad y Maniobra de Aviación No. 5 y que en relación con las preguntas realizadas por el **juez de primera instancia** aseguró que se enteró del retiro del actor porque él mismo le comentó que no había sido llamado al curso de ascenso y en esa medida fue desvinculado de la actividad militar. Afirmó que durante el año que trabajó al mando del testigo, el demandante cumplió a cabalidad sus funciones, pues era una persona trabajadora que tenía principios morales y éticos. También señaló que su al destacarse en su labor emitió concepto positivo para ascenso, sin embargo, frente al retiro indicó que no podría manifestar nada al respecto, como quiera que desconocía las circunstancias en que ocurrió tal situación.

Con respecto al cuestionario de la **parte actora** afirmó que el normal que si un militar no es ascendido sea retirado por llamamiento a calificar servicios. Preciso que el demandante no tuvo ningún inconveniente con los superiores o subalternos. Agregó que desconocía si el demandante había sido afectado materialmente, pero en conversación con el uniformado, se enteró que moralmente estuvo afligido. Sostuvo que mientras trabajó bajo su mando el actor tuvo su entera confianza.

Finalmente, al ser interrogado por la **entidad demandada** indicó que desconocía si el retiro del servicio del demandante ocurrió por inconvenientes con los superiores y subalternos (CD, fl. 427).

- Testimonio del señor **Celio de Jesús Céspedes Sánchez**, quien en su condición de padre del demandante declaró que tuvo conocimiento del retiro del servicio de su hijo porque fue él, quien comentó ese hecho y ocasionó afectación al interior de la familia que actualmente se encuentran superados. Adujo que su hijo aspiraba a ser llamado a curso al grado de Teniente Coronel para mejorar sus ingresos y que de acuerdo a lo dicho por el actor, se destacaba laboralmente (CD, fl. 450).

## 6. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el Mayor ® **Juan Pablo Céspedes Coronado** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de la resolución que dispuso el retiro por llamamiento a calificar servicios, pues considera que se encuentra viciada de nulidad por infracción de normas en que debía fundarse, falsa motivación, violación del debido proceso y desviación de poder.

Pretensiones que fueron negadas por la Juez de primera instancia al señalar que el retiro del demandante se encontraba acorde con la norma aplicable, toda vez que se acreditó que prestó sus servicios por más de 20 años y que cumplía con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

La parte actora interpuso recurso de apelación, en donde de acuerdo a sus argumentos expuestos, los mismos están dirigidos a declarar la nulidad del acto demandado por (i) **falsa motivación**, toda vez que solamente fundamenta su retiro en los elementos objetivos previstos en los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, desconociendo el límite de la facultad discrecional de la administración (ii) **violación del debido proceso** en atención que en su hoja de vida no se dejó constancia de los motivos que fundamentaron su retiro y (iii) **desviación poder** como quiera que la decisión de desvincularlo del servicio no consultó, el mejoramiento del servicio ni los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Bajo esos presupuestos, en los términos previstos en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual dispone el juez de segunda instancia solamente se pronunciará sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la sala analizará el retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra viciado por las causales de nulidad enunciadas.

A efectos de resolver la controversia, debe indicarse que de acuerdo con el marco jurídico, el retiro por llamamiento a calificar servicios para los oficiales de las Fuerza Pública, tiene lugar a) cuando el uniformado cuenta con el tiempo mínimo de servicio para tener derecho a una asignación de retiro y b) además existe un concepto previo de la Junta Asesora –Sentencia SU-091 de 2016<sup>8</sup>–. Condiciones que cumple el demandante, como quiera que obra resolución de reconocimiento de la asignación de retiro que efectivamente da cuenta de la prestación del servicio por más de 15 años –Decreto 991 de 2015<sup>9</sup>–; así como también que el acto que dispuso el cese

<sup>8</sup> “Así bien, para hacer uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios se debe cumplir los siguientes requisitos: ‘el primero, que el funcionario satisfaga los condicionantes para adquirir la asignación de retiro y el segundo, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares’

En este sentido, el cumplimiento de un determinado número de años al servicio de la institución no garantiza per se el llamamiento a calificar servicios, ya que la Fuerza Pública tienen (sic) la potestad de ejercer o no dicha facultad”

<sup>9</sup> **Artículo 1°. Asignación de Retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.** Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de



de su actividad militar estuvo precedida por un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa contenido en el Acta No. 06 de 10 de junio de 2017.

**6.1.** El demandante afirma que existe falsa motivación, toda vez que su retiro solamente tiene en cuenta los requisitos formales de los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, desconociendo el límite de la facultad discrecional, sin embargo, a consideración de esta sala, dicha causal de nulidad se presenta cuando no se cumplen los requisitos señalados en la norma aplicable.

Así lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de 8 de octubre de 2020 cuando frente al caso de un policía retirado por la causal que se analiza en esta oportunidad, indicó que existe falsa motivación cuando “se alegue que no es cierto que se cumplieron los requisitos señalados en el Decreto 1791 de 2000, modificado por la Ley 857 de 2003 para la procedencia del llamamiento a calificar servicios, pese a que en el acto se indicó ello, o en el evento en que se citan otros motivos distintos a aquellos”<sup>10</sup>.

En ese sentido, se encuentra acreditado que el acto demandado no tiene una motivación distinta que la señalada en la norma, pues tal y como se consignó en el acto acusado, el fundamento para prescindir de su actividad como miembro de las Fuerzas Militares, tuvo lugar en el cumplimiento del tiempo mínimo para adquirir el derecho a la asignación de retiro, dado que había prestado sus servicios por más de 15 años.

En consecuencia, el acto de retiro se encuentra motivado conforme los lineamientos consagrados en el Decreto 1790 de 2000 –modificado por la Ley 1104 de 2006–, que a su vez fueron avalados por la Corte Constitucional en sentencias SU-091 y 217 de 2016, los cuales están circunscritos al cumplimiento a) del tiempo mínimo de servicio para tener derecho a una asignación de retiro y b) la existencia de una recomendación.

**6.2.** En lo concerniente a la violación del debido proceso basta señalar que no existe tal trasgresión, en la medida que se agotó el procedimiento previsto en la norma aplicable, pues se verificó que el demandante tuviera el tiempo necesario para adquirir la asignación de retiro, se produjo la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y finalmente se expidió el acto que lo retiró de la actividad castrense.

De igual forma debe indicarse que no era necesario consignar los motivos de la desvinculación en la hoja de vida del demandante, toda vez que no se trata de un retiro deshonoroso que amerite alguna anotación a su folio de vida, sino, como lo señala la Corte Constitucional en las sentencias SU-091 y 217 de 2016 “debe entenderse como una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución se consignen los motivos por los cuales el demandante fue retirado”.

---

Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables.

<sup>10</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-00721, oct. 20/2020. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

**6.3.** En relación con la desviación de poder, el demandante alega que su retiro no obedeció al mejoramiento del servicio, ni tampoco tuvo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Frente a esa causal de nulidad la sentencia de 20 de octubre de 2020, señaló que “La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley” y que en todos los casos la carga de la prueba incumbe a quien lo alega<sup>11</sup>.

También, conviene señalar que de acuerdo a lo señalado en el marco jurídico, debe recordarse que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado señalan que el retiro de un uniformado por llamamiento a calificar servicios, se presume expedido en aras del buen servicio, como quiera que tiene como objetivo el relevo de la “línea jerárquica institucional” que permite el ascenso de otros militares activos y el disfrute de la asignación de retiro de los que cesan de la carrera castrense.

Luego entonces, el actor no puede alegar que su desvinculación estuvo en contra del mejoramiento del servicio, habida cuenta que al indicar tanto en el recurso de apelación, como en la declaración del **TC Byron Omar Giraldo Plazas** que su retiro obedeció a que no fue llamado para el curso de Estado Mayor –requisito indispensable para ser ascendido al grado de Teniente Coronel–, esa situación le permitió al Ministerio de Defensa Nacional que en este caso se aplicara la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios, que bajo el concepto de “evolución institucional”<sup>12</sup>, permite promover a los militares que se encuentran en un grado inferior al del actor y a su vez, el goce de la asignación de retiro a la cual tiene derecho el **Mayor ®** por prestar sus servicios por más de 15 años.

De igual forma, tampoco le asiste razón cuando manifiesta que su retiro fue contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad por el hecho de haberse omitido el estudio de la hoja de vida, evaluaciones de desempeño, logros operacionales y la buena prestación del servicio por parte del demandante, habida cuenta que si bien el Mayor Juan Pablo Céspedes Coronado obtuvo varias felicitaciones (152 en total), condecoraciones y distintivos que destacaban su labor como militar, así como también que sus evaluaciones de desempeño para los años 2015 y 2016 fueron clasificadas en lista 1, lo cierto es que tales cualidades no pueden limitar la facultad discrecional que tiene la entidad demandada en estos asuntos, toda vez que no representa una sanción por un mal comportamiento.

Así, lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 9 de julio de 2020<sup>13</sup> cuando al analizar la causal de desviación de poder alegada por un militar retirado por la causal que se analiza en esta oportunidad, concluyó que la hoja de vida del uniformado “no es un motivo que limite el ejercicio de la facultad discrecional de retirarlo por llamamiento a calificar servicios, puesto que esta no representa una sanción por un mal comportamiento, sino una herramienta válida que permite el relevo en la línea de jerarquía

<sup>11</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-00721, oct. 20/2020. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

<sup>12</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-00602, jun. 28/2018. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>13</sup> C.E. Sec. Segunda. Sent. 2013-01241, jul. 09/2020. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

de las instituciones militares” y además, que de acuerdo con la línea jurisprudencial de esa alta corporación “el buen desempeño en el servicio no otorga una estabilidad absoluta y no limita la facultad discrecional, pues el cabal cumplimiento de las funciones es connatural al ejercicio de la labor”.

Adicionalmente, las declaraciones de los señores **TC Byron Omar Giraldo Plazas** y **TC Yusy Hovanny Cruz Carreño**, no dan cuenta de que su desvinculación fue desproporcionada, caprichosa o arbitraria, pues solamente se limitaron a señalar que el demandante cumplía a cabalidad las funciones encomendadas por sus superiores, sin exponer motivos personales, razones políticas o intereses contrarios a los requisitos y finalidad de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, esto es, al cumplimiento de los requisitos de la asignación de retiro y a la renovación de la línea jerárquica dentro del Ejército Nacional, respectivamente.

Finalmente, en relación con el supuesto mejor derecho frente a los demás uniformados que siguieron en la carrera militar, la sala considera que este argumento será despachado desfavorablemente, en atención a que no se allegaron hojas de vida de los oficiales que se mantuvieron en servicio activo y que tenían un rendimiento inferior al del demandante ni tampoco existen medios de prueba que permitan inferir alguna discriminación.

Bajo esas previsiones, al evidenciarse que el retiro del demandante estuvo fundamentado en el cumplimiento de los requisitos para acceder la asignación de retiro previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y que no se demostraron móviles distintos a los señalados en la norma aplicable, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda

## 7. COSTAS PROCESALES

Ahora bien, en relación con la condena en costas en segunda instancia, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA el cual señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, se tiene que de conformidad con el artículo 361 del C.G.P, estas se componen de la totalidad de i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y ii) por las agencias en derecho.

Por lo tanto, como el recurso de apelación interpuesto por la parte actora fue despachado desfavorablemente, la sala la condenará en costas en esta instancia, para lo cual se tasan como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), cuya liquidación deberá ser realizada por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

## IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN E, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en el presente fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte actora, para lo cual se fijan como agencias en derecho, la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), que serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

**TERCERO:** Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de Información de la Rama Judicial.

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado electrónicamente**  
**PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**  
Magistrada

**Firmado electrónicamente**  
**RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON**  
Magistrado

**Firmado electrónicamente**  
**JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN**  
Magistrado

**NOTA:** Se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica en la fecha de su encabezado, mediante el aplicativo SAMAI del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad a través del siguiente enlace: <http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**  
*Abogado*

Bogotá D.C., 28 de febrero de 2018.

Señor  
**JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE  
 BOGOTÁ D.C. (REPARTO).**  
 Ciudad.

REF. Demanda contencioso administrativa.  
 Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.  
 Demandante: Mayor (RA) JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.  
 Demandada: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL.

Respetado Señor Juez:

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.541.041 de Bogotá D.C., abogado con Tarjeta Profesional No. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., en mi calidad de apoderado del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.000.835 de Bogotá D.C., conforme al poder que es Anexo No. 1, mediante el presente escrito comedidamente expreso al Señor Juez que presento **demanda contencioso administrativa**, en ejercicio de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, en contra de la decisión administrativa contenida en la **Resolución No. 5459 del 31 de Julio de 2017** "Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional" (Anexo No. 2) en lo que concierne a su retiro del servicio activo, suscrita por el señor Ministro de Defensa Nacional; para que por los trámites propios de dicho proceso ordinario se declare la nulidad de ese acto administrativo (Que incluye, la nulidad de los actos preparatorios y de ejecución), y, consecuentemente se restablezca el derecho y se repare el daño, a favor del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, y en contra de **LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL** entidad pública del orden nacional sector central de naturaleza ministerial reorganizada mediante Decreto 2335 de 1971 modificado por Decreto 1512 de 2000 a su vez modificado por el Decreto 3123 de 2007 derogado por el Decreto 4890 de 2011 modificado por el Decreto 2758 de 2012, representada legalmente por el Señor Ministro de Defensa Nacional Doctor **LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRI** o quien haga sus veces, y se declaren las demás condenas consecuenciales a que haya lugar, con la audiencia del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme a los siguientes:

**HECHOS:**

233

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

1. El señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** ingresó como Oficial de las Fuerzas Militares, Ejército Nacional, en el Grado de Subteniente, perteneciente al Arma de Aviación como Piloto, luego de haber cursado y aprobado los estudios reglamentarios para ser Oficial del Ejército Nacional, mediante Resolución del Ministerio de Defensa Nacional No. 1204 del 2 de diciembre de 1999, el 1 de diciembre de 1999 (Anexo No. 3), e integra el Curso BG. RAFAEL MORALES GOMEZ (Anexo No. 4).
2. Mi mandante escogió la Carrera Militar con el ánimo de servir a su patria y desarrollarse personal y profesionalmente en esa loable labor, aspirando, por supuesto, a alcanzar la máxima graduación dentro de esa Carrera Administrativa Especial que es hoy la de General (Artículo 6 numeral 1 literal a. subnumeral 1 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 1 de la Ley 1792 de 2016).
3. Como miembro de las Armas del Ejército Nacional (Artículo 12 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 3 de la Ley 1104 de 2006), el ingreso de **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** al Ejército Nacional se realizó por las necesidades del servicio de un profesional en el arma de AVIACION.
4. Durante una brillante carrera profesional militar, mi poderdante ocupó varios cargos, con una Hoja de Vida intachable que le llevó al grado de Mayor, siendo sus principales logros (Anexo No. 3):

#### 4.1 Obtuvo los siguientes grados militares:

- Subteniente: Año 1999.
- Teniente: Año 2003.
- Capitán: Año 2007.
- Mayor: Año 2012.

#### 4.2 Desempeñó varios cargos de suma responsabilidad.

- Comandante de Pelotón Grupo de Caballería Mecanizado No. 12.
- Comandante de Pelotón Batallón de Contraguerrillas No. 54.
- Piloto Helicóptero Batallón de Helicópteros.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

- Comandante Pelotón de Rescate Batallón de Helicópteros.
- Piloto e Instructor Batallón de Entrenamiento y Reentrenamiento de Aviación.
- Oficial de Operaciones Brigada de Aviación No. 32.
- Oficial del Operaciones Batallón de Movilidad y maniobras de Aviación No. 5.
- Ejecutivo y Segundo Comandante Batallón de Movilidad y maniobras de Aviación No. 5.
- Miembro del Estado Mayor Dirección Aplicación de Normas de Transparencia del Ejército.

4.3 Es profesional altamente capacitado y experimentado.

4.3.1 Tiene estudios superiores: Es profesional en Ciencias Militares.

4.3.2 Ha realizado más de 125 cursos de profundización y 1 seminario.

4.4 Le fueron otorgadas las siguientes condecoraciones y distintivos, nacionales e internacionales por sus méritos:

- Distintivo de Lancero.
- Distintivo de Contraguerrilla.
- Distintivo Paracaidista.
- Distintivo de la Escuela de Armas y Servicios Segunda Categoría.
- Distintivo de la Escuela de Armas y Servicios en el Curso Comando.
- Distintivo Profesor Militar.
- Medalla "San Miguel Arcángel" del Arma de Aviación.
- Medalla "San Miguel Arcángel".
- Medalla por Tiempo de Servicio 15 años
- Orden del Mérito Militar "José María Córdoba" Oficial
- Medalla "Guardia Presidencial".
- Citación Presidencial de la "Victoria Militar".
- Distintivo US ARMY MASTER AVIATOR BADGE.

4.5 Le han sido entregadas más de 149 felicitaciones, en su mayoría por su excelente desempeño profesional.

4.6 En lo referente a las Evaluaciones y Clasificaciones durante

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

su carrera militar ha conseguido las siguientes:

#### 4.6.1 Subteniente:

- Lapso 1999-2000: Lista 3
- Lapso 2000-2001: Lista 3
- Lapso 2001-2002: Lista 2
- Lapso 2002-2003: Lista 2

#### 4.6.2 Teniente.

- Lapso 2003-2004: Lista 2
- Lapso 2004-2005: Lista 3
- Lapso 2005-2006: Lista 1
- Lapso 2006-2007: Lista 3

#### 4.6.3 Capitán.

- Lapso 2007-2008: Lista 2
- Lapso 2008-2009: Lista 3
- Lapso 2009-2010: Lista 2
- Lapso 2010-2011: Lista 2
- Lapso 2011-2012: Lista 2

#### 4.6.4 Mayor:

- Lapso 2012-2013: Lista 3
- Lapso 2013-2014: Lista 1
- Lapso 2014-2015: Lista 1
- Lapso 2015-2016: Lista 1

4.7 Durante su grado de Mayor obtuvo las siguientes clasificaciones: Periodo 2012-2013: Lista 3 "BUENO". Periodo 2013-2014: Lista 1 "EXCELENTE". Periodo 2014-2015: Lista 1 "EXCELENTE". Y Periodo 2015-2016: Lista 1 "EXCELENTE".

4.8 No registra antecedentes administrativos, penales, disciplinarios o fiscales vigentes.

4.9 Se le consignaron en sus Folios de Vida muchas anotaciones de mérito y conceptos positivos por desempeño en el cargo.

4.10 Ocupa puesto destacado en el escalafón Militar de entre sus compañeros de curso.



**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

Todo lo anterior se corrobora con la Hoja de Vida de mi mandante que es Anexo No. 3 y sus Folios de Vida Anexo No. 5.

5. Cabe resaltar como en sus periodos Evaluables en el grado de Mayor, fue evaluado específicamente de la siguiente manera:

5.1 Periodo 2012-2013: Lista 3 "BUENO".

Indicadores:

Condiciones Personales: BUENO. Ética Militar: BUENO. Condiciones Profesionales: BUENO. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: BUENO. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

5.2 Periodo 2013-2014: Lista 1 "EXCELENTE".

Indicadores:

Condiciones Personales: MUY BUENO. Ética Militar: BUENO. Condiciones Profesionales: EXCELENTE. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: MUY BUENO. (Anexo No. 5).

5.3 Periodo 2014-2015: Lista 1 "EXCELENTE".

Indicadores:

Condiciones Personales: MUY BUENO. Ética Militar: MUY BUENO. Condiciones Profesionales: EXCELENTE. Ejercicio del Mando: MUY BUENO. Competencia Administrativa: BUENO. Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

5.4 Periodo 2015-2016: Lista 1 "EXCELENTE"

Indicadores:

Condiciones Personales: EXCELENTE. Ética Militar: MUY BUENO. Condiciones Profesionales: BUENO. Ejercicio del Mando: BUENO. Competencia Administrativa: MUY BUENO.

