



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DIRECCIÓN DE DEFENSA JURÍDICA INTEGRAL

Bogotá, D.C., 10 de noviembre de 2023

Señor

JUEZ ONCE (11) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCION SEGUNDA
Bogotá D.C.

Ref. PROCESO : 11001333501120230030000
MEDIO CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : JORGE EDUARDO POSADA BARRERO
DEMANDADO : NACION-MINDEFENSA-EJERCITO NACIONAL
ACTUACION : CONTESTACIÓN DEMANDA.

OMAR YAMITH CARVAJAL BONILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 83.258.171 de Pitalito – Huila, portador de la Tarjeta Profesional No.186.913 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de **LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, encontrándome debidamente facultado, por medio del presente comparezco a su despacho dentro de la oportunidad procesal para presentar escrito de **CONTESTACION DE LA DEMANDA**, en los siguientes términos, así:

PRETENCIONES QUE FORMULA LA PARTE DEMANDANTE:

PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad de la Resolución 00000712 del 10 de febrero de 2023, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios al demandante, pues el acto administrativo se encuentra ajustado a la Constitución y a las normas legales.

SEGUNDA: Me opongo a que se reintegre, pues no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y los mismos fueron expedidos en derecho.

TERCERO: Me opongo a que se declare el reconocimiento al pago de salarios, bonificaciones, auxilios, primas, aporte de pensiones, vacaciones, subsidio familiar, aumentos y demás prestaciones sociales, dado que el llamamiento a calificar servicios cumplió