# N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

Desempeño en el Cargo: EXCELENTE. Responsabilidad como Evaluador y Revisor: BUENO. Cultura Física: EXCELENTE. (Anexo No. 5).

6. De acuerdo a lo anterior, como Oficial y miembro de las Fuerzas Militares Ejército Nacional mi mandante es destacadísimo profesional con evidentes méritos superiores.
7. En el año 2016 se surtió un ilegal proceso de selección de Oficiales al Curso de Estado Mayor, curso éste que es requisito para ascender al grado de Teniente Coronel de acuerdo al 68 del Decreto 1790 de 2000, no siendo seleccionado mi mandante, motivo por el cual se adelanta acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de esa decisiones bajo el radicado No. 11001-33-42-050-2017-00175-00 en el Juzgado 50 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., ilegalidad que llegó a tal punto de someter ese proceso de selección a la aprobación de una persona ajena al mismo según la Orden No. 020 del 07-03-2016 (Anexo No. 6).
8. La Carrera Militar es una Carrera Administrativa de naturaleza Especial, de raigambre constitucional, originada en el artículo 217 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos Leyes 1790 y 1799 de 2000, principalmente, como se ha aceptado ya en forma uniforme por la Jurisprudencia.
9. El mérito se Evalúa, en la Carrera Militar, bajo las normas del Decreto 1799 de 2000, y él mismo es requisito de permanencia en ésta según se establece textualmente en tal preceptiva: Artículo 4 literal f: "La evaluación como **documento base para la selección del personal** debe reflejar ecuanimidad, entereza y valor ético del evaluador, sin admitir sentimientos de benevolencia, simpatía o animadversión..."; Artículo 5 literal b: "**El proceso de evaluación y clasificación se constituye en herramienta de selección y permanencia**, razón por la cual, es tarea ineludible e indelegable"; y artículo 65: "El ascenso de los clasificados en lista UNO debe producirse antes de los clasificados en lista DOS y el de estos, antes que los clasificados en lista TRES siguiendo los procedimientos señalados por la legislación vigente...".
10. En toda organización, no solo en las Fuerzas Militares, la **estructura de personal tiende a ser piramidal**, es decir que tiene una gran base de trabajadores que se va reduciendo a medida que se superan los diferentes niveles en orden jerárquico.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

11. Ahora bien, afecto al sistema de Carrera Administrativa, como demostración del mérito y la capacidad, **se encuentran los sistemas de Evaluación del personal** que son usados, entre otras cosas, para determinar la permanencia en los cargos, y es éste el que materializa el **perfil profesional**.
12. Ese **perfil profesional**, entonces, no es caprichoso, sino que es el resultado de las Evaluaciones y Clasificaciones legalmente establecidas para el militar, tal y como lo señalan expresamente los artículos 74, 75 y 76 del Decreto Ley 1799 de 2000, respectivamente: "**DEFINICION. Perfil profesional es el conjunto de condiciones éticas, profesionales, conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes que debe poseer el Militar con el fin de lograr un comportamiento adecuado y un eficiente desempeño profesional para ocupar un determinado cargo. La presencia constante y desarrollo del perfil profesional constituye el desempeño profesional...**", "**...DESEMPEÑO PROFESIONAL BASICO. El personal clasificado en listas UNO, DOS ó TRES, se considera que reúne las condiciones del desempeño profesional básico para pertenecer a las Fuerzas Militares...**" y "**...DEFINICION. Los indicadores son un conjunto de factores que señalan las condiciones personales y profesionales, objeto de evaluación en los Oficiales y Suboficiales. Los indicadores serán definidos ponderados y graduados en la forma que señale el Comando General de las Fuerzas Militares...**".
13. La Disposición No. 039 de 2003 del Comando General de las Fuerzas Militares (Anexo No. 7) reglamentó lo concerniente a la especificidad de las Evaluaciones del personal Militar regido por el Decreto 1799 de 2000 y definió los indicadores propios del sistema de Evaluación y Clasificación para éste personal.
14. Con Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 suscrita por el Ministro de Defensa Nacional (Anexo No. 2) se retiró del servicio activo por la causal "Por llamamiento a Calificar servicios" a mi mandante, motivando esa decisión administrativa de manera general en la naturaleza de la causal de retiro, discrecional, y el requisito objetivo para su procedencia que es tener el tiempo de servicio para ser titular de asignación de retiro, dejado en claro que la determinación debe propender por el mejoramiento del servicio "... Que la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, corresponde a una facultad que se ejerce en pro del servicio por conveniencia del mismo y de la administración pública..." en lo cual nada motiva pero trayendo a colación que "..., sin embargo ello no puede conducir a que esa figura se utilice como una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo...".

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**

*Abogado*

15. Mi mandante siempre gozó del aprecio, la confianza y el mérito suficiente para permanecer en servicio activo, así lo dieron a conocer sus propios superiores en los conceptos profesionales elevados (Anexos No. 8 y 9) y se itera en el Folio de Vida correspondiente a su último periodo evaluable antes del retiro.
16. Lo cierto del caso es que el motivo de las necesidades del servicio y la finalidad del mejoramiento de éste, NUNCA fueron considerados a efectos de retirar a mi mandante del servicio activo, esto es que, a pesar de tratarse de una facultad discrecional, la misma se ejerció de manera arbitraria y caprichosa, es decir desproporcionada e irracionalmente, como se ha determinado por los hechos relacionados que no dejan duda de que el acto administrativo cuestionado, es nulo por ilegal, falsamente motivado y que constituyen una desviación de poder, por lo que se encuentra inmerso en causales de nulidad según los artículos 137 y 138 del C.P.A. y C.A.
17. Tan evidente fue la desviación de poder, falsa motivación e ilegalidad de la actuación de la administración en el presente evento que su comportamiento frente al suministro de la información requerida para ejercer la defensa de los derechos de mi poderdante, es otro hecho indicador claro de ello, al pretender ocultar aspectos relevantes, teniendo la carga dinámica de la prueba, ya que, aún ante la petición de documentos (Anexos No. 10 y 11) y a pesar de haber ocurrido el silencio administrativo positivo, no fue posible obtener la documentación peticionada por lo que hubo que acudir a la acción de tutela (Anexo No. 12).
18. Siendo mi mandante un brillante Oficial, de los mejores clasificados de entre su curso, no resulta aceptable que, con interpretaciones contrarias a la Ley y a la realidad, con intereses ocultos de tipo individual, subjetivo, caprichoso y arbitrario, se le haya retirado del servicio activo, puesto que si de mantener en servicio activo a los mejores para cumplir eficientemente la misión del Ejército Nacional, se trata conforme a las necesidades e intereses públicos, no puede explicarse como se deseché, sin razón alguna, menos aún válida legalmente, a un Oficial que cumple a cabalidad con los requisitos para su permanencia, y que si se mantenga en servicio a otros Oficiales Evaluados y Clasificados por debajo de mi mandante, es decir con menor mérito.
19. La consecuencia natural de la nulidad pedida es el restablecimiento del derecho, el cual consiste en:

240

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

- 19.1 El reintegro de mi poderdante al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.
- 19.2 El ascenso del demandante al grado de Teniente Coronel, el cual deberá ocurrir en forma inmediata con el reintegro al servicio activo y retroactivamente a diciembre de 2017 cuando ascendieron a ese grado sus compañeros de curso, conservando la antigüedad y orden en el escalafón que le corresponde; y a los grados militares subsiguientes de acuerdo al tiempo de servicio que le corresponda al momento del reintegro.
- 19.3 El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, subsidios, primas, etc., y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su retiro, desde la fecha en que fue retirado hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superior, debidamente indexados y actualizados, sumas que no son incompatibles con la asignación de retiro devengada.
- 19.4 El reconocimiento de la inexistencia de solución de continuidad entre la fecha de retiro y aquella en la que se materialice el reintegro.
20. Igualmente, la decisión administrativa mencionada ha causado daños antijurídicos a mi poderdante los cuales también debe serle indemnizados de acuerdo al artículo 138 del C.P.A. y C.A.
21. Al momento del retiro mi mandante se desempeña como Miembro Estado Mayor de la Dirección de Aplicación de Normas de Transparencia del Ejército Nacional con sede en la Ciudad de Bogotá D.C. Departamento de Cundinamarca (Anexo No. 3).
22. Al momento del retiro mi mandante devengaba la suma de \$4.761.072 (Anexo No. 13).
23. El demandante me ha conferido poder (Anexo No. 1) y se ha suscrito contrato de prestación de servicios (Anexo No. 14).
24. Igualmente, se ha agotado el requisito de procedibilidad como aparece en la constancia Anexo No. 15.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado***PRETENSIONES:**

1. Se declare la nulidad de la **Resolución No. 5459 del 31 de Julio de 2017** "Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional" (Anexo No. 2) en lo que concierne al retiro del servicio activo del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, suscrita por el señor Ministro de Defensa Nacional (Que incluye, por ser acto administrativo definitivo, la nulidad de los actos preparatorios o de ejecución), de acuerdo a lo señalado en ésta demanda.
2. Que, como consecuencia de la nulidad mencionada, se ordene el restablecimiento del derecho y a ese título se condene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional a:
  - 2.1 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.
  - 2.2 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** al servicio activo en el grado en el que fue retirada o en el grado que deba ocupar al momento del reintegro de acuerdo a las normas de carrera militar teniendo presente su derecho ascenso con sus compañeros de curso que ascendieron, y de acuerdo al tiempo de servicio, todo estimado al momento en el que se materialice el reintegro.
  - 2.3 El o los ascenso o ascensos al grado superior o superiores a en él que fue retirado del servicio activo el señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que se tenga al momento del reintegro en cada grado por efecto de las normas de carrera con sus compañero de curso que han ascendido a grados superiores al de Mayor.
  - 2.4 El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, subsidios, primas, etc., y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su retiro, desde el retiro efectivo hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superiores, debidamente indexados y actualizados, y la declaración

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

que esas condenas no son incompatibles con la asignación de retiro reconocida al Oficial.

- 2.5** Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad entre la desvinculación del cargo y grado y el reintegro efectivo en el cargo y grado pertinente.
- 3.** Igualmente, se condene a la demandada a reparar el daño causado con la expedición del acto administrativo demandado, ordenando su indemnización de acuerdo a la tasación efectuada en ésta demanda y lo que resulte probado.
- 4.** Se ordene que las condenas respectivas serán actualizada e indexada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 5.** Que el Ministerio de Defensa Nacional dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A. y C.A.
- 6.** Que se condene en costas, agencias en derecho y gastos procesales a la demandada.
- 7.** Que se hagan las demás declaraciones y condenas que puedan desprenderse de las anteriores y de los hechos narrados en la demanda.

**NORMAS VIOLADAS:**

El acto administrativo demandado violó de manera flagrante los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 123, 209 y 217 de la Constitución Nacional, el artículo 100 modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 literal a) numeral 3 y el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, los artículos 3, 4, 5, 53, 64 y 65 del Decreto 1799 de 2000, los artículos 1, 3 y 44 de la Ley 1437 de 2011, y la Disposición No. 039 de 2003 del Comando General de las Fuerzas Militares, como se detalla a continuación.

**CONCEPTO DE VIOLACION:**

El acto administrativo atacado violentó de manera flagrante el ordenamiento legal atrás establecido por cuanto fue concebido, expedido y ejecutado, no con el ánimo de proteger el interés general, bajo el concepto de necesidad del servicio como motivo y buen servicio como finalidad, sino en obediencia a intereses individuales y motivaciones completamente contrarias al servicio público y que se

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

erigen sobre la arbitrariedad, de tal manera que los altos intereses del Estado, Ejército Nacional, no fueron la causa de su expedición ni la finalidad de la misma, sino, por el contrario, el uso de la facultad se motivó y desarrollo a fin de satisfacer el capricho y la subjetividad, vulnerando de manera irreflexiva derechos fundamentales de mi mandante, impidiéndosele ilegalmente su desarrollo profesional en la Carrera Militar al propiciar su retiro ilegal, ésta que, así, resultó truncada.

La violación a tales preceptos normativos se vislumbrará de manera fehaciente a continuación estudiando concomitantemente los cargos de violación que se achacan a los decisorios demandados en cada título jurídico de imputación.

## 1. NOCIONES PRELIMINARES:

A efectos de estudiar los cargos de violación enrostrados a la decisión administrativa sometida a control de legalidad en el presente evento, se realizará un análisis preciso sobre el marco jurídico que guía la carrera administrativa especial de las Fuerzas Militares y el retiro de ésta por la causal "Llamamiento a Calificar Servicios", con base en lo cual se plantearán los cargos de nulidad formulados.

### 1.1 LA CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES.

La Carrera Militar es una Carrera Administrativa Especial, tal y como se contempla en el artículo 217 de la Carta Política y lo reconoce la Jurisprudencia con fuerza de precedente Constitucional: "Es con base en este marco que la jurisprudencia de la Corte ha identificado tres categorías de sistemas de carrera. La primera es la general u ordinaria, que se aplica de forma preferente para las instituciones del Estado y tiene dentro de sus características particulares la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Art. 130 C.P.). La segunda **la conforman los sistemas especiales de carrera administrativa**, en los cuales la Constitución establece, de forma expresa, que **determinadas instituciones del Estado cuenten con un sistema de carrera particular**, como es el caso de la **carrera de las fuerzas militares** (Art. 217 C.P.), la de la Policía Nacional (Art. 218 inciso 3º C.P.), la de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), la de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), la de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 inciso 3º), la de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.), la de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.) así como el régimen de las

244



# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

universidades estatales (Art. 69 C.P.). ..."<sup>1</sup> (Negrillas fuera de texto).

El hecho que la Carrera Militar sea de naturaleza especial, no la aparta del cumplimiento de los principios y fines que se persiguen con el establecimiento del régimen de Carrera Administrativa, muy por el contrario, a tales fines y principios propios de la Carrera Administrativa ha de sujetarse su desarrollo, tal y como se expresa Jurisprudencialmente: "Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional (i) **protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos;** y (ii) **cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**"<sup>2</sup> (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, **reconociéndose como la permanencia por mérito es connatural a la carrera administrativa**, trátese de la categoría que se trate: General, especial o específica, y siendo la carrera administrativa concreción de los propios principios y fines del Estado Social de Derecho "Por tanto, la aplicación del sistema de carrera administrativa en una determinada entidad estatal, como concreción de la regla general prevista en el artículo 125 del Estatuto Superior, **tiene de entrada un fuerte respaldo constitucional, pues sus objetivos y fundamentos responden a precisos mandatos superiores, que a la vez que protegen el interés general en una Administración Pública eficiente y calificada, tutelan los derechos específicos de quienes acceden a la función pública...**

Por ende, la Corte ha considerado que existe una **estrecha vinculación entre el régimen de carrera administrativa y el Estado Social de Derecho**, en la medida que quienes sean llamados a desempeñar cargos públicos tienen la delicada labor de servir a la comunidad, hacer efectivos los principios, derechos y deberes constitucionales y promover la prosperidad general (art. 1 C.P.) De ahí que, la Constitución haya querido que la carrera administrativa sea la regla general de vinculación al Estado y que la misma deba fundarse en la excelencia en la selección de las

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.  
<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-153 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

personas que han de ingresar al servicio del Estado...<sup>3</sup> (Negrillas fuera de texto), se tiene en claro que el mérito, regla de movilidad propia de los regímenes de carrera, está inescindiblemente ligado a los principios y fines de la propia carrera administrativa que son, lo vimos, los mismos que contiene la naturaleza jurídica de los Estados Sociales de Derecho, lo que nos lleva a concluir que la **permanencia y el mérito son la confluencia de intereses constitucionales superiores que se orientar a proteger los fines del mismo Estado, lo principios de la Carrera Sdministrativa y los derechos del propio trabajador** como ser materializante de las acciones del ente Estado<sup>4</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha previsto que el alcance de la carrera administrativa no está circunscrito a la norma anotada sino que, antes bien, toma la forma de un principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho...<sup>4</sup>.

Y, justamente, el régimen especial de Carrera Administrativa de las Fuerzas Militares, contenido en el Decreto Ley 1790 de 2000, corregido por el Decreto 444 de 2001 y con las modificaciones introducidas por las Leyes 775 de 2002, 893 de 2004, 940 de 2005, 987 de 2005, 1104 de 2006, 1279 de 2009, 1405 de 2010 y Ley 1792 de 2016, **consagró el ascenso y permanencia para el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares.**

## 1.2 EL RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO POR LA CAUSAL "Llamamiento a Calificar servicios":

El artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, consagra en su literal a) numeral 3 la causal de retiro del servicio activo, con pase a la reserva, denominada "Por Llamamiento a Calificar Servicios".

Esta causal se encuentra desarrollada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 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...".

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 12 de julio de 2006. Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Se trata de una **facultad discrecional reglada**, es decir sometida a una serie de lineamientos formales y sustanciales, y, por supuesto, apegada a la finalidad del buen servicio de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Sobre esta causal, ya es conteste la Jurisprudencia en señalarle los elementos que deben guiar su ejercicio.

Esos elementos que han de reglar la decisión de retiro de un Oficial del servicio activo por la causal "Por Llamamiento a Calificar Servicios" para Oficiales, son:

1. La competencia.

Como todo acto administrativo, en el sistema de competencias regladas, el mismo debe ser expedido por funcionario competente. Par el evento que nos ocupa, siendo mi mandante Oficial de Grado Mayor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, la competencia la tiene el Ministro mediante Resolución Ministerial.

2. La existencia de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional expedida legalmente.

Par el caso en estudio, siendo **CESPEDES CORONADO** Oficial de Grado Mayor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, se requiere la recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

El acta respectiva no ha sido suministrada por la entidad demandada.

3. Que el Oficial afectado tenga derecho a asignación de retiro:

Este **elemento objetivo** corresponde a la exigencia consagrada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, **pero en manera alguna ello significa que esa sea la única motivación, finalidad y condición para la expedición del acto administrativo de retiro por la causal mencionada.**

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

4. Los motivos y las finalidades legales y ciertos y con la teleología del **mejoramiento del servicio** con criterios de **razonabilidad y proporcionalidad**:

Se trata del **elemento subjetivo** del uso de la facultad discrecional.

Todo acto administrativo, de manera general, tiene una motivación y finalidad, sea expresa o tácita, aún en tratándose de facultades discrecionales, motivo que es siempre la satisfacción de las necesidades del servicio y finalidad que será el **mejoramiento** del mismo, de tal forma que el acto administrativo, que concreta el ejercicio del poder en un determinado evento, será legal en ésta perspectiva **siempre que pretenda la satisfacción del interés general materializado en el mejoramiento del servicio**, así lo expresa la Jurisprudencia: "El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, **es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio**"<sup>5</sup> (Negrillas fuera de texto), y "**La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar 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. En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión....**"<sup>6</sup> (Negrillas fuera de texto).

El servicio público como medida de la discrecionalidad, materializada en la razonabilidad y proporcionalidad de

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Radicado No. 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09). Consejero Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

las decisiones administrativas, halla consagración legal en el artículo 44 del C.P.A. y C.A.

Ahora bien, dentro de esa razonabilidad y proporcionalidad, los motivos del acto administrativo de retiro por la causal "Llamamiento a Calificar Servicios" deben ser ciertos, reales, materiales, suficientes y objetivos como atrás lo vimos y se recalca para el evento específico: "6.5. El retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas.

...

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

...

De esta manera se concluyó que la facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general.

Ahora bien, la atribución que por razones del servicio puede emplearse para retirar a miembros de la Fuerza Pública, **no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes;** por el contrario, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder...

...

En conclusión, en la medida en que el Legislador ha venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

a través de las revisiones de tutela ha venido adoptando **posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad**, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como puede apreciarse, cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, **ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) por que la autoridad administrativa incurrió en una desviación de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación....**<sup>7</sup> (Negrillas fuera de texto).

En éste orden de ideas, el hecho que se estime que el ejercicio de una facultad discrecional, como lo es el llamamiento a calificar servicios, **no deba tener motivación expresa** en el acto administrativo que la ejercita "... **No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro**, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente **está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella**, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, **manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**"<sup>8</sup> (Negrilla fuera de texto), no quiere decir, como se vio, **que solo sea causada en el hecho que el Oficial afectado tenga derecho a asignación de retiro y menos que esa sea la finalidad de semejante decisión**, esto es que el simple hecho de tener derecho a una asignación de retiro no es ni puede ser el motivo de expedición del acto, **pues es claro que tal motivo**, así no se exprese en la decisión materia de la administración, **debe ser el mejoramiento del servicio**, así lo admite la

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Jurisprudencia unánimemente: "Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia **en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial**, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, **no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución**, sino también, **para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes**. En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, **si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto**, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que **tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**"<sup>9</sup> (Negrillas fuera de texto) y se agrega: "8. Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y **se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes...**"<sup>10</sup>.

Si se dejase la **decisión de retiro** por la causal "Por llamamiento a calificar servicios" **causada y motivada únicamente en la sola existencia del requisito objetivo de tener derecho a una asignación de retiro**, la consecuencia obvia es que **se constituiría, o bien en una causal de retiro forzoso** pues no sería posible, en el marco de los derechos Constitucionales de la administración y del trabajador, explicar porque se retirarían a unos y no a otros, o, de otro lado, **en una causal arbitraria** en la cual se retirarían a unos Oficiales y se dejarían en servicio a otros **bajo el simple capricho del competente**, esto es que la facultad ni siquiera se sujetaría a los principios de **razonabilidad y proporcionalidad propios del objetivo del mejoramiento del servicio** contenido en el artículo 44 del C.P.A. y C.A., lo cual sería un verdadero exabrupto jurídico.

## 2. LOS CARGOS FORMULADOS:

Bajo las nociones generales atrás establecidas, se pasa a

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

esgrimir los cargos endilgados a la decisión administrativa demandada según cada título jurídico de imputación.

## 2.1 PRIMER CARGO: ILEGALIDAD SUSTACIAL:

### 2.1.1 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPÉDICON IRREGULAR POR PRODUCIRSE EL RETIRO POR LA CAUSAL "POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS" CON BASE EN LA JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL QUE RESULTO ILEGAL POR NO CONSIDERAR LOS MOTIVOS DEL BUEN SERVICIO PARA RECOMENDAR EL RETIRO DEL OFICIAL.

En efecto, mediante Acta No. 006 del 1 de junio de 2016 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, al parecer se recomienda el retiro del servicio activo de **CESPEDES CORONADO** por la causal "Por Llamamiento a Calificar Servicios" bajo la consideración genérica de que éste Oficial tiene derecho a asignación de retiro y que por ello puede ser retirado "Aunado a lo anterior, las disposiciones mencionadas facultan al Gobierno Nacional, para decidir el llamamiento a claificar servicios a los uniformados que cumplan con el requisito del tiempo de servicio exigido que garantiza el acceso a una asignación de retiro, puesto que solo se está dando aplicación a una norma positiva que prevé la situación específica del retiro del servicio por el cumplimiento del lapso en servicio activo, preestablecido por la ley.", esto es que **la recomendación se emite solo bajo el entendido del cumplimiento del requisito objetivo del tiempo de servicio necesario para obtener la asignación de retiro y no considerando nada, objetivamente hablando, respecto del mejoramiento del servicio a pesar que en esa misma Acta se indica: "Que la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, **corresponde a una facultad que se ejerce** en pro del servicio por conveniencia del mismo y de la administración pública..."** (Negrillas fuera de texto).

**Esa contradicción logra desnudar como el buen servicio no fue JAMAS considerado para proponer el retiro del Oficial del servicio activo.**

Por otra parte, esa recomendación de retiro se muestra ligada a la ilegal decisión de no seleccionarlo al Curso de Estado Mayor impidiendo así su ascenso en la



# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Carrera Militar al grado de Teniente Coronel, por lo que la misma se encuentra también viciada.

Ahora bien, es necesario analizar el Acta aludida para establecer si fue expedida legalmente en cuanto a su conformación y decisiones, no obstante, como no fue suministrada, tal análisis se hará una vez pueda ser obtenida judicialmente.

## 2.1.2 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPÉDICON IRREGULAR POR DESATENDER LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES PARA EL RETIRO POR LA CAUSAL "POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS".

Como atrás se ha demostrado, a lo cual remitimos, no fueron los motivos del **mejoramiento del servicio** los que impusieron el retiro de **CESPEDES CORONADO**, púes la situación terminó limitándose al capricho del Comandante del Ejército Nacional y a los resultados presentados en una Evaluación espuria, **desechado los resultados contenidos en los documentos de Evaluación y Clasificación que según la Ley debían ser tenidos presentes y que determinaban el perfil profesional del Oficial y su idoneidad para permanecer en servicio activo**, lo que denota que la decisión demandada no solo es ilegales por desatender las normas que debieron basarla y expedirse irregularmente, sino inmersa en una clara desviación de poder.

## 2.1.3 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPEDICON IRREGULAR POR VIOLAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD PROPIOS AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES:

Como se ha demostrado en el análisis precedente, toda facultad discrecional, dentro de ellas la de retiro del servicio activo por la casual "Llamamiento a Calificar Servicios", se encuentra limitada por la finalidad del buen servicio, que a su vez tiene como guías la razonabilidad y proporcionalidad, tal y como se deriva del contenido del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011: "En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Igualmente, ya se demostró, como esa razonabilidad y proporcionalidad no estuvo presente en el evento que nos atañe pues:

1. **No es razonable**, por no estar adecuada a la finalidad del buen servicio consistente en que la misión constitucional del Ejército Nacional deba ser desarrollada por los mejores hombres a fin de garantizar su éxito, la decisión administrativa de retiro de **CESPEDES CORONADO**, por cuanto: 1. No se tuvo presente la Hoja de Vida del Oficial a fin de su retiro del servicio activo, lo cual no resulta razonable si se trata de que en servicio permanezcan los mejores y más convenientes hombres al amparo de la Ley y bajo criterios de objetividad, legalidad e igualdad en pos de mejorar el servicio. 2. No se analizaron los resultados objetivos del Oficial contenidos en su Hoja de Vida, en su Folio de Vida, en especial sus Evaluaciones y Clasificaciones anuales que determinan el perfil del Oficial y su capacidad e idoneidad para el servicio, lo cual no resulta razonable si se trata de seleccionar a los mejores y más convenientes al amparo de la Ley y bajo criterios de objetividad, legalidad e igualdad en aras de mejorar el servicio. 3. No es razonable, para los fines del buen servicio, haber retirado, a un Oficial cuyos resultados operacionales y administrativos fueron sobresalientes. 4. **NO** resulta tampoco razonable el hecho de que se haya colocado en situación de no selección al Curso de Estado Mayor y de no ascenso, que si de retiro, por efecto de un argumento ilegal, cual era unas Evaluaciones apartadas de la Ley y que desconocieron los resultados, que a la luz de las normas, había obtenido en sus Evaluaciones y Clasificaciones anuales en el grado y su Clasificación para ascenso **CESPEDES CORONADO**. Y 5. Tampoco resulta razonable que se haya escogido justamente a mi mandante para retiro, sin que exista un soporte objetivo y real que determine que se tenía que retirar, justamente a éste Oficial.

2. **NO fue proporcional** la decisión de retiro de **CESPEDES CORONADO** ya que la misma no

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

guarda proporcionalidad a los hechos que le sirven de base, en efecto: 1. Habiendo obtenido Clasificación en Lista No. 1 "EXCELENTE", de acuerdo a la Ley, tenía prelación sobre sus demás compañeros para permanecer en servicio activo, siendo entonces desproporcionado que esa Clasificación NO hubiese sido obedecida o al menos considerada. Permanecen en servicio personas Clasificadas en Listas 2 y 3. 2. Resulta desproporcionado que si **CESPEDES CORONADO** había obtenido excelentes Evaluaciones y Clasificaciones en sus Evaluaciones anuales durante su grado de Mayor, esos resultados se hubiesen desechado a fin de definir su permanencia en servicio activo. 3. Igualmente, es desproporcionado que el mérito del Oficial no haya siquiera considerado para definir su permanencia en servicio activo, y que se haya terminado truncando la vida profesional de un Oficial de Excelencia privando así al servicio público de una militar de éste talento. Y 4. No se muestran proporcional, tampoco, la decisión de retiro de **CESPEDES CORONADO** en cuanto que la finalidad del buen servicio aparece ausente, y finalmente, la escogencia de los Oficiales que no fueron retirados, se basó en la voluntad absoluta del Comandante del Ejército Nacional quien, de esa manera, asumió una competencia que no tenía.

## 2.1.9 ILEGALIDAD SUTANCIAL POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA:

Igualmente, en precedencia se probó como el ejercicio de la facultad de retiro por la causal "Por Llamamiento a Calificar Servicios", se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos a mi mandante y cuyos resultados no le fueron comunicados aún a pesar de solicitarlos posteriormente mediante derecho de petición, así, ningún derecho de defensa ni debido proceso tuvo como garantía.

## 2.2 SEGUNDO CARGO: FALSA MOTIVACIÓN:

La decisión de retiro del servicio activo por la causal "Llamamiento a calificar servicios" se encuentran falsamente motivadas como en precedencia se demostró, a lo cual remitimos y aquí reiteramos, por cuanto no es cierto que la

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

facultad discrecional, para el evento la de "Llamamiento a Calificar Servicios", se pueda ejercer únicamente bajo la existencia del requisito objetivo del derecho a percibir una asignación de retiro, en cuanto que el ejercicio de ésta debe ser razonable y proporcional, es decir deben tenerse presente las necesidades del servicio y su mejoramiento, lo cual no aconteció en nuestro evento, desechado a un Oficial de altísimas calidades y cualidades, y dejando en servicio a otros Oficiales con menores méritos y condiciones.

Cuando los motivos esgrimidos en los actos administrativos resultan ser falsos, sobreviene la anulación de éstos "... La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición..."<sup>11</sup>, de tal manera que al resultar probado que, en el presente evento, la administración expidió los actos administrativos demandados con FALSA MOTIVACION, deberá procederse a decretar su nulidad.

## 2.3 TERCER CARGO: DESVIACION DE PODER:

El caso que nos ocupa es un evidente desvío de poder por abuso del mismo y que en sí es una vía de hecho.

Como ya se ha demostrado, a lo cual nos remitimos, no fue la finalidad del buen servicio lo que impuso la expedición del acto administrativo atacado.

Si la desviación de poder es considerada como "... una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2º. de la Constitución Política y artículo 2º. del Código Contencioso Administrativo) lo cual constituye la esencia de su ser..."<sup>12</sup> es evidente que, en el presente caso, en

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2008-00066-01(1982-10). Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Arangueren.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de febrero de 2009. Radicado No. 3009-2004. Consejera Ponente BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

donde se ha probado, y a ello remitimos, que la finalidad del mejoramiento del servicio o buen servicio no fue siquiera considerado para expedir el acto administrativo demandado, el ejercicio del poder está más que desviado.

Y aún más grave es, que, sin establecer las condiciones del mejoramiento del servicio para ejercer la facultad discrecional de retiro por llamamiento a calificar servicios en el evento de **CESPEDES CORONADO**, es decir, las reales y verdaderas necesidades del servicio con la idoneidad y experiencia de mi mandante para permanecer en servicio y satisfacer el mismo, se haya pretendido escudar las decisiones en motivos evidentemente ilegales y falsos como quedó demostrado, procediendo así, en forma completamente irracional y desproporcionada, a retirarlo del servicio activo, desobedeciendo las reglas que gobiernan esas facultades que exigían considerar las necesidades del servicio y su mejoramiento como motivación legal, real y material, verificación de las necesidades del servicio y mejoramiento del mismo, así como no atender otros criterios de diferentes al buen servicio, usando, entonces, la facultad discrecional en forma arbitraria, caprichosa e injusta lo cual repugna al Estado Social de Derecho y causa afectación ilegal a los derechos del afectado, teniendo como consecuencia una evidente afectación al servicio.

Diciente sobre el caso es que se haya desatendido, sin motivo alguno, el resultado de las Evaluaciones y Clasificaciones obtenidas por mi mandante y su propia Clasificación para ascenso y que, además, se hayan ignorado por completo los logros profesionales-militares de mi mandante que satisfacían la necesidad institucional ésta que, ante su salida, se vio acrecentada.

El poder público contenido en la facultad discrecional "... no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia..."<sup>13</sup>.

No queda duda, tampoco, que el fin oculto en el presente caso fue realizar la escogencia de Oficiales Mayores para

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Radicado No. 2010-01239. Consejera Ponente MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

retiro del servicio activo "Por llamamiento a Calificar Servicios" en forma arbitraria y caprichosa, a voluntad absoluta del Comandante del Ejército Nacional sin miramiento del mejoramiento del servicio, es decir, en forma desproporcionada e irracional, lo cual se acrecentó cuando mi mandante pretendió conocer los motivos de su no ascenso y demandó judicialmente esa decisión.

De manera pues que existe evidente y probada contrariedad entre el fin perseguido por la Ley al contemplar la selección libre para retiro por llamamiento a calificar servicios y el obtenido con el retiro de **CESPEDES CORONADO**, pues el móvil para producir el retiro no fue, ni lógicamente puede serlo, el del buen servicio sino el de agredir ilegalmente a un Oficial de altísimas calidades personales y profesionales "La misión especial que le ha conferido la Constitución Política a la Fuerza Pública, y en especial a la Policía Nacional, como garante, entre otras, de la materialización de un orden justo, requiere la existencia de ciertas facultades en cabeza de sus máximas autoridades, entre ellas y la principal del Presidente de la República..., tendientes a obtener un mejor servicio.

Dentro de dichos mecanismos la posibilidad del retiro del servicio, por llamamiento a calificar servicios, se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal con el objeto de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la Institución.

Dicha facultad, sin embargo, no puede interpretarse aisladamente de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, las cuales se presumen..."<sup>14</sup>.

Desvirtuada entonces la presunción de legalidad y amparo en razones del buen servicio, el acto administrativo demandado devienen en nulo pues el poder con el cual se expidió y que se materializó en él, se ejerció en forma ilegal y por demás arbitraria y caprichosa, desproporcionada e irrazonablemente, lo cual ocasiona que el cargo deba prosperar al abrigo de los artículos 137 y 138 del C.P.A. y C.A.

Es claro entonces que la facultad de retiro por la causal

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 14 de agosto de 2009. Radicado No. 25000-23-25-000-1999-06698-01(3981-05). Consejero Ponente VICTOR HERNADO ALVARADO ARDILA.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

"Llamamiento a Calificar Servicios" no fue usada en el presente caso "... en pro del servicio por conveniencia del mismo y de la administración pública..." (Dice la Jurisprudencia: "El retiro por llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad la renovación del personal de los cuerpos armados y la manera corriente de terminar la carrera oficial, que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional, al permitir el ascenso de los más sobresalientes. Por este motivo no puede ser ejercida con otra finalidad, como por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta..."<sup>15</sup>), sino que se utilizó como "... una herramienta de discriminación o persecución, hipótesis que configuraría una desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo..." (Expresa la Jurisprudencia: "En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el *llamamiento a calificar servicios* pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder..."<sup>16</sup> y agrega: "...el precedente fijado por la Corporación no desconoce que los actos de llamamiento están sujetos a un eventual control judicial. De esta manera, la Corte manifestó que los jueces administrativos en estos casos, no solo deben verificar que se cumplan con los requisitos de tiempo y recomendación de la junta, que deben quedar expresamente consignados en la resolución de retiro, sino también deben evitar que el instrumento sea utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (como quiera que se busca evitar que la misma sea utilizada para desconocer los derechos fundamentales de los oficiales)..."<sup>17</sup>).

## ESTIMACION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y DEL DAÑO:

La expedición del acto administrativo cuya nulidad se pretende, ha causado la violación de derechos a mi mandante cuyo restablecimiento se busca.

Esa violación de sus derechos, carga que legalmente no debe soportar, ha causado un daño antijurídico.

Para el caso, configurada la nulidad del acto y el daño indemnizable, existe:

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrada Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Una acción de la entidad pública, cual es la decisión ilegal de retirar del servicio activo contenida en el acto administrativo demandado; un daño que es antijurídico, propio, actual, cierto, evaluable e indemnizable; y un nexo de causalidad inexorable entre el daño antijurídico y el acto administrativo demandado.

De ésta forma están presentes, para el caso, los elementos propios para configurar la responsabilidad patrimonial y la consecuente indemnización reclamados a título restablecimiento del derecho y reparación del daño.

1. Ese restablecimiento del derecho comprende:

- 1.1 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** al servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, sin solución de continuidad, en el mismo cargo en que fue retirado o uno de igual o superior posición, jerarquía y funciones acordes con el grado que deba reconocerse al momento de la sentencia.
- 1.2 El reintegro del señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO** al servicio activo en el grado en el que fue retirada o en el grado que deba ocupar al momento del reintegro de acuerdo a las normas de carrera militar teniendo presente su derecho ascenso con sus compañeros de curso que ascendieron, y de acuerdo al tiempo de servicio, todo estimado al momento en el que se materialice el reintegro.
- 1.3 El o los ascenso o ascensos al grado superior o superiores a en el que fue retirado del servicio activo el señor Mayor (RA) **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que se tenga al momento del reintegro en cada grado por efecto de las normas de carrera con sus compañero de curso que han ascendido a grados superiores al de Mayor.

Al respecto se ha dicho: "(II.2.2) Con miras a establecer lo anterior, lo primero que debe advertir la Sala es que en el presente asunto la accionada ha esgrimido un motivo objetivo en virtud del cual no es dable el llamamiento a curso de ascenso del aquí accionante. Dicho aspecto tiene que ver con el requisito establecido en el artículo 21 numeral 1º del Decreto 1791 de 2000 concordante con el artículo 23 ibídem, y no es otro que el de la antigüedad en el grado de Capitán. A su turno, este tópico trascendental dentro de la discusión



# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

tiene una característica adicional, en la medida en que la antigüedad pasa por el análisis de un reintegro ordenado por vía judicial.

En este contexto, entonces, lo primero que debe advertirse es que el supuesto que aquí se discute difiere de aquél tratado en otras oportunidades en las que el asunto se centra en la facultad discrecional de la Fuerza Pública de llamar o no a curso de ascenso, pues en el caso ahora planteado lo que se discute es un argumento objetivo que le ha impedido al accionante continuar en su proceso para ser llamado al tantas veces citado curso de ascenso.

Adicionalmente, debe resaltarse que bajo un razonamiento debidamente ponderado podría argumentarse que la pretensión que aquí se ventila pudo o puede adelantarse a través de un proceso ejecutivo, en el que se debata que el ascenso al grado de Capitán que se ordenó en la Sentencia de 23 de abril de 2009 tenía efectos retroactivos, pues -en todo caso- la revinculación se da sin solución de continuidad. En este nuevo escenario, pues, la conclusión a la que se arriba es similar al análisis anterior en el que se afirmó que ante la existencia de mecanismos ordinarios de defensa la acción de tutela es improcedente.

(II.2.3) No obstante lo anterior, encuentra la Sala una serie de argumentos que permiten inferir que los medios de defensa a los que se ha hecho referencia no son idóneos en el presente asunto. Veamos:

- El argumento al que acudió la Policía Nacional para justificar su decisión de no llamar al accionante a curso de ascenso recayó, tal como se refirió previamente, en la antigüedad del interesado. **Dicho elemento dentro de la relación laboral del petente ha sido determinado de manera incuestionable por la misma Policía Nacional, quien mediante una decisión que fue declarada ilegal impidió el normal desarrollo de sus actividades. O, dicho de otra manera, la accionada le está oponiendo a la pretensión del accionante una situación que ella misma generó al haberlo desvinculado ilegalmente [pues así se declaró en la Sentencia de 23 de abril de 2009] del grado de Teniente cuando se encontraba en curso para ascenso al grado de Capitán.**

- Dentro de este marco, someter al accionante a un nuevo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho sería tanto como desconocer la eficacia de una decisión judicial y con ello poner en riesgo el derecho a un recurso judicial efectivo. A su turno, tampoco es admisible remitirlo a un proceso de ejecución cuando es evidente que la actuación que aquí se cuestiona no solo es lesiva del derecho a la igualdad sino de la misma naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [restablecer las cosas -en la medida de

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

lo posible- al estado en el que se encontraban antes de la decisión que se declara ilegal] lo que incide en el derecho al debido proceso [tal como a continuación se expondrá].

**Adicionalmente, ninguna de las dos posibilidades previamente planteadas es idónea para la protección de los bienes jurídicos que se encuentran de por medio -en las circunstancias descritas- pues implicaría no solo un mayor alejamiento del accionante respecto de sus compañeros de curso sino una imposibilidad de continuar de manera normal con su carrera, pues un retraso de antigüedad en un grado incide indiscutiblemente en el próximo y una decisión judicial que se extienda en el tiempo puede llegar a permitir que en actividad el interesado no pueda arribar a sus aspiraciones profesionales y económicas e incluso, que ante la eventualidad de un retiro, los efectos de una providencia favorable no puedan materializarse adecuadamente pues finalmente no se le ha permitido al interesado realizar los cursos respectivos y con ello ascender en el escalafón.**

(II.2.4) En conclusión, atendiendo a las particularidades del caso, la Sala considera que en el presente asunto la acción de tutela es el mecanismo llamado a proteger los derechos del accionante, por cuanto:

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A., la acción subjetiva de nulidad tiene por objeto desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo y obtener el respectivo restablecimiento del derecho y reparación del daño.

**Dicho restablecimiento del derecho y reparación del daño, a su turno, debe ser integral y buscar al máximo posible dejar al afectado en la misma posición que se encontraba al momento en que le fue lesionado su derecho con la actuación del Estado, materializada en un acto administrativo ilegal.** Concretamente, en tratándose de retiros del servicio en los que se acredite un vicio de legalidad, como restablecimiento del derecho se procede a ordenar, en principio, **el reintegro** del empleado al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, resaltándose que ello se hace -para todos los efectos legales- sin solución de continuidad.

- En el asunto sometido a consideración el juez que conoció del retiro discrecional del que fue objeto el señor Olivos González cuando se encontraba en el grado de Teniente consideró que, en la medida en que para el momento de su desvinculación el interesado estaba realizando curso de ascenso para el grado de Capitán, no resultaba lógico su reingreso a la Institución en un grado inferior al de Capitán.

Adicionalmente debe resaltarse que en su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el interesado solicitó: "(...) se ordene el

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

*reintegro del demandante, sin solución de continuidad, al grado de Teniente o Capitán si al tiempo de ejecutoria de la sentencia que se profiera a su favor sus compañeros de promoción o curso ostenta este grado en la institución", lo que indica que desde el inicio de su reclamación el actor ha sido diligente en solicitar la protección de su derecho a la igualdad.*

Ahora bien, independientemente de que se comparta o no la orden expresa a la que arribó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, **lo cierto es que el reintegro -tal como se anotó anteriormente- se ordena sin solución de continuidad, pues de conformidad con la naturaleza de la acción particular de legalidad, importa que el interesado retome su estatus como si éste no hubiera sido afectado por una decisión equivocada de la administración, en este caso, de su empleador.**

- Así entonces, bajo una interpretación que atiende a la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que le da alcance en toda su extensión a la expresión "*sin solución de continuidad*" [en garantía del derecho al debido proceso], **debe afirmarse que la situación del accionante a la fecha -en virtud del derecho a la igualdad- debe equipararse a la de sus compañeros de curso. Y ello es así, en la medida en que quien impidió el normal ejercicio de su empleo fue el mismo empleador y que ello lo ocasionó a través de una decisión que fue declarada ilegal.**

(II.2.5) No obstante lo anterior, es de resaltar que a pesar de superarse el requisito de antigüedad -el cual debe ser revisado por la Policía Nacional recurriendo como parámetro de comparación a la situación de los compañeros de curso del interesado- se ordenará que el llamamiento efectivo al curso [el cual no sólo depende de la valoración objetiva del requisito de antigüedad] así como su posterior ascenso sean analizados por vía administrativa, atendiendo para el efecto que en esta providencia se está ordenando revisar la antigüedad del accionante en el grado de Capitán....<sup>18</sup>. (Negritas fuera de texto).

- 1.4 El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, subsidios, primas, etc., y demás haberes y emolumentos dejados de devengar por efecto de su retiro, desde el retiro efectivo hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo su reliquidación por ascenso a grados superiores, debidamente indexados y actualizados, y la declaración que esas condenas no son incompatibles con la asignación

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 19 de enero de 2012. Radicado Carrera 24 No. 63 C - 28 Oficina 503 Edificio Centro Profesional. Telefax: No. 4 825615 y Celular No. (310) 2 390851. E-mail: [nizamudio@bo.arenas.com.co](mailto:nizamudio@bo.arenas.com.co)

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

de retiro reconocida al Oficial sobre lo que expresa la Jurisprudencia: "El restablecimiento ordenado, conforme al artículo 85 del C.C.A., buscó volver las cosas al estado en que estaban, como si el acto administrativo no hubiese sido expedido, y en virtud de ello, se ordenó su reintegro al servicio sin solución de continuidad, el pago de los salarios y prestaciones, a título indemnizatorio o resarcitorio, remunerando unos servicios que, efectivamente, no fueron prestados pero que por la ficción legal se tiene como si nunca se hubiera desvinculado del servicio. Ahora bien, la invalidez o anulación de que fue objeto el acto administrativo que lo retiró del servicio no vicia la legalidad del reconocimiento de la asignación de retiro ordenado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en favor del demandante ya que tal situación administrativa tuvo como origen el cumplimiento de la normatividad legal que le permitía devengar la asignación de retiro. El hecho de que por una ficción legal considere que el accionante efectivamente nunca se desvinculó del servicio, no altera el hecho de materialmente sí estuvo por fuera y que, en tal condición hubiese percibido la asignación de retiro implica la anulación o desaparición del tiempo en que permaneció incólume la legalidad del acto de retiro se hayan producido consecuencias ajustadas a la legalidad, como la percepción de la asignación de retiro. En consecuencia, desde cuando fue retirado del servicio, el 27 de enero de 1995 hasta el 30 de agosto de 2002 en que fue efectivamente reintegrado a la Nación, Fuerzas Militares de Colombia, Armada Nacional, la asignación de retiro percibida por el accionante obedeció al cumplimiento de las condiciones requeridas para ello y, en consecuencia, es compatible con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de un reintegro, pues este último se reitera, es a título indemnizatorio..."<sup>19</sup>.

A la fecha se estima por éste concepto la suma de VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y UN PESOS M/C (\$29.836.051,00).

- 1.5 Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad entre la desvinculación del cargo y grado y el reintegro efectivo en el cargo y grado pertinente.

## 2. La indemnización de los daños causados de acuerdo al artículo

No. 25000-23-15-000-2011-02862-01. Consejero Ponente el Doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 13001-23-31-000-2003-02110-01(2295-08). Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

138 de la Ley 1437 de 2011 y que se establece razonablemente de la siguiente manera conforme a las formulas regularmente aceptadas y los cálculos actuariales reconocidos teniendo presente el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 como reparación del daño:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, se estima la indemnización buscada, razonadamente y bajo juramento, en las pretensiones y sumas que se indican a continuación las cuales aprecio se tengan rendidas bajo juramento estimatorio.

**1. DAÑO MATERIAL:**

CONCEPTO	FECHA	VALOR	TIPO DE DAÑO
PAGO HONORARIOS DE ABOGADO (Anexo No. 14).	16 de febrero de 2018.	\$2.000.000	EMERGENTE CONSOLIDADO
Fotocopias		\$200.000	EMERGENTE CONSOLIDADO
OTROS GASTOS: Transportes para atender el caso.		\$300.000	EMERGENTE CONSOLIDADO
HONORARIOS DE ABOGADO (Anexo No. 14).	Terminación del proceso con sentencia en firme	\$2.000.000	EMERGENTE FUTURO
TOTAL		\$4.500.000	

Total por éste concepto **CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$4'500.000,00).**

**2. DAÑOS MORALES:**

Relativos al sufrimiento y dolor ante la forma ilegal en que procedió la entidad y el sentimiento de impotencia y desazón, así como el sentimiento de deshonor y perdida del buen nombre que generó el retiro del servicio activo en forma tan abrupta y así el soslayar el desarrollo dentro de la Carrera Militar de mi mandante quien tenía la justa expectativa de llegar al máximo grado de ella, General, según sus méritos, todo lo cual ha sumido en aflicción psicológica a mi mandante perceptible por su círculo familiar y social, y afectando su vida en relación.

Teniendo en cuenta el referente del artículo 97 de la Ley 599 de 2000, aceptado como base para determinar éste tipo de daños, se solicita el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en todo caso el tope máximo de los que al

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

momento de fallarse ésta acción admita la jurisprudencia inclusive si se trata de gramos oro.

**ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA:**

Teniendo en cuenta que se trata de una situación de naturaleza laboral que involucra una prestación periódica, siguiendo el contenido del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, la cuantía para el presente evento se estima en **VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y UN PESOS M/C (\$29.836.051,00)**, tomando como referencia el Anexo No. 14 por cuanto ni el daño material futuro ni el moral se toman en cuenta, el primero por tratarse de daños al momento de la demanda y el segundo por no ser el único reclamado, siendo entonces la mencionada pretensión de restablecimiento del derecho la de mayor valor.

**COMPETENCIA:**

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 155 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, ha de tenerse en cuenta la cuantía establecida anteriormente para fijar la competencia en los **jueces administrativos**, que serán del **Circuito de Bogotá D.C.**, por cuanto según el artículo 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 el último lugar donde laboró mi mandante es de la Jurisdicción de Bogotá D.C. (Anexo No. 3).

**DERECHO:**

Esta demanda se fundamenta en los artículos 137 (causales de nulidad), 138 y ss. del C.P.A. y C.A.; y, en las disposiciones citadas en el acápite de las normas violadas y concepto de violación, y demás normas aplicables al caso.

**ACCION Y PROCEDIMIENTO:**

Esta acción corresponde a la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del C.P.A. y C.A., y al procedimiento ordinario contencioso administrativo previsto en Título V de la Ley 1437 de 2011.

**CADUCIDAD:**

Teniendo en cuenta que el último acto administrativo (Anexo No. 2) fue emitido el **31 de julio de 2017**, y que la solicitud de conciliación prejudicial se radicó el **28 de noviembre de 2017**, agotándose el

266

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

requisito de procedibilidad con fecha **28 de febrero de 2018** (Anexo No. **15**) se tiene que la acción no ha caducado por no haber transcurrido los cuatro (4) meses dispuestos en el artículo 164 numeral 2 literal d) de la Ley 1437 de 2011.

## PRUEBAS:

Ruego tener como pruebas de los hechos y afirmaciones contenidos en esta demanda, las siguientes, todas pertinentes y conducentes al objeto del litigio según la mención que en ella se hace:

### 1. DOCUMENTALES:

#### 1.1 Las que se aportan con la demanda:

- 1- Poder debidamente otorgado.
- 2- Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017.
- 3- Extracto de Hoja de Vida.
- 4- Certificación Curso al cual pertenece.
- 5- Folios de Vida 1999-2016.
- 6- Orden No. 20 del 7 de marzo de 2016.
- 7- Disposición No. 039 de 2003.
- 8- Concepto de Idoneidad Profesional superior.
- 9- Concepto de Idoneidad Profesional Unidad.
- 10- Petición del 5 de diciembre de 2017.
- 11- Reiteración de petición del 10 de enero de 2018.
- 12- Demanda de tutela.
- 13- Constancia haberes devengados.
- 14- Contrato de prestación de servicios.
- 15- Constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad.

#### 1.2 Las que se requiere sean solicitadas al Comando del Ejército Nacional ubicado en la Avenida El Dorado-CAN- Comando Ejército Nacional- Calle 26 con Carrera 52 Piso de Bogotá D.C. Teléfono 3150111: Ruego oficial a esa dependencia a fin allegue a su despacho copia autenticada e integral de la siguiente documentación y certificaciones relativas al demandante **CESPEDES CORONADO** y a fin de demostrar hechos de la demanda según la naturaleza de esos documentos frente a las respectivas referencias de la demanda que otorgan su utilidad, pertinencia y conducencia, las cuales, a pesar de haberse peticionado no fueron expedidas oportunamente:

##### 1.2.1 Resumen o Extracto de Hoja de Vida actualizado.

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

- 1.2.2 Todos los documentos de Evaluación y Clasificación de toda su carrera militar incluyendo el lapso evaluable 2016-2017.
- 1.2.3 De la Hoja de Vida completa, incluyendo la constancia escrita de los motivos que ocasionaban el retiro del servicio activo de mi poderdante.
- 1.2.4 De todos los conceptos de idoneidad profesional emitidos sobre mi mandante durante los años de permanencia en el grado de Mayor.
- 1.2.5 De las normas y procedimiento mediante el cual se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que sería retirados del servicio activo por la causal "Llamamiento a Calificar Servicios" en el mes de julio de 2017, y los resultados de los mismos.
- 1.2.6 De la propuesta de retiro del servicio activo de mi mandante, elevada por el Comandante del Ejército Nacional ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, incluyendo los hechos que motivaron esa situación.
- 1.2.7 Del acta No. 06 del 01 de junio de 2017 de la Juntas Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en la cual se haya recomendado el retiro del servicio activo de mi mandante.
- 1.2.8 De la exposición de motivos de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 que retira del servicio activo a mi poderdante.
- 1.2.9 De la constancia de notificación o comunicación de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 que retira del servicio activo a mi poderdante.
- 1.2.10 Certificación en la cual conste el lugar o puesto ocupado en el escalafón militar general y dentro de sus compañeros de curso.
- 1.2.11 Certificación en la cual consten los motivos que determinaron el retiro del servicio activo de mi mandante.
- 1.2.12 Certificación en la cual conste si los Oficiales del



# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Grado Mayor que no fueron seleccionados para el Curso de Estado Mayor 2017, al 1 de agosto de 2017 fueron, en su totalidad retirados del servicio activo, de no ser así especificar quienes no fueron retirados y quienes si lo fueron.

- 1.2.13 Certificación en la cual conste si, de acuerdo al tiempo en el grado, mi mandante debe ser considerado para Curso de Estado Mayor 2017 y para ascenso en el mes de diciembre de 2017.
- 1.2.14 Certificación en la cual conste el último lugar de trabajo señalando: Cargo, unidad, ciudad y departamento de ubicación.
- 1.2.15 Certificación en la cual conste los últimos haberes devengados por mi mandante al momento de su retiro del servicio activo.
- 1.2.16 Certificación en la cual conste las Listas de Clasificación que durante el grado de Mayor tenían los cinco (5) compañeros de curso de mi mandante ubicados jerárquicamente por debajo o que le preceden a él en el escalafón militar (Menos antiguos) que haya ascendido al grado de Teniente Coronel en Diciembre de 2017 y se encuentren aún en servicio activo, así como la Lista de clasificación para ascenso que les fue otorgada a cada uno de ellos.

**2. TESTIMONIALES:** Rego citar y oír en testimonio, de acuerdo al interrogatorio que formularé en la audiencia dispuesta al efecto, a las siguientes personas que declararán sobre los hechos de la demanda que les conste:

- 2.1 Al señor Coronel **ABDIAS CAPERA TOVAR**, quien fuera el Presidente del Comité Evaluador que Evaluó a **CESPEDES CORONADO** para recomendación a selección al curso CEM 2017, a fin testimonio todo cuanto le coste de ese proceso, explique los errores cometidos en esa Evaluación, y la incidencia de ese proceso en el posterior retiro del oficial y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en el Comando de Personal del Ejército Nacional ubicado en la Carera 46 No. 20C-79 de Bogotá D.C. o en la última dirección que registre en su Hoja de Vida. Por lo anterior aprecio comisionar al efecto a los Juzgados

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*


---

 Administrativos del Circuito de Bogotá D.C.

- 2.2 Al señor Coronel **EDILSON FERNANDEZ SIERRA**, superior directo de mi mandante, a fin declare sobre el desempeño profesional militar, su perfil para permanecer en servicio activo, su aporte en el cargo a la Institución, los daños sufridos por su retiro del servicio activo y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en Diagonal 107 No. 6-90 Apartamento 201 de Bogotá D.C.
- 2.3 Al señor Teniente Coronel **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, quien fue superior de mi mandante, a fin declare sobre el desempeño profesional militar, su perfil para para permanecer en servicio activo, su aporte en el cargo a la Institución, los daños sufridos por su retiro del servicio activo y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en Carrera No. 71F No. 12B-51 Torre 1 Apartamento 1004 de Bogotá D.C.
- 2.4 Al señor Teniente Coronel **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS**, quien fue compañero de mi poderdante, para que declare sobre el desempeño profesional militar de mi mandante, sus méritos, la situación que vivió mi mandante respecto de su retiro del servicio activo y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en Casa 18 BR 17 Kilómetro 1 Vía al Mar de Carepa (Antioquia).
- 2.5 Al señor Mayor **RICARDO ADOLFO CLAVIJO PIÑEROS**, compañero de curso, a fin declare todo cuanto le coste del retiro del servicio activo de mi mandante, el desempeño profesional militar de mi mandante, los daños sufridos por su retiro del servicio activo y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en la Carrera 7 No. 106-00 de Bogotá D.C.
- 2.6 Al señor Mayor **ALEXANDER PULGARIN RENDON**, compañero de curso, a fin declare todo cuanto le coste del retiro del servicio activo, el desempeño profesional militar de mi mandante, los daños sufridos por su retiro y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en la Carrera 43A No. 22-13 Etapa 2 Casa 59 de Neiva (Huila).

270

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogada*

- 2.7 Al señor **CELIO CESPEDES SANCHEZ**, a fin declare todo cuanto le coste del desempeño profesional militar de mi mandante, los daños sufridos por su retiro del servicio activo y demás aspectos que interesan a la demanda y sobre los cuales se solicita declare. Esta persona puede ser citada en la Calle 22B No. 58-21 Torre 6 Apartamento 122 de Bogotá D.C.

**NOTIFICACIONES:**

LA ENTIDAD PUBLICA DEMANDADA: **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, en la Avenida El Dorado-CAN-Calle 26 con Carrera 52 de ésta ciudad o en el lugar delegado al efecto. Teléfono 3150111

E-mail: [Notificaciones.Bogota@mindefensa.gov.co](mailto:Notificaciones.Bogota@mindefensa.gov.co)

EL DEMANDANTE: Mayor **JUAN PABLO CESPEDES CORONADO**, en la Calle 22B No. 58-21 Torre 6 Apartamento 122 de Bogotá D.C. Teléfono 3185168265.

E-mail: [juances2321@gmail.com](mailto:juances2321@gmail.com)

Este apoderado en la Carrera 24 No. 63 C-28 Oficina 503, Teléfono 4825615 de Bogotá D.C.

E-mail: [nizamudio@hotmail.com](mailto:nizamudio@hotmail.com)

**ANEXOS:**

1. Poder debidamente otorgado.
2. Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017.
3. Extracto de Hoja de Vida.
4. Certificación Curso al cual pertenece.
5. Folios de Vida 1999-2016.
6. Orden No. 20 del 7 de marzo de 2016.
7. Disposición No. 039 de 2003.
8. Concepto de Idoneidad Profesional superior.
9. Concepto de Idoneidad Profesional Unidad.
10. Petición del 5 de diciembre de 2017.
11. Reiteración de petición del 10 de enero de 2018.
12. Demanda de tutela.
13. Constancia haberes devengados.
14. Contrato de prestación de servicios.
15. Constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**  
*Abogado*

16. CD con poder y demanda.
17. Copia demanda y anexos para el archivo.
18. Copia demanda y anexos para el traslado a la entidad demandada.
19. Copia demanda y anexos para el traslado al Ministerio Público.
20. Copia demanda y anexos para el traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ruego admitir la demanda, reconocer personería, y proceder según mi pedimento.

De Usted.

Cordialmente

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**

C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.

T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.

Anexo. Lo anunciado.

Id Documento: 11001031500020210771100005025010004

NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

Abogado

Bogotá D.C., 04 de marzo de 2020.

Doctora  
KISSY JHOANA SAENZ CORDOBA  
JUEZ 19 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.  
Ciudad.

REF. Apelación Sentencia de Primera Instancia.  
Radicado No. 11001333501920180007000  
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.  
Demandante: JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.  
Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL.

OFICINA DE APOYO  
JUZGADO ADMINISTRATIVO  
CORRESPONDENCIA  
2020 FEB 4 PM 1:21

015848

Respetada señora Juez:

En mi condición de apoderado del demandante dentro del asunto de la referencia según poder obrante dentro del mismo, comedidamente me permito manifestarle que presento y sustento recurso de **APELACION** en contra de la sentencia proferida en esa actuación judicial fechada 21 de febrero de 2020 y en la cual se dispuso negar las pretensiones de la demanda, a fin sea revocada en su integridad y en su lugar se concedan los pedidos del libelo demandatorio, de acuerdo a lo siguiente que constituye le motivo de disenso:

**1. DE LA SENTENCIA RECURRIDA:**

Adujo la sentencia objeto de alzada en sus principales apartes: "... De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que dentro de las causales para efectuar la desvinculación del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, está la concerniente al retiro temporal, con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios, situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, es retirado del servicio, siempre y cuando se cumplan los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, y previa recomendación por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

**DE LA FACULTAD DISCRECIONAL**

Ahora bien, con relación a la discrecionalidad de las decisiones de retiro del personal de la Fuerza Pública y en especial la causal denominada "llamamiento a calificar servicios", se entiende por éste, una situación que corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad.

La potestad obedece al ejercicio de una facultad autorizada por el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública.

El retiro del servicio por llamamiento a calificar, es un instrumento institucional de relevo dentro de la línea de jerarquía, en donde se pone

Id Documento: 11001031500020210771100005025010004

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

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.

La facultad discrecional 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.

El Gobierno Nacional tienen la facultad de retirar del servicio activo a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares por la causal de llamamiento a calificar servicios, sin que sea necesario explicitar de otro modo sus móviles, estas decisiones se asumen como proferidas en ejercicio de sus potestades y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público.

Por tanto, se presumen ajustadas a la normatividad, a menos que se demuestre conforme al inciso 2° del artículo 137 del CPACA, que se contravinieron las normas en que deberían fundarse o fueron expedidas irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. No obstante, corresponde a la parte demandante en esos eventos demostrar las violaciones normativas causadas.

**DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES**

Los actos discrecionales no requieren motivación expresa alguna y es precisamente a quien alega que no se siguieron los principios de racionalidad y razonabilidad en los fines de la decisión de la administración, quienes deben probarlo dentro del proceso la transgresión a la Ley, para que pueda ser anulada, porque las decisiones se presumen legales.

...

De conformidad con la jurisprudencia expuesta, se logra concluir que la motivación está incluida en la ley de tal forma, que si se cumple con los requisitos de un tiempo de servicio que lo haga acreedor a una asignación de retiro y la existencia de una recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, se entenderá que el acto administrativo se encuentra plenamente motivado.

**FINALIDADES DE LA POTESTAD DISCRECIONAL**

La facultad discrecional debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

Al respecto el artículo 44 del CPACA., prescribe como condición de expedición de toda decisión discrecional lo siguiente:

...

De conformidad con lo expuesto la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.

De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como el caso de la Fuerza Pública, es el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL RETIRO DEL SERVICIO EN VIRTUD DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

...

En ese orden de ideas, se concluye que el retiro del servicio activo de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, es un acto discrecional que tiene pleno respaldo constitucional y legal, pero esa discrecionalidad no es absoluta, pues se deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se deben sustentar en cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública, es decir, este tipo de actos administrativos se presume que fueron expedidos con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio...

### **DEL CASO CONCRETO**

#### **HECHOS PROBADOS:**

De las pruebas recaudadas y los antecedentes administrativos aportados legal y oportunamente al expediente, se logra establecer:

Del extracto de hoja de vida, se establece que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, ingresó al Ejército Nacional el 1° de diciembre de 1999 y fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios el 31 de julio de 2017, acumulando un tiempo de servicios de 21 años, 9 meses y 11 días (fols.316).

Del certificado laboral expedido por el Oficial Sección de Atención al Usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional DIPER, se establece, que el demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, se incorporó en calidad de Alumno Oficial al servicio del Ejército Nacional el 19 de enero de 1996 hasta el 31 de noviembre de 1999, posteriormente, entre el 1° de diciembre de 1999 al 31 de julio de 2017, ostentó el grado de Oficial, habiendo sido retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios, con derecho a 3 meses de alta comprendidos entre el 31 de julio al 31 de octubre

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**

*Abogado*

de 2017 (fol. 326).

Mediante Acta No. 42176 de 12 de octubre de 2016 el Comité Evaluador del personal de Oficiales no consideró llamar al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, para curso "CEM 2017" (fols. 299 y 300).

La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión del 1º de junio de 2017, registrada en el acta 06, recomendó el retiro del servicio del demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 308 a 311 vto.).

Mediante Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, el Ministro de Defensa Nacional, retiró del servicio activo, al demandante Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, por llamamiento a calificar servicios (fols. 312 a 313 vito.)

### ANÁLISIS DE LOS CARGOS PROPUESTOS

#### **VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE Y EXPEDICIÓN IRREGULAR**

...  
Conforme a las normas aplicables al caso y la jurisprudencia, el acto administrativo por medio del cual se decide llamar a calificar servicios a un Oficial de las Fuerzas Militares no requiere motivación expresa, no obstante, esta causal está constituida por dos requisitos materiales: (i) que el actor tenga derecho a una asignación de retiro, (ii) que exista la recomendación previa por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el caso de los Oficiales.

Verificado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, quedó consignado que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, por medio del Acta No. 6 del 1º de junio de 2017 recomendó el retiro del servicio del actor, por llamamiento a calificar servicios, **situación que permite concluir que la administración efectivamente al momento de proferir el acto de retiro del servicio contaba con dicho concepto**, es decir, la administración realizó el estudio de su hoja de vida para efectos de tomar la decisión de no recomendarlo y al revisar el material probatorio que obra en el proceso se encuentra que el Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, cumple con el requisito referente al tiempo mínimo para tener derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, pues acumuló 21 años, 9 meses y 11 días.

Por lo anterior, es claro no tiene vocación de prosperidad el cargo de violación de las normas en que debía fundarse y expedición irregular del acto acusado, pues el acto administrativo fue emitido en cumplimiento de los requisitos formales, es decir, con la existencia de la recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.



## RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Frente a la razonabilidad y proporcionalidad que deben acompañar al Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares para recomendar un retiro del servicio y al acto administrativo que materializa tal decisión, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, sobre la carga de la prueba expresa que, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, de tal suerte que si el demandante pretende desvirtuar tales presupuestos, le asiste el deber legal de probar los supuestos de hecho, so pena de negar las pretensiones de la demanda.

Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y **ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto**, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa.

## DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

En lo relativo al cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa con fundamento en que el ejercicio de la facultad de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos y de los cuales no se conoció sus resultados, el mismo, no se encuentra llamado a prosperar, **habida cuenta que revisado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 se observa que se expidió única y exclusivamente en cumplimiento de lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5° de la Ley 1792 de 2016) literal a), numeral 3° y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por los artículos 25 de la Ley 1104 de 2006, normativa que solo exige cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, supuestos que se satisfacen en el caso concreto.**

## FALSA MOTIVACIÓN

...

Igualmente, las normas en cita, *no* exigen que se deba motivar expresamente el acta de recomendación de retiro de la Junta de Asesora, como lo argumenta la parte demandante. Mucho menos que se debe

# NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

motivar expresamente el acto administrativo discrecional de retiro del servicio, pues por su naturaleza, dicho acto discrecional si bien, tiene una motivación, como lo es la buena prestación del servicio, la misma es tácita y no expresa.

Así las cosas, el acto administrativo a través del cual se llama a calificar servicios a miembros de la Fuerza Pública, tiene su motivación en lo estipulado por la ley, es decir, que sí se cumple con los requisitos de un tiempo mínimo en el servicio y que ese tiempo lo haga merecedor a una asignación de retiro (motivación extra textual sentencia SU 091 de 2016 de la Corte Constitucional), por eso, podrá entenderse que el acto administrativo está debidamente motivado. En el caso bajo estudio se reitera que estos requisitos se cumplieron a cabalidad, como quiera que el demandante **JUAN PABLO CÉSPEDES .CORONADO** prestó sus servicios durante un lapso superior a 21 años, como se puede constatar en su hoja de vida..., haciéndose acreedor a una asignación por retiro.

## DESVIACIÓN DE PODER

Sobre la prestación del servicio y en consideración a que las documentales aportadas con la demanda (extracto hoja de \_servicio, copia del folio de vida, evaluaciones de desempeño en el cargo, acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017), **no resultan suficientes para demostrar la desviación de poder**, se hace necesario acudir a las pruebas testimoniales, así:

...  
 Los relatos de **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS** y **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, si bien contribuyen a establecer el buen desempeño del servicio del demandante con relación a las calidades como militar del demandante por el servicio prestado a la Armada Nacional, dicha situación no le otorga estabilidad en el empleo como se explicó, por cuanto el servicio público de todos los miembros de las Fuerzas Militares debe ser *per-se* excelentes y el demandante en tal sentido, sólo se estaba desempeñando en el cumplimiento propio de las obligaciones que le imponía la labor que desplegaba, más aún del jerárquico que ostentaba el demandante, en una institución como es el Ejército Nacional.

...  
 Corolario de lo anterior, el acta 6 de 1° de junio de 2017 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, transcrita en la Resolución 5459 del 31 de julio de 2017, que retiró del servicio al demandante (fols. 3 a 6), se realizó la exposición de motivos que originaron el retiro, aun cuando los mismos no son necesarios, sustentada, entre otros, en los siguientes términos, (i) es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado dentro de la Institución; (ii) el llamamiento es una mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, una herramienta de relevo en pro del mejoramiento del servicio y (iii) facultad del nominador respecto de aquellos uniformados que cumplan los requisitos exigidos para obtener una asignación de retiro,

éstos mismos fueron luego reproducidos en el acto de retiro.

En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, **existieron motivos que fundaron la decisión de retiro**, los cuales, **quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, como se explicó.

En otras palabras, no se logró probar en el plenario, situación irregular o discriminación alguna que hace alusión el demandante y que demuestre que la misma influyó en la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para el Ejército Nacional para recomendar el retiro del servicio que se acusa, situación necesaria, para acreditar una posible desviación de poder.

Así las cosas, se considera, que al expediente, no se allegaron suficientes elementos de juicio que permitan concluir que el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, no obedeció a los principios de racionalidad y proporcionalidad, así como tampoco ocurrió con violación de normas en que debía fundarse, falsa motivación, expedición irregular, desviación de poder, ni con desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso como se indicó en la demanda.

Luego, en el caso sub examine, la parte demandante, no logró desvirtuar la presunción de legalidad, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar..." (Negritas fuera de texto, nuestras).

## 2. DEL RECURSO DE APELACION:

La decisión objeto de censura es en extremo sofisticada y anfibológica.

En efecto, el proveído recurrido se basa en una concepción jurídica errada de la figura del retiro "Por llamamiento a calificar servicios" y en un análisis superficial, contrario a las reglas de la ciencia y la experiencia y a la misma prueba, del caudal probatorio recaudado en el expediente, es decir a la sana crítica, que llevaron al operador judicial de instancia a violar la Ley de manera directa e indirecta, abandonando la sujeción al Imperio de la Ley que debía guiarlo (Artículo 230 de la Carta Política), como se señala a continuación.

### 2.1 Violación directa de la Ley.

#### 2.1.1 **Por sujetar el retiro del servicio activo del Oficial por la causal "Por llamamiento a calificar servicios" exclusivamente al requisito objetivo de tener**

**derecho a una asignación de retiro.**

La argumentación jurídica de la sentencia apelada es aquí contradictoria, por un lado afirma que "... La facultad discrecional debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, **la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley.**

Al respecto el artículo 44 del CPACA., prescribe como condición de expedición de toda decisión discrecional lo siguiente:

...

De conformidad con lo expuesto la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.

**De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como el caso de la Fuerza Pública, es el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general...**, pero por otro señala que "... En lo relativo al cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa con fundamento en que el ejercicio de la facultad de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos y de los cuales no se conoció sus resultados, el mismo, no se encuentra llamado a prosperar, **habida cuenta que revisado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 se observa que se expidió única y exclusivamente en cumplimiento de lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5º de la Ley 1792 de 2016) literal a), numeral 3º y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por los artículos 25 de la Ley 1104 de 2006, normativa que solo exige cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, supuestos que se satisfacen en el caso concreto.**

...

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, **existieron motivos que fundaron la decisión de retiro**, los cuales, **quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, como se explicó...”.

La confusión en la que incurre el Fallador de Primera Instancia esta en pensar que la ausencia de exigencia legal de motivación expresa del acto administrativo de retiro por la causal "Por llamamiento a calificar servicios" en lo que tiene que ver con su causa subjetiva del mejoramiento del servicio, de motivación implícita, se suple en la motivación explícita de cumplir los requisitos objetivos de tener el tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, esto es que la administración, al emitir ese acto administrativo **NO TIENE LA OBLIGACION LEGAL DE VERIFICAR MATERIALMENTE QUE EL RETIRO DEL OFICIAL CONTRIBUYA AL MEJORAMIENTO DEL SERVICIO** lo cual, claramente, es contrario a la Ley pues lo cierto es que ésta le impone a la administración la obligación de establecer objetivamente si el retiro del servidor es acorde al mejoramiento del servicio aunque ese análisis no quede plasmado como motivación expresa en el acto administrativo de retiro.

Esa contradicción conceptual llevó al operador judicial de Primera Instancia a que, finalmente, concibiera que, aparte de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, el único requisito legalmente exigible para ejecutar el retiro del servicio activo de un Oficial de las Fuerzas Militares por la causal analizada es la existencia objetiva del tiempo de servicio necesario para tener derecho a una asignación de retiro, dejando de lado considerar los **requisitos subjetivos** exigibles de un tipo de facultad como la señalada, que no son otros que los que se imponen por **la proporcionalidad y razonabilidad de tal facultad en tanto discrecional, esto es su sujeción al objetivo del mejoramiento del servicio**, lo que en últimas impone que en el control de legalidad que se haga sobre éste tipo de actos administrativos se cuestione

N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S

*Abogado*

sobre si la facultad fue utilizada por la autoridad administrativa en pos del mejoramiento del servicio o, por el contrario, para satisfacer intereses personales, particulares, arbitrarios, caprichosos o meramente retaliatorios.

El error de derecho de la sentencia recurrida consiste en desatender el artículo 44 del C. de P.A. y C.A. el cual desarrolla los artículos 1, 2, 4, 6, 121, 122, 123, 209 y 217 de la Constitución Nacional que son el marco interpretativo de los artículos 100 literal a) numeral 3 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

El artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, consagra en su literal a) numeral 3 la causal de retiro del servicio activo, con pase a la reserva, denominada "Por Llamamiento a Calificar Servicios".

Esta causal se encuentra desarrollada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 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...".

Se trata de una **facultad discrecional reglada**, es decir sometida a una serie de lineamientos formales y sustanciales, y, por supuesto, apegada a la finalidad del buen servicio de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Sobre esta causal, ya es conteste la Jurisprudencia en señalarle los elementos que deben guiar su ejercicio.

Esos elementos que han de reglar la decisión de retiro de un Oficial del servicio activo por la causal "Por Llamamiento a Calificar Servicios" para Oficiales, son objetivos y subjetivos:

1. La competencia.

Como todo acto administrativo, en el sistema de competencias regladas, el mismo debe ser expedido

por funcionario competente, es decir a quien la Ley le haya asignado esa facultad **en forma expresa y explícita**, lo que lo hace un requisito objetivo.

2. La existencia de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional expedida legalmente.

Ese requisito se encuentra consagrado en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, siendo requisito formal objetivo.

3. Que el Oficial afectado tenga derecho a asignación de retiro según su tiempo de servicio:

Este **requisito objetivo** corresponde a la exigencia consagrada en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006.

4. Los motivos y las finalidades legales y ciertos y con la teleología del **mejoramiento del servicio** con criterios de **razonabilidad y proporcionalidad**:

Se trata del **elemento subjetivo** del uso de la facultad discrecional.

Todo acto administrativo, de manera general, tiene una motivación y finalidad, sea expresa o tácita, aún en tratándose de facultades discrecionales, motivo que es siempre la satisfacción de las necesidades del servicio y finalidad que será el **mejoramiento del mismo**, de tal forma que el acto administrativo, que concreta el ejercicio del poder en un determinado evento, será legal en ésta perspectiva **siempre que pretenda la satisfacción del interés general materializado en el mejoramiento del servicio**, así lo expresa la Jurisprudencia: "El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, **es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen**

**servicio**"<sup>1</sup> (Negrillas fuera de texto), y **"La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar 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. En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión....**"<sup>2</sup> (Negrillas fuera de texto).

El servicio público como medida de la discrecionalidad, materializada en la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones administrativas, halla consagración legal en el artículo 44 del C.P.A. y C.A.

Ahora bien, dentro de esa razonabilidad y proporcionalidad, los motivos del acto administrativo de retiro por la causal "Llamamiento a Calificar Servicios" deben ser ciertos, reales, materiales, suficientes y objetivos como atrás lo vimos y se recalca para el evento específico: **"6.5. El retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas.**

...  
*...No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que **la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad**. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de*

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Radicado No. 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09). Consejero Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Radicado No. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.



## NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

*miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional."*

...  
De esta manera se concluyó que la facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general.

Ahora bien, la atribución que por razones del servicio puede emplearse para retirar a miembros de la Fuerza Pública, **no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes**; por el contrario, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder...

...  
En conclusión, en la medida en que el Legislador ha venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y a través de las revisiones de tutela **ha venido adoptando posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad**, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como puede apreciarse, cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, **ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) por que la autoridad administrativa incurrió en una desviación**

NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación...<sup>3</sup>  
Negrillas fuera de texto).

En éste orden de ideas, el hecho que se estime que el ejercicio de una facultad discrecional, como lo es el llamamiento a calificar servicios, **no deba tener motivación expresa** en el acto administrativo que la ejercita "...No existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente **está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella**, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, **manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder...**"<sup>4</sup> (Negrilla fuera de texto), no quiere decir, como se vio, **que solo sea causada en el hecho que el Oficial afectado tenga derecho a asignación de retiro y menos que esa sea la finalidad de semejante decisión**, esto es que el simple hecho de tener derecho a una asignación de retiro no es ni puede ser el motivo de expedición del acto, **pues es claro que tal motivo**, así no se exprese en la decisión materia de la administración, **debe ser el mejoramiento del servicio**, así lo admite la Jurisprudencia unánimemente: "Con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el **sentido de mantener la posibilidad de un control judicial**, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, **no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes**. En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, **si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto**, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que **tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por**

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 8 de mayo de 2013. Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

<sup>4</sup>Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

**razones de discriminación o abuso de poder...**<sup>5</sup> (Negrillas fuera de texto) y se agrega: "8. Asimismo, en esa oportunidad la Sala Plena confirmó que la finalidad del llamamiento a calificar servicios no es otra que la renovación de los cuerpos armados y **se convierte en un mecanismo que garantiza la dinámica de la carrera militar o policial al ser una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes...**"<sup>6</sup>.

Si se dejase **la decisión de retiro** por la causal "Por llamamiento a calificar servicios" **causada y motivada únicamente en la sola existencia del requisito objetivo de tener derecho a una asignación de retiro**, la consecuencia obvia es que **se constituiría, o bien en una causal de retiro forzoso** pues no sería posible, en el marco de los derechos Constitucionales de la administración y del trabajador, explicar porque se retirarían a unos y no a otros, o, de otro lado, **en una causal arbitraria** en la cual se retirarían a unos Oficiales y se dejarían en servicio a otros **bajo el simple capricho del competente**, esto es que **la facultad ni siquiera se sujetaría a los principios de razonabilidad y proporcionalidad propios del objetivo del mejoramiento del servicio** contenido en el artículo 44 del C.P.A. y C.A., lo cual sería un verdadero exabrupto jurídico y materializaría la inaplicación material de tal norma.

Lamentablemente la sentencia apelada no se detuvo a analizar el problema jurídico propuesto en la demanda en este aspecto, cual era verificar si en el presente caso la facultad discrecional de selección al Curso de Altos Estudios Militares, así como la propia de retiro del servicio activo por "Llamamiento a calificar servicios" se había ejercido teniendo como objetivo el mejoramiento del servicio, lo cual se probó, no fue así, y, contrario a ello concluyó erradamente "... Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-091 del 25 de febrero de 2016. Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y **ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto**, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa..." al asumir, también contrariando la Ley que "En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, **existieron motivos que fundaron la decisión de retiro**, los cuales, **quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, como se explicó..."

Así las cosas, la sentencia recurrida ha de ser revocada.

#### 2.1.2 **Por desestimar el excelente mérito del Oficial bajo la concepción absoluta que éste no confiere fuero de inamovilidad frente a la causal de retiro.**

En este punto, alude la decisión recurrida: "Sobre la prestación del servicio y en consideración a que las documentales aportadas con la demanda (extracto hoja de \_servicio, copia del folio de vida, evaluaciones de desempeño en el cargo, acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017), **no resultan suficientes para demostrar la desviación de poder**, se hace necesario acudir a las pruebas testimoniales, así:

...

Los relatos de **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS** y **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, si bien contribuyen a establecer el buen desempeño del servicio del demandante con relación a las calidades como militar del demandante por el servicio prestado a la Armada Nacional, dicha situación no le otorga estabilidad en el empleo como se explicó, por cuanto el servicio público de todos los miembros de las Fuerzas Militares debe ser *per-se* excelentes y el demandante en tal sentido, sólo se estaba desempeñando en el cumplimiento propio de las obligaciones que le imponía la labor que desplegaba, más aún del jerárquico que ostentaba el demandante, en una institución como es el Ejército Nacional.

...

NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

Corolario de lo anterior, el acta 6 de 1° de junio de 2017 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, transcrita en la Resolución 5459 del 31 de julio de 2017, que retiró del servicio al demandante (fols. 3 a 6), se realizó la exposición de motivos que originaron el retiro, aun cuando los mismos no son necesarios, sustentada, entre otros, en los siguientes términos, (i) es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado dentro de la Institución; (ii) el llamamiento es una mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, una herramienta de relevo en pro del mejoramiento del servicio y (iii) facultad del nominador respecto de aquellos uniformados que cumplan los requisitos exigidos para obtener una asignación de retiro, éstos mismos fueron luego reproducidos en el acto de retiro... ”.

**Fácil es entonces concluir que la sentencia recurrida desecho el mérito del Oficial bajo el argumento de que su excelencia no le concedía fuero de estabilidad, pero lo que no se detuvo a analizar era el peso de ese excelente desempeño, méritos de experiencia y conocimiento, respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de retiro del servicio, esto es el análisis específico del mérito respecto del ejercicio de las facultades discrecionales cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio, a tal punto de afirmar que “Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa...”**

Recordemos que la Carrera Militar es una Carrera Administrativa Especial, tal y como se contempla en el artículo 217 de la Carta Política y lo reconoce la Jurisprudencia con fuerza de precedente Constitucional:

“Es con base en este marco que la jurisprudencia de la Corte ha

identificado tres categorías de sistemas de carrera. La primera es la general u ordinaria, que se aplica de forma preferente para las instituciones del Estado y tiene dentro de sus características particulares la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Art. 130 C.P.). La segunda **conforman los sistemas especiales de carrera administrativa**, en los cuales la Constitución establece, de forma expresa, que **determinadas instituciones del Estado cuenten con un sistema de carrera particular**, como es el caso de la **carrera de las fuerzas militares** (Art. 217 C.P.), la de la Policía Nacional (Art. 218 inciso 3º C.P.), la de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), la de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), la de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 inciso 3º), la de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.), la de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.) así como el régimen de las universidades estatales (Art. 69 C.P.). ..."<sup>7</sup> (Negritas fuera de texto).

**El hecho que la Carrera Militar sea de naturaleza especial, no la aparta del cumplimiento de los principios y fines que se persiguen con el establecimiento del régimen de Carrera Administrativa**, muy por el contrario, a tales fines y principios propios de la Carrera Administrativa ha de sujetarse su desarrollo, tal y como se expresa Jurisprudencialmente: "Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de indole constitucional (i) **protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos**; y (ii) **cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**"<sup>8</sup> (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, **reconociéndose como la permanencia por mérito es connatural a la carrera administrativa**, trátase de la categoría que se trate: General, especial o

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-153 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

específica, y siendo la carrera administrativa concreción de los propios principios y fines del Estado Social de Derecho "Por tanto, la aplicación del sistema de carrera administrativa en una determinada entidad estatal, como concreción de la regla general prevista en el artículo 125 del Estatuto Superior, **tiene de entrada un fuerte respaldo constitucional, pues sus objetivos y fundamentos responden a precisos mandatos superiores, que a la vez que protegen el interés general en una Administración Pública eficiente y calificada, tutelan los derechos específicos de quienes acceden a la función pública...**

...

Por ende, la Corte ha considerado que existe una **estrecha vinculación entre el régimen de carrera administrativa y el Estado Social de Derecho**, en la medida que quienes sean llamados a desempeñar cargos públicos tienen la delicada labor de servir a la comunidad, hacer efectivos los principios, derechos y deberes constitucionales y promover la prosperidad general (art. 1 C.P.) De ahí que, la Constitución haya querido que la carrera administrativa sea la regla general de vinculación al Estado y que la misma deba fundarse en la excelencia en la selección de las personas que han de ingresar al servicio del Estado...<sup>9</sup> (Negrillas fuera de texto), se tiene en claro que el mérito, regla de movilidad propia de los regímenes de carrera, está inescindiblemente ligado a los principios y fines de la propia carrera administrativa que son, lo vimos, los mismos que contiene la naturaleza jurídica de los Estados Sociales de Derecho, lo que nos lleva a concluir que **la permanencia y el mérito son la confluencia de intereses constitucionales superiores que se orientan a proteger los fines del mismo Estado, lo principios de la Carrera Administrativa y los derechos del propio trabajador** como ser materializante de las acciones del ente Estado "4. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha previsto que el alcance de la carrera administrativa no está circunscrito a la norma anotada sino que, antes bien, toma la forma de un principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho..."<sup>10</sup>.

Y, justamente, el régimen especial de Carrera

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 12 de julio de 2006. Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Administrativa de las Fuerzas Militares, contenido en el Decreto Ley 1790 de 2000, corregido por el Decreto 444 de 2001 y con las modificaciones introducidas por las Leyes 775 de 2002, 893 de 2004, 940 de 2005, 987 de 2005, 1104 de 2006, 1279 de 2009, 1405 de 2010 y Ley 1792 de 2016, **consagró el ascenso y permanencia para el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares.**

**Sabemos, claro, que el buen desempeño del Oficial no le da fuero de estabilidad, pero ello no puede ser el argumento para desechar cualquier consideración del mérito a fin de definir el ascenso o la permanencia en servicio activo del Oficial, la razón para que unos Oficiales, incluso con mejores méritos que otros, no deban ser ascendidos o ser retirados del servicio activo no puede ser la arbitrariedad.**

Nótese como, en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del ejercicio de las facultades discrecionales, como la aquí involucrada **para determinar la permanencia de los militares dentro de su carrera administrativa especial, el mérito juega un papel primordial, aunque no exclusivo**, así se dice desde vieja data: "La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un



medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

...

## **2º VALORACION DE LA HOJA DE VIDA PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL**

De lo dicho surge, que el rendimiento laboral del empleado, es indicativo de la eficiencia en la prestación del servicio y por esta razón, la Sala prohija en el sub-lite la tesis consistente, en que no resulta justificado prescindir de un servidor que en la última calificación obtuvo un resultado satisfactorio y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas.

Ahora bien, la Sala considera necesario precisar que las mentadas calificaciones para que puedan considerarse con la virtualidad de acreditar la eficiencia en la prestación del servicio y de contera, para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro deben consignar **no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones sino tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional.**

Siendo así, es incorrecto seguir sosteniendo simplemente que los actos administrativos se presumen legales porque están amparados por el principio de obligatoriedad que los cobija y continuar aceptando irrestrictamente la legalidad de la decisión con el argumento retórico que como se trata de una presunción juris tantum admite prueba en contrario.

En efecto, para desvirtuar dicha presunción, **los hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión**, indudablemente se aprecian en la observación de la hoja de vida que consigna el trayecto de eficiencia e ineficiencia en la prestación del servicio.

**La presunción fundada en el mejoramiento del servicio implicaba en ocasiones para el funcionario retirado en virtud de las facultades excepcionales previstas para el personal de la Policía Nacional establecidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 262 de 1994, modificados por los artículos 5º y 6º, numeral 2º, literal f) del Decreto 574 de 1995, respectivamente, en concordancia con el artículo 11 ibídem y el Decreto 1791 de 2000, la tarea procesal de demostrar intenciones del nominador que en ocasiones pertenecen a su fuero interno, mientras que con el margen de apreciación de la hoja de vida que se patrocina en esta providencia, el juez podrá valorar si se retiró a un servidor cuyos antecedentes**

**de excelente rendimiento resultan contradictorios con la medida adoptada.**

En la práctica venía sucediendo que cuando de actos de retiro discrecional por voluntad del Director General o del Ministro de Defensa y/o el Presidente de la República se trataba, el nominador se limitaba a referir al juez la presunción de legalidad, sin desplegar ninguna actividad probatoria tendiente a justificar su decisión lo cual conducía a situaciones de inequidad.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.

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

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

En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que como se anotó **deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor**, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a

## NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS

*Abogado*

satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa...."<sup>11</sup>, y se concluye <sup>12</sup>"En suma, la Sala llega a la convicción de que no (sic) fueron razones del buen servicio las que sirvieron de fundamento a la entidad demandada para retirar al actor, pues no resulta explicable, ni encuentra la más mínima justificación que a un oficial en condiciones personales, morales, de sociabilidad que lo ubicaban en el rango "e", es decir, las **"exigidas"** en la actividad militar, que demostraba espíritu de superación, virtudes militares y desempeño en el cargo, catalogado como **"superior"** (rango B), merecedor de constantes felicitaciones y condecoraciones por su profesionalismo, excelente labor, liderazgo y preocupación por el cumplimiento de sus responsabilidades, **razones del servicio aconsejaron primero trasladarlo del Grupo de Acción Integral**, a la Brigada de Aviación del Ejército (septiembre 17 de 2001) **sin asignarle funciones** y finalmente retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional. El manejo en esas condiciones dado al oficial, resulta contrario a principios y valores previstos en la carta política, (respeto a la dignidad humana y derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y desborda las mínimas condiciones de trato considerado y esperado en las relaciones laborales. En esas condiciones, aparece evidente el desvío de poder alegado en la demanda..."<sup>13</sup> (Negritas fuera de texto). Este aspecto aparece recogido integralmente en la Jurisprudencia Constitucional: "12.2 En segundo término, y siguiendo lo previsto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, **la motivación en que se deben sustentar estos actos administrativos discrecionales se debe basar en el fin de la norma que le atribuyó dicha competencia y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.**

El objetivo de las facultades discrecionales, que en este caso son el llamamiento a curso, a calificar servicios y el cambio de fuerza en las Fuerzas Militares, es satisfacer la finalidad constitucional de la institución cual es *"la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional"*..., **para lo cual requiere escoger para la permanencia y ascenso en su institución al personal que posea méritos superiores en las condiciones y expectativas que el perfil requiera, haciéndose uso de un proceso de**

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). Consejero Ponente ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Radicado No. 25000232500020020439102(0075-08). Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincon.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). Consejero Ponente ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

**evaluación regulado por la ley...**"<sup>14</sup> (Negrillas fuera de texto) y se recalca: "Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional, vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, el Comando de la Fuerza **está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige.** En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que quien recibe – para el caso – el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, **debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado**"<sup>15</sup> (Negrillas fuera de texto), rematando: "Frente a los regímenes especiales antes mencionados, la Corte ha sido expresa en afirmar que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que **tales sistemas**, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y **están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad...** Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional (i) **protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos;** y (ii) **cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público**"<sup>16</sup> (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior por cuanto la relación entre el mejoramiento del servicio y la Hoja de Vida del Militar, a efectos de determinar su permanencia en servicio activo es incuestionable, y **lo sucedido en nuestro caso es que la hoja de vida y las Evaluaciones y Clasificaciones legalmente efectuadas a CESPEDES CORONADO, el mérito, no fueron tenidas en cuenta para su retiro**

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-723 del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-819 del 9 de agosto de 2005. Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-553 del 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

**del servicio, por lo que la finalidad del mejoramiento del servicio fue completamente ajena al ejercido de esa facultad discrecional que, así se tornó en irrazonable y desproporcionada ignorando las previsiones del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. y las propias de los artículos 121, 125 y 217 de la Constitución Nacional así como los Decretos Leyes 1790 y 1799 de 2000.**

Así las cosas, el motivo de la necesidad del servicio y la finalidad de su mejoramiento, aparecen desconocidos en el presente evento, y, **el retiro del servicio activo del Oficial, por su experiencia, capacitación y desempeño en cargos críticos y sensibles de la administración pública señalan claramente que el servicio no podía ser objeto de mejoramiento, sino que, por el contrario, se desmejoraría como en efecto aconteció, así se desprende de las declaraciones vertidas en el encuadrado por los señores BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS y YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO.**

## 2.2 Violación indirecta de la Ley.

La sentencia recurrida, es en mucho, contraevidente.

### 2.2.1 Por aducir que no se había arrimado al expediente, ni siquiera prueba sumaria, de que el acto administrativo demandado se había expedido sin considerar el mejoramiento del servicio.

En la anfibológica motivación de la decisión judicial recurrida, se dijo que "... Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y **ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto**, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al

**N E L S O N   I V A N   Z A M U D I O   A R E N A S**

*Abogado*

buen servicio y a los principios de la función administrativa...”, cuestión completamente contraria la realidad del encuadrado en donde, desde los antecedentes y el acto administrativo de retiro demandado, los Folios de Vida del Oficial, el Resume de su Hoja de Vida y las declaraciones rendidas por los señores **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS** y **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, se sabe que la decisión administrativa demanda es desproporcionada e irracional:

- 2.2.1.1 **No es razonable, por no estar adecuada a la finalidad del buen servicio** consistente en que la misión constitucional del Ejército Nacional deba ser desarrollada por los mejores hombres a fin de garantizar su éxito, la decisión administrativa de retiro de **CESPEDES CORONADO**, por cuanto: **a.** No se tuvo presente la Hoja de Vida del Oficial para su retiro del servicio activo, lo cual no resulta razonable si se trata de seleccionar a los mejores y más convenientes al amparo de la Ley y bajo criterios de objetividad, legalidad e igualdad en pos de mejorar el servicio. **b.** No se analizaron los resultados objetivos del Oficial contenidos en su Hoja de Vida, en su Folio de Vida, en especial sus Evaluaciones y Clasificaciones anuales durante el grado y la Clasificación para ascenso que determina el perfil del Oficial y su capacidad e idoneidad para el servicio, lo cual no resulta razonable si se trata de seleccionar a los mejores y más convenientes al amparo de la Ley y bajo criterios de objetividad, legalidad e igualdad en aras de mejorar el servicio. **c.** No es razonable, para los fines del buen servicio, haber retirado, a un Oficial cuyos resultados operacionales y administrativos fuero sobresalientes. **c.** No resulta razonable que mi mandante, entre sus compañeros de curso, en forma inexplicada, justamente era quien debía ser retirado ¿Porque él y no otro Oficial?

- 2.2.1.2 **No fue proporcional** la decisión de retiro de **CESPEDES CORONADO** ya que la misma no guarda proporcionalidad a los hechos que le

sirven de base, en efecto: **a.** Es desproporcionado retirar del servicio activo a un Oficial sin examinar las necesidades reales del servicio y si como una forma de escogencia arbitraria y caprichosa. **b.** Resulta desproporcionado que si **CESPEDES CORONADO** era un sobresaliente Oficial, había obtenido excelentes Evaluaciones y Clasificaciones en sus Evaluaciones anuales durante su Vida Militar, esos resultados se hubiesen desechados pasa su retiro del servicio activo. **c.** Igualmente, es desproporcionado que se haya preparado al Oficial en el interior y exterior, como clara proyección institucional a fin de continuar en la carrera militar en servicio activo, para, finalmente, retirarlo. **d.** No se muestra proporcional tampoco la decisión de retiro de **CESPEDES CORONADO** en cuanto que no existían las necesidades públicas que determinasen las mismas, y la finalidad del buen servicio aparece ausente.

La realidad fáctica probada en el expediente daba cuenta de la clara desproporción e irrazonabilidad de la decisión de retiro demandada, por lo que la sentencia recurrida es contraria a ese cúmulo probatorio que ya fue resaltado en precedencia.

### **2.3 Por no considerar sustancialmente los cargos esgrimidos en contra de la decisión censurada:**

Aunque la sentencia recurrida pretende estudiar y fallar todos los cargos esgrimidos en contra del acto administrativo demandado, lo cierto es que tal apreciación se quedó solo en lo formal, en la apariencia, dado que sustantivamente ninguna análisis jurídico y probatorio, a la luz de la sana crítica, se surtió, veamos:

#### **2.3.1 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPÉDICIION IRREGULAR POR PRODUCIRSE EL RETIRO POR LA CAUSAL "POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS" CON BASE EN LA JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL QUE RESULTO ILEGAL**

**POR NO CONSIDERAR LOS MOTIVOS DEL BUEN SERVICIO PARA RECOMENDAR EL RETIRO DEL OFICIAL.**

Lo demandado no era que se exigiera que esa recomendación estuviese motivada en los hechos propios del mejoramiento del servicio, esto es que se exigiera una motivación expresa al respecto. Lo demandado fue que la recomendación mencionada se motivó expresamente en que para hacer efectiva la facultad de retiro del servicio activo por la causal "Por llamamiento a Calificar Servicios", **solo se requería cumplir el requisito objetivo de tener el tiempo para acceder a una asignación de retiro**, situación que pasó por alto, por una mala interpretación, la sentencia recurrida como ya se anticipó y al entender que: "Conforme a las normas aplicables al caso y la jurisprudencia, el acto administrativo por medio del cual se decide llamar a calificar servicios a un Oficial de las Fuerzas Militares no requiere motivación expresa, no obstante, esta causal está constituida por dos requisitos materiales: (i) que el actor tenga derecho a una asignación de retiro, (ii) que exista la recomendación previa por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el caso de los Oficiales.

Verificado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017, quedó consignado que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, por medio del Acta No. 6 del 1º de junio de 2017 recomendó el retiro del servicio del actor, por llamamiento a calificar servicios, **situación que permite concluir que la administración efectivamente al momento de proferir el acto de retiro del servicio contaba con dicho concepto**, es decir, la administración realizó el estudio de su hoja de vida para efectos de tomar la decisión de no recomendarlo y al revisar el material probatorio que obra en el proceso se encuentra que el Mayor (r) **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**, cumple con el requisito referente al tiempo mínimo para tener derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, pues acumuló 21 años, 9 meses y 11 días.

Por lo anterior, es claro no tiene vocación de prosperidad el cargo de violación de las normas en que debía fundarse y expedición irregular del acto acusado, pues el acto administrativo fue emitido en cumplimiento de los requisitos formales, es decir, con la existencia de la recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional...".



**2.3.2 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPÉDICON IRREGULAR POR DESATENDER LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES PARA EL RETIRO POR LA CAUSAL "POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS".**

Lo que se alegó en este cargo es que, como sucedió en la recomendación de retiro emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, el acto administrativo de retiro no había tenido como antecedente la consideración de los méritos, calidades, cualidades, conocimiento, experiencia y desempeño del oficial a fin de considerar su retiro del servicio activo, y menos aún las reales necesidades del servicio como su contraparte de comparación, razón por la cual el mejoramiento del servicio como fin del ejercicio de la facultad no había sido siquiera considerado para su expedición, esto es, no se reclamaba que existiese una motivación expresa sobre el análisis del mejoramiento del servicio por el retiro, lo que se dijo es que por la textualidad, la motivación, del acto administrativo demandado se tenía claro que ninguna análisis sobre el mejoramiento del servicio con el retiro de mi mandante se había realizado habida cuenta que la administración actuó solo bajo el entendido que únicamente era exigible, al efecto de hacer efectiva la facultad de retiro, el cumplimiento objetivo del requisito de tener derecho a una asignación de retiro por tiempo de servicio.

En esos términos, y dado que la sentencia recurrida desecho el cargo por la errada concepción jurídica del caso, el cargo terminó por no ser decidido sustancialmente.

**2.3.3 VIOLACION A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA BASARSE Y EXPEDICION IRREGULAR POR VIOLAR LO PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD PROPIOS AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES.**

La proporcionalidad y razonabilidad de la facultad discrecional de retiro del servicio activo por la causal "Por llamamiento a calificar servicios" no aparece analizada

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S**

*Abogado*

sustantivamente en la sentencia recurrida bajo la errada interpretación que la misma se agotaba en la existencia de los requisitos objetivos como ya se demostró, en efecto se afirmó que "Frente a la razonabilidad y proporcionalidad que deben acompañar al Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares para recomendar un retiro del servicio y al acto administrativo que materializa tal decisión, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, sobre la carga de la prueba expresa que, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, de tal suerte que si el demandante pretende desvirtuar tales presupuestos, le asiste el deber legal de probar los supuestos de hecho, so pena de negar las pretensiones de la demanda.

Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y **ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto**, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa...".

De acuerdo a la sentencia recurrida, entonces, no encuentra en el expediente prueba "... siquiera sumaria..." de la violación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y obviamente no podría encontrar esa prueba por cuanto estimo que "En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, **existieron motivos que fundaron la decisión de retiro**, los cuales, **quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, como se explicó...".

Contrario a la errada apreciación del *a-quo*, en el expediente aparece plenamente demostrado que: 1. JAMAS la administración, a fin de retirar del servicio a CESPEDES CORONADO, analizó ningún aspecto atinente al mejoramiento del servicio puesto que partió

de la concepción equivocada de que para ejercer esa facultad solo requería la presencia de los requisitos objetivos de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y el tiempo necesario para hacerse merecedor a una asignación de retiro. 2. Por la anterior, el operador judicial ignoró deliberadamente el material probatorio testimonial y documental que acreditaba que CESPEDES CORONADO tenía las condiciones legalmente exigibles para permanecer en servicio activo. 3. Siendo un Oficial de excelencia como se demostró, no existe explicación alguna porque fue retirado del servicio activo justamente él, quien poseía incluso méritos superiores a Oficiales que permanecieron en servicio activo. 4. El motivo oculto de retiro del servicio activo de mi poderdante fue en realidad que no fue ascendido al grado de Teniente Coronel al no ser seleccionado, ilegalmente, al curso de Estado Mayor (Que es objeto de otra acción judicial radicada bajo el No. 11001334205020170017501), situación que en realidad nada tenía que ver con el mejoramiento del servicio puesto que, legalmente, ese hecho no es causa del ejercicio de la facultad discrecional ni aparece proporcional y razonablemente adecuado al mejoramiento del servicio lo que establece que el cargo se encuentra plenamente probado.

#### **2.3.4 ILEGALIDAD SUBSTANCIAL POR VIOLACIÓN DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA:**

Bajo este cargo se probó que en el trámite y materialización del retiro del servicio activo de mi mandante, no se le tuvo en cuenta para absolutamente nada ni se dejó constancia en su Hoja de Vida de los motivos por los cuales se el desvinculaba del servicio.

La sentencia recurrida dijo al respecto: "En lo relativo al cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa con fundamento en que el ejercicio de la facultad de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios se generó bajo procedimientos que permanecieron ocultos y de los cuales no se conoció sus resultados, el mismo, no se encuentra llamado a prosperar, **habida cuenta que revisado el contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 se observa que se expidió única y exclusivamente en cumplimiento de lo establecido en los artículos 100 (modificado por el artículo 5º**

de la Ley 1792 de 2016) literal a), numeral 3° y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por los artículos 25 de la Ley 1104 de 2006, normativa que solo exige cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, supuestos que se satisfacen en el caso concreto...", situación del todo errada en cuanto que, como contradictoriamente lo acepta la misma sentencia objeto de Apelación, **es necesario hacer efectivo el requisito subjetivo de analizar el caso desde las condiciones de capacitación y experiencia en el ejercicio del cargo frente a las necesidades del servicio a fin de establecer si con el retiro del Oficial se produce un efectivo mejoramiento del mismo**, de tal forma que la facultad discrecional así ejercida no se torne en caprichosa y arbitraria como sucedió en el caso que concita nuestra atención en el cual el mejoramiento del servicio no fue tenido en cuenta para nada.

### 2.3.5 SEGUNDO CARGO: FALSA MOTIVACIÓN:

La motivación expresa del acto administrativo, que fue en realidad su motivación efectiva, se reduce al cumplimiento de los requisitos objetivos de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional e, igualmente, la verificación de tener el tiempo suficiente para devengar una asignación de retiro, guio a la administración a obviar el análisis del mejoramiento del servicio con el retiro del Oficial sin percatarse que ello se convertía en el uso arbitrario y caprichoso de la facultad al no realizar materialmente los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el anterior sentido, la sentencia recurrida se equivoca al afirmar que "Igualmente, las normas en cita, *no* exigen que se deba motivar expresamente el acta de recomendación de retiro de la Junta de Asesora, como lo argumenta la parte demandante. Mucho menos que se debe motivar expresamente el acto administrativo discrecional de retiro del servicio, pues por su naturaleza, dicho acto discrecional si bien, tiene una motivación, como lo es la buena prestación del servicio, la misma es tácita y no expresa.

Así las cosas, el acto administrativo a través del cual se llama a calificar servicios a miembros de la Fuerza Pública, tiene su motivación en lo estipulado por la ley, es decir, que sí se cumple

con los requisitos de un tiempo mínimo en el servicio y que ese tiempo lo haga merecedor a una asignación de retiro (motivación extra textual sentencia SU 091 de 2016 de la Corte Constitucional), por eso, podrá entenderse que el acto administrativo está debidamente motivado. En el caso bajo estudio se reitera que estos requisitos se cumplieron a cabalidad, como quiera que el demandante **JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO** prestó sus servicios durante un lapso superior a 21 años, como se puede constatar en su hoja de vida..., haciéndose acreedor a una asignación por retiro...”.

### 2.3.6 TERCER CARGO: DESVIACION DE PODER:

Cita la sentencia recurrida “Sobre la prestación del servicio y en consideración a que las documentales aportadas con la demanda (extracto hoja de servicio, copia del folio de vida, evaluaciones de desempeño en el cargo, acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017), **no resultan suficientes para demostrar la desviación de poder**, se hace necesario acudir a las pruebas testimoniales, así:

...

Los relatos de **BYRON OMAR GIRALDO PLAZAS** y **YUSY HOVANNY CRUZ CARREÑO**, si bien contribuyen a establecer el buen desempeño del servicio del demandante con relación a las calidades como militar del demandante por el servicio prestado a la Armada Nacional, dicha situación no le otorga estabilidad en el empleo como se explicó, por cuanto el servicio público de todos los miembros de las Fuerzas Militares debe ser *per-se* excelentes y el demandante en tal sentido, sólo se estaba desempeñando en el cumplimiento propio de las obligaciones que le imponía la labor que desplegaba, más aún del jerárquico que ostentaba el demandante, en una institución como es el Ejército Nacional.

...

Corolario de lo anterior, el acta 6 de 1º de junio de 2017 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, transcrita en la Resolución 5459 del 31 de julio de 2017, que retiró del servicio al demandante (fols. 3 a 6), se realizó la exposición de motivos que originaron el retiro, aun cuando los mismos no son necesarios, sustentada, entre otros, en los siguientes términos, (i) es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado dentro de la Institución; (ii) el llamamiento es una mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, una herramienta de relevo en pro del mejoramiento del servicio y (iii) facultad del nominador respecto de aquellos uniformados que

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

cumplan los requisitos exigidos para obtener una asignación de retiro, éstos mismos fueron luego reproducidos en el acto de retiro.

En esas condiciones, claro es que, contrario a lo que se afirma en el escrito de demanda, **existieron motivos que fundaron la decisión de retiro**, los cuales, **quedaron expresamente consignados en el acta y en el acto que ahora se acusa y se orientan por los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, como se explicó.

En otras palabras, no se logró probar en el plenario, situación irregular o discriminación alguna que hace alusión el demandante y que demuestre que la misma influyó en la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para el Ejército Nacional para recomendar el retiro del servicio que se acusa, situación necesaria, para acreditar una posible desviación de poder...".

Por demás contradictorio resulta que, de un lado se afirma que no se allegó "... Como quiera que tanto al acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, como al acto administrativo que retiró al demandante del servicio, no se les exige una síntesis de los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta por los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y **ante la falta de prueba siquiera sumaria que acredite la vulneración de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, hará de negarse la prosperidad del cargo propuesto**, pues es deber de la parte demandante demostrar de manera incontrovertible y categórica, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio y a los principios de la función administrativa...", peor luego se afirme que la prueba "... **no resultan suficientes para demostrar la desviación de poder,...**", o la prueba fue insuficiente o no hay prueba, y si fue insuficiente ¿Por qué lo fue?

Lo probado en el expediente, el hecho que el mejoramiento del servicio no fue considerado a efectos de ejecutar la facultad discrecional involucrada demuestra de manera irrefutable la desviación de poder pues, al tomarse de semejante manera la decisión, fue la arbitrariedad y el capricho lo que impuso el retiro del servicio activo del Oficiala y no los altos intereses del Estado, del Ejército Nacional, los cuales, dada las calidades excelsas del Oficial estaban lejos de ser

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS***Abogado*

favorecidos con su desvinculación y, antes bien, por vía del indicio sabemos que resultaban perjudicados.

De acuerdo a lo demostrado se determina cómo, en este expediente, los cargos achacados a la decisión administrativa objeto de cuestionamiento están probados y por ende se debe dar prosperidad a las pretensiones de la demanda si es que de someterse al Imperio de la Ley y realizar materialmente el acceso a la administración de justicia, se trata en las decisiones judiciales, marco jurídico y probatorio que conlleva a la revocatoria de la decisión judicial recurrida que, se demostró, es completamente errada y en la cual no podía concluirse que "...Así las cosas, se considera, que al expediente, no se allegaron suficientes elementos de juicio que permitan concluir que el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, no obedeció a los principios de racionalidad y proporcionalidad, así como tampoco ocurrió con violación de normas en que debía fundarse, falsa motivación, expedición irregular, desviación de poder, ni con desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso como se indicó en la demanda.

Luego, en el caso sub examine, la parte demandante, no logró desvirtuar la presunción de legalidad, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar...".

Por lo expuesto ruego revocar la sentencia recurrida y declarar prósperas las pretensiones de la demanda.

De Ustedes.

Cordialmente.

**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**

C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.

T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E  
SISTEMA ORAL**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**Auto N° 003**

**MAGISTRADA: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

MECANISMO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	11001-33-35-019-2018-00070-01
DEMANDANTE:	JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL
TEMA:	RESUELVE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE NIEGA EL DECRETO DE PRUEBAS DOCUMENTALES

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante contra la decisión proferida en audiencia inicial celebrada el 2 de abril de 2019, por el Juez 19° Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que **negó el decreto de unos medios de prueba pedidos oportunamente por el actor.**

### I. ANTECEDENTES

1.- El Mayor (r) **Juan Pablo Céspedes Coronado**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación- Ministerio De Defensa- Ejército Nacional para que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 5459 del 31 de julio del 2017, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, que resolvió retirarlo del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro sin solución de continuidad al cargo que ostentaba al momento de su desvinculación u otro de igual o mayor jerarquía acorde con el grado que deba reconocérsele al momento de la sentencia, conservando la antigüedad y orden de prelación que le correspondía en el escalafón de oficiales con relación a sus compañeros de curso al momento en que se materialice su reintegro y adicionalmente el pago de salarios, prestaciones sociales dejadas de percibir desde que se hizo dicho retiro hasta su reintegro efectivo, con la correspondiente indemnización por el daño causado.

2.- En el curso de la audiencia inicial, el juez decretó unos testimonios y algunas pruebas documentales aportadas al expediente con la demanda su contestación, tales como, (i) extracto de hoja de servicios, (ii) evaluación y clasificación durante su carrera militar y (iii) la Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017. Sin embargo,



negó el decreto y practica de otras pruebas documentales solicitadas oportunamente por el demandante en el escrito de la demanda por ser innecesarias e improcedentes, decisión que fue objeto de apelación.

## II. LA PROVIDENCIA APELADA

En el curso de la audiencia inicial celebrada el 2 de abril de 2019, el Juez negó el decreto y práctica de las siguientes pruebas documentales solicitadas oportunamente por el extremo activo de la litis, por las siguientes razones que se citan in extenso:

### "DOCUMENTALES:

3. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **constancia certificación de los motivos que ocasionaron el retiro del servicio del demandante, por innecesaria e improcedente**, toda vez que de una parte, los mismos se encuentran vertidos en el acto administrativo demandado y de otra, de existir motivos diferentes, le está vedado legalmente a la entidad autoincrimarse, debiendo la parte demandante señalarlos y acudir a los demás medios probatorios para acreditar los argumentos de cargo.
4. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **los conceptos de idoneidad profesional emitidos sobre el demandante durante el tiempo que ostentó el grado de Mayor, por improcedente**, habida cuenta que no denuncia quién emitió el concepto, la dependencia, la fecha o el consecutivo, requisitos mínimos para individualizarlos y contar con la certeza acerca de su existencia.
5. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **las normas y procedimientos mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados del servicio por llamamiento a calificar servicios, por innecesaria**, toda vez que las normas y procedimientos que regulan el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se encuentran vertidas en la ley y los decretos reglamentarios, por lo tanto, se reputa conocida.
6. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **copia de la propuesta de retiro del servicio activo del demandante elevada por el Comandante del Ejército Nacional ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, incluyendo los hechos que motivaron tal situación, por improcedente**, ya que no se tiene certeza de su existencia y en todo caso, en el retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios, se debe tener en cuenta como requisito, la recomendación de la Junta Asesora del Ministro de la Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.
7. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **la constancia de notificación o comunicación del contenido de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 y la certificación del último lugar de prestación del servicio, por innecesarias**, por cuanto solo se requieren al momento de admitir la demanda, pero no para adoptar una decisiones de fondo en el presente asunto.
8. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias aporte **certificación en la que conste el lugar o puesto ocupado en el escalafón militar general y dentro de**

**sus compañeros de curso, por innecesaria**, toda vez basta con acudir al extracto de la hoja de vida para verificar dicho aspecto.

9. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias **aporte certificación en la que conste si los Oficiales del grado de Mayor que no fueron seleccionados para el curso de Estado Mayor en 2017, fueron retirados en su totalidad o de no se así, discriminar los retirados y no retirados y la prueba que tiene por objeto certificar el nombre de los 5 compañeros inmediatamente superior e inferior según la ubicación en la lista de escalafón militar del demandante, por innecesarias**, ya que en el presente asunto se estudia la situación jurídica y particular del demandante respecto del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, sin que en los cargos se presentara un juicioso estudio o test de igualdad que infiera una marcada discriminación.
10. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias **aporte certificación en la cual conste si, de acuerdo con el tiempo en el grado, se debe considerar el nombre del demandante para el curso de Estado Mayor y ascenso, por improcedente**, toda vez que la prueba solicitada tiene como propósito suplir el estudio de legalidad sobre el acto administrativo demandado puesto a consideración por la parte demandante, en consecuencia, la prueba solicitada contiene elementos que hacen parte del problema jurídico planteados y debe ser resuelto por el Despacho al momento de desatar la Litis.
11. Se niega el decreto y práctica de la prueba que tiene por objeto oficiar al Comando del Ejército Nacional para que con destino a las presentes diligencias **aporte certificación de los últimos haberes devengados por el demandante**, habida cuenta que son **innecesarios** y no inciden en la decisión que de fondo deba adoptarse al momento de dictar sentencia." (resaltado fuera del texto)

En conclusión, el juez negó el decreto de las precitadas pruebas en virtud del artículo 168<sup>1</sup> del C.G.P, al considerarlas **innecesarias e improcedentes**.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de negar el decreto de las precitadas pruebas y señaló, como sustento del mismo, que aquellas documentales son conducentes, pertinentes y útiles para el presente asunto y deben ser decretadas por las siguientes razones:

"1. Respecto a los **conceptos de idoneidad profesional emitidos sobre el demandante durante el tiempo que ostentó el grado de Mayor**, solicitó que se proceda a ordenar ese medio de prueba, con el objeto de establecer si dichos conceptos fueron tenidos en cuenta o no, al momento de decidir el retiro del actor, por cuanto **las facultades discrecionales no son arbitrarias conforme al art. 44 del CPACA**.

2. Respecto a los **procedimientos mediante los cuales se seleccionó a los oficiales de grado Mayor que serían retirados del servicio por la causa de llamamiento a calificar servicios en el mes de julio de 2017 y los resultados de los mismos**, indicó el apelante que esta prueba tiene una gran vocación para establecer el test de igualdad, porque lo que allí se va a determinar es si existió o no un procedimiento para seleccionar y escoger al demandante para ser retirado del servicio activo y responder ¿por qué él y no otros?

<sup>1</sup> Artículo 168. Rechazo de pleno.

El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

Señaló además, que es innegable la conexión que existe entre el análisis del ejercicio de la facultad discrecional por llamamiento a calificar servicios, y las reglas de proporcionalidad y razonabilidad. Razón por la cual resulta evidente, que el juez estima que la facultad de retiro por llamamiento a calificar el servicio es arbitraria, subjetiva, injusta, es decir caprichosa, olvidando el ordenamiento constitucional, artículos 217, numerales 1,2 y 6, 219 y 44 del CPACA.

3.- En cuanto a la solicitud de requerir a la entidad que allegue **certificación en la cual conste los motivos que determinaron el retiro del servicio activo del demandante, y la certificación que especifique quienes no fueron retirados y quienes si lo fueron**, sostuvo que, esa prueba es totalmente **pertinente**, por la razón que la regla de igualdad que se ha mencionado, necesariamente debe establecer si algunos oficiales de esos que no fueron llamados permanecieron en el servicio activo, entonces porqué se retiró precisamente al demandante; al no ser actos motivados, la única posibilidad que se tiene para demandar esas decisiones, es buscar esos motivos ocultos, aquí se ha dicho en la demanda que el motivo fue el no ascenso, por tal motivo fue retirado injustamente, por esto se busca mostrar que en el ejército no siempre todos los que no son ascendidos son retirados, o por el contrario que todos los no ascendidos son retirados, y esa parte es de igual importancia, ya que de lo contrario quedaríamos en manos absolutas de la administración y no habría como probar cuales fueron esos motivos reales que se tuvo para efectos de establecer el retiro.

4.- Para establecer si el trato dado al demandante fue igualitario o no, es esencial tener esas **listas de clasificación de esos oficiales**, que nos permita desde todo punto de vista sopesar si se dio un trato igualitario frente a la normatividad."

En síntesis, la recurrente sostiene que las pruebas documentales deberían ser decretadas, por cuanto son pertinentes para resolver el presente asunto.

#### IV. AUTO QUE CONCEDIÓ LA APELACIÓN

En el curso de la audiencia inicial, el Juzgado de conocimiento, concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra el auto que negó el decreto de unas pruebas documentales, en el efecto devolutivo y con base en lo previsto en los artículos 242 y 243 numeral 9º del CPACA<sup>2</sup>.

#### V. CONSIDERACIONES

##### 1. Procedencia y trámite del recurso de apelación

En consideración a que el auto objeto de alzada es aquel mediante el cual el juez de primera instancia negó el decreto de unos medios de prueba pedidos oportunamente por la parte demandante, se encuentra procedente el recurso interpuesto por la apoderada del actor, conforme a lo preceptuado en el numeral 9º del artículo 243 del CPACA.

<sup>2</sup> ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:  
....9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente."

Así mismo, se señala que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 125 *ibídem*<sup>3</sup>, la providencia mediante la cual se decide el recurso bajo estudio, debe ser proferida por la ponente. En consecuencia, se procede a revisar el fondo del asunto.

## 2. Problema jurídico

Se contraer a determinar si en el presente asunto en el cual se discute la legalidad del acto que retiró al actor de la actividad militar por llamamiento a calificar servicios, resulta procedente el decreto de pruebas documentales que tengan como propósito desvirtuar que la legalidad de actuación administrativa.

## 3. Tesis

El despacho considera que en el presente asunto deben decretarse las pruebas documentales relacionadas con (i) **el procedimiento mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados**, (ii) **las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor y (iii) si todos los Oficiales no seleccionados para ascenso al curso de Estado de Mayor fueron retirados o no**, toda vez que están dirigidas a demostrar, que la Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017 se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder.

## 4. Marco legal y jurisprudencial

### 4.1. Necesidad de la prueba

El artículo 164 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 211 del CPACA, respecto a la necesidad de la prueba señala:

*"Artículo 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho."*

Así mismo, el artículo 168<sup>4</sup> del C.G.P., dispone que el Juez podrá rechazar de plano las pruebas ilícitas, impertinentes, inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles, lo que se traduce en que el decreto del medio de prueba depende de su pertinencia, conducencia y utilidad (necesidad).

La pertinencia corresponde a establecer si la prueba pedida aporta al juez alguna ayuda para determinar cualquier hecho correspondiente a la controversia; la conducencia por su parte, implica que la prueba debe ser permitida por la ley para

<sup>3</sup> "ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiera proferido el auto objeto de la súplica"

<sup>4</sup> "Artículo 168. Rechazo de plano.

El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

la conformación del juicio y la utilidad conlleva a que ésta aporte al objeto del proceso.

En esa medida, la prueba judicial es un medio procesal que permite al juez obtener un convencimiento de los supuestos fácticos objeto del proceso, toda vez que su decisión se fundamenta en las pruebas aportadas en debida forma al expediente, así lo ha manifestado el Consejo de Estado<sup>5</sup>:

*"Lo primero que conviene decir es que, por esencia, la prueba judicial es un medio procesal que permite llevarle al juez el convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso y, por ende, le permite tomar una decisión fundada en la realidad fáctica. Eso es lo que significa que la decisión judicial deba fundarse en las pruebas oportunamente aportadas al proceso. Para la admisión de las pruebas, la práctica y los criterios de valoración deben observarse las normas del Código de Procedimiento Civil, conforme lo establece el artículo 1681 del Decreto 01 de 1984 y algunas otras reglas propias del proceso en el que se decreten. Las disposiciones del C.P.C. sobre el régimen probatorio indican que las pruebas deben referirse al asunto materia del proceso y que "el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas" 2. Lo anterior significa que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si éstas cumplen con los requisitos legales, esto es, con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra. Finalmente, las pruebas, además de tener las características mencionadas, deben estar permitidas por la ley."*

## 5. Caso Concreto

Descendiendo al caso concreto, tenemos que, el litigio se contrae a determinar si el demandante, El Mayor (r) **Juan Pablo Céspedes Coronado**, tiene derecho a ser reintegrado al Ejército Nacional, al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de retiro hasta la fecha del reintegro efectivo, con la antigüedad del curso que hacía parte y al pago de una indemnización por el daño causado con la expedición del acto administrativo demandado.

El juez, en audiencia inicial del 2 de abril de 2019, resolvió negar el decreto de los siguientes medios de prueba deprecados en el libelo de la demanda por cuanto resultan innecesarios e impertinentes en relación con el objeto del proceso.

Inconforme con la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de apelación argumentando que aquellas permitirán al juzgador analizar el ejercicio de la facultad discrecional por llamamiento a calificar servicios, y examinar las reglas de proporcionalidad y razonabilidad utilizadas por la entidad demandada al momento de retirar del servicio al actor.

A continuación, se enlista las pruebas documentales pedidas por la parte demandante, -por medio de las cuales solicita se oficie al Comando del Ejército para que las aporte al expediente-, y los argumentos tanto del juez como del recurrente:

<sup>5</sup> Consejo de Estado, C.P. Hugo Fernando Bárcenas Bastidas, 7 de febrero de 2013, rad 2500023310002010-00162-01

Pruebas	Argumentos del Juez	Argumentos del Apelante
1.- Certificación de los motivos que ocasionaron el retiro del servicio del demandante	<b>Innecesaria e Improcedente</b> , por cuanto dichos motivos se encuentran en el acto administrativo demandado.	El acto demandado no fue motivado. Pretende demostrar que motivo del retiro injustificado fue el no ascenso.
2.- Conceptos de idoneidad profesional emitidos sobre el demandante durante el tiempo que ostentó el grado de Mayor	<b>Improcedente</b> , porque no individualizó los conceptos y no se cuenta con certeza acerca de su existencia.	Establecer si dichos conceptos fueron tenidos en cuenta o no, al momento de decidir el retiro del actor.
3.- Normas y procedimientos mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados.	<b>Innecesaria</b> , porque aquellas se encuentran en la ley y los decretos reglamentarios.	Resultan útiles para establecer el test de igualdad.
4.- Propuesta de retiro del demandante elevada por el Comandante del Ejército ante la Junta Asesora	<b>Improcedente</b> . No se tiene certeza de su existencia.	
5.- Constancia de notificación de la Resolución No. 5459 del 31 de julio de 2017 y la certificación del último lugar de prestación del servicio	<b>Innecesaria</b> , por cuanto solo se requieren al momento de admitir la demanda.	
6.- Certificación o lista de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor	<b>Innecesaria</b> , toda vez que basta con acudir al extracto de la hoja de vida para verificar dicho aspecto.	Busca establecer si se dio un trato igualitario al actor frente a la normatividad.
7.- Certificación en la que conste si los Oficiales no seleccionados fueron retirados o no.	<b>Innecesaria</b> , ya que en el presente asunto se estudia la situación jurídica y particular del demandante respecto a su retiro.	Pretende probar si se discriminó al actor.
8.- Certificación en la cual conste si, de acuerdo con el tiempo en el grado, se debe considerar al actor para el curso de Estado Mayor y ascenso	<b>Improcedente</b> . La prueba solicitada contiene elementos que hacen parte del problema jurídico y será resuelto en la sentencia.	
9.- Certificación de los últimos haberes devengados por el demandante	<b>innecesarios</b> y no inciden en la decisión que de fondo deba adoptarse.	

Como cuestión previa, cabe precisar que en cuanto a la discrecionalidad de las decisiones de retiro del personal de la Fuerza Pública y en especial el denominado "llamamiento a calificar servicios", se entiende por éste, una situación que, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad.

Por consiguiente, el Gobierno Nacional y el Ministro de Defensa Nacional tienen sobre el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, sin que requiera especificar de otro modo sus móviles, estas decisiones se asumen como proferidas en ejercicio de sus potestades y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público.

Por lo tanto, se presumen ajustadas a la normatividad, a menos que se demuestre que se infringieron las normas en que deberían fundarse o fueron expedidas irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de poder o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. No obstante, corresponde a la parte demandante en esos eventos demostrar las violaciones normativas causadas.

A continuación, se analizará cada una de las pruebas solicitadas por la parte actora, las cuales fueron negadas por la juez de primera instancia en el curso de la audiencia inicial celebrada el 2 de abril de 2019.

El Despacho de antemano, manifiesta que concurre con la decisión de la juez de negarlas por cuanto son innecesarias e improcedentes. Cabe precisar, que si bien la juez utilizó el término improcedente, se sobre entiende que se refiere a la impertinencia de las mismas, es decir, rechaza dichas pruebas por cuanto buscan demostrar un hecho ajeno al objeto del litigio.

**Prueba No.1: Certificación de los motivos que ocasionaron el retiro del servicio del demandante:**

La parte demandante indicó que el acto demandado no fue motivado y pretende demostrar que la razón de su "retiro injustificado" fue el no haber sido ascendido.

El despacho encuentra acertada la decisión del juez, al concluir que dicha prueba no es necesaria ni pertinente, ya que los motivos están contenidos en el acto demandado de forma extra textual, pues así claramente lo determina la Ley. Luego entonces, no sería útil que la entidad allegara la misma motivación expuesta en el acto acusado.

**Prueba No. 2: Conceptos de idoneidad profesional emitidos sobre el demandante durante el tiempo que ostentó el grado de Mayor:**

El actor busca establecer si dichos conceptos fueron tenidos en cuenta o no, al momento de decidir el retiro del actor. El Juez por su parte consideró que la prueba es improcedente por cuanto el actor no identificó los conceptos solicitados y por lo tanto, no se cuenta con certeza acerca de su existencia.

El Despacho encuentra acertada la decisión apelada en ese sentido, como quiera que si lo pretendido por el actor es demostrar su idoneidad profesional, esa condición puede probarse con las evaluaciones de desempeño que reposan en el expediente, así como también, con los testigos solicitados por el demandante, que vale resaltar, fueron decretados por el juez de primera instancia para tal propósito.

**Prueba No. 3, 6 y 7: Normas y procedimientos mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados; certificación o lista de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor y certificación en la que conste si los Oficiales no seleccionados fueron retirados o no.**

El apelante indicó, que con estas pruebas se pretende que se realice el estudio del test de igualdad de su situación frente a la de los demás uniformados, para efectos de demostrar que la administración incurrió en vicios ocultos –desviación de poder – al momento del retiro del servicio que daría lugar a la nulidad del acto acusado.

En este punto, contrario a lo considera el juez de primera instancia, el despacho considera que dichas pruebas deben decretarse, en la medida que resultan pertinentes para tratar de demostrar, como lo pretende el actor, que el acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 5459 de 31 de julio de 2017 se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder, esto es, que su retiro se produjo por razones distintas al buen servicio o por las condiciones no señaladas en la norma aplicable que no son otras que las relativas al cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento de la asignación de retiro.

De igual forma, no puede indicarse que dicha prueba resulta innecesaria, habida cuenta que tal y como lo señaló el tratadista Hernán Fabio López Blanco "...solo el desarrollo de la práctica de las pruebas es lo que va a determinar lo innecesario de algunas, de ahí que no es usual que el funcionario judicial pueda, desde un principio, negarse a decretar la práctica o disponer el aporte de las que se le solicitaron"<sup>6</sup>.

Luego entonces, se revocaran los numerales 5 y 9 del auto de pruebas proferido por el juez de primera instancia y en su lugar decretará su práctica en el sentido de oficiar a la entidad demandada para que allegue las respectivas certificaciones en las cuales conste (i) **el procedimiento mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados,** (ii) **las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor** y (iii) **si todos los Oficiales no seleccionados para ascenso al curso de Estado de Mayor fueron retirados o no.**

Finalmente, respecto a las pruebas No. 4, 5, 8 y 9 la parte actora no presentó los reparos específicos en los que se funda la apelación, por lo tanto, el despacho no se pronunciará al respecto.

En mérito de lo expuesto, el Despacho No. 13 de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 5 y 9 del auto de pruebas proferido en audiencia inicial del 2 de abril de 2019, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, y en su lugar dispone

<sup>6</sup> Código General del Proceso-Pruebas-; Autor: Hernán Fabio López Blanco; Edición 2017; Editorial: Dupre Editores Ltda; Pág. 185



"ORDENAR al juez de primera instancia que decrete la práctica de las pruebas relacionadas con las certificaciones en las cuales conste (i) el procedimiento mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados, (ii) las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor y (iii) si todos los Oficiales no seleccionados para ascenso al curso de Estado de Mayor fueron retirados o no."

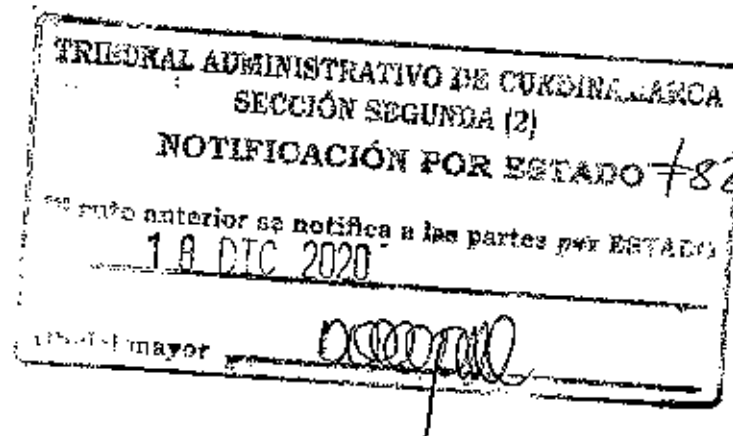
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen para que fije las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se practicarán los testimonios decretados.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO  
Magistrada





**JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Carrera 57 No. 43-91 Piso 5º.

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO N°: 11001-33-35-019-2018-00070-00**  
**DEMANDANTE: JUAN PABLO CÉSPEDES CORONADO**  
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA  
NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.**

**OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE** lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del **16 de diciembre de 2020**, por el cual se revocaron los **numerales 5 y 9** del auto de pruebas proferido en audiencia inicial del **2 de abril de 2019**.

En consecuencia se dispone:

Por Secretaría, ofíciase al Comando del Ejército Nacional, para que en el término improrrogable de diez (10) días contados a partir del recibo de la presente comunicación, allegue con destino a las presentes diligencias lo siguiente:

a. Certificado en el que se indique, normas y procedimientos mediante los cuales se seleccionó a los Oficiales de grado Mayor que serían retirados del servicio por llamamiento a calificar servicios del 2017.

b. Certificado en el que se indique, las listas de clasificación de los Oficiales del grado de Mayor seleccionados para el curso de Estado Mayor del 2017.

c. Certificado en el que se indique, si todos los Oficiales del grado Mayor no seleccionados para el curso de Estado Mayor del 2017, fueron retirados o no.

Respetuosamente se solicita a las partes, demandante y demandada, realicen las gestiones pertinentes ante la entidad respectiva con el fin de agilizar el recaudo del medio documental de prueba decretado en esta decisión.


**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA**  
**JUEZ**

Dfm.

JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SECCION SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO No.  
15 Art. 201 Ley 1437 de 2011, notifico a las  
partes la decisión anterior hoy 7 de mayo de  
2021, a las 8:00 A.M.



FERNANDO GUERRERO CORTÉS  
SECRETARIO

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

Bogotá D.C., 9 de febrero de 2021.

Honorable Magistrada  
PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO  
**SUBSECCION E SECCION SEGUNDA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
Ciudad.

REF. Solicitud tener presente auto 563 del 16 de diciembre de 2020.  
Radicado No. 11001333501920180007002  
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.  
Demandante: JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.  
Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL.

Respetada señora Magistrada:

En mi condición de apoderado del demandante dentro del asunto de la referencia según poder obrante dentro del mismo, comedidamente me permito poner de presente, a efectos del trámite del recurso de APELACION impetrado, que su mismo Despacho mediante auto No. 563 del 16 de diciembre de 2020 revocó parcialmente la decisión del *a-quo* de denegar algunas solicitudes probatorias en virtud de la APELACION que se interpuso por esta parte en contra del tal decisorio, a pesar de lo cual el Juez de Primera Instancia dictó sentencia.

Por lo anterior aprecio se tenga presente la aludida situación a efectos de decidir sobre el recurso de APELACION propuesto contra la sentencia de Primera Instancia.

De Usted.

Cordialmente.



**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**

C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.

T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.

**N E L S O N   I V A N   Z A M U D I O   A R E N A S***Abogado*

Bogotá D.C., 5 de marzo de 2021.

Honorable Magistrada  
PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO  
**SUBSECCION E SECCION SEGUNDA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
Ciudad.

REF. Alegatos de conclusión.  
Radicado No. 11001333501920180007002  
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.  
Demandante: JUAN PABLO CESPEDES CORONADO.  
Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL.

Respetada señora Magistrada:

En mi condición de apoderado del demandante dentro del asunto de la referencia según poder obrante dentro del mismo, comedidamente me permito descorrer el traslado para alegar de conclusión, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Remito de manera integral, como mis alegatos de conclusión del recurso, a la sustentación del recurso plasmada en el escrito de APELACION.
2. Es necesario resaltar como, el ejercicio de facultades consideradas discrecionales como la selección a CEM necesaria para ascenso al grado de Teniente Coronel o las de retiro del servicio activo del personal militar, se ha venido convirtiendo en expresión de presuntos actos de corrupción al permitir la arbitrariedad y el capricho en esas decisiones dado el amplio margen de discrecionalidad que la Jurisprudencia ha venido concediendo, más que nunca a raíz de la Sentencia SU-0911 de 2016 de la Corte Constitucional. Esta situación es ya de público conocimiento como se resalta en publicaciones como la de la Periodista MARIA JIMENA DUZAN en la Revista Semana bajo el

**N E L S O N I V A N Z A M U D I O A R E N A S***Abogado*

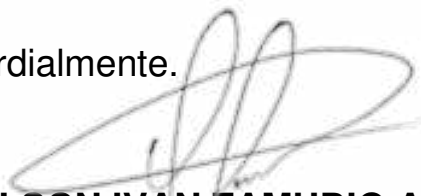
---

título “El cartel de los ascensos”<sup>1</sup>, por lo que los Jueces de la República están llamados a estudiar de fondo este tipo de demandas y decidir con arreglo a la Ley y la prueba ajustando las decisiones administrativas a las previsiones del artículo 44 del C. de P.A. y C.A. y evitando patrocinar el ejercicio ilegal de estas facultades.

3. Por último, llamo nuevamente la atención sobre que, a efectos del trámite del recurso de APELACION que nos ocupa, su mismo Despacho mediante auto No. 563 del 16 de diciembre de 2020 revocó parcialmente la decisión del *a-quo* de denegar algunas solicitudes probatorias en virtud de la APELACION que se interpuso por esta parte en contra del tal decisorio, a pesar de lo cual el Juez de Primera Instancia dictó sentencia. Por lo anterior, insisto, se tenga presente la aludida situación a efectos de decidir sobre el recurso de APELACION propuesto contra la sentencia de Primera Instancia.

De Usted.

Cordialmente.



**NELSON IVAN ZAMUDIO ARENAS**

C. C. No. 79.541.041 de Bogotá.

T.P. 70.039 del Consejo Superior de la Judicatura.

---

<sup>1</sup> <https://www.semana.com/opinion/articulo/ascensos-irregulares-de-militares-en-el-ejercito-columna-de-maria-jimena-duzan/628371/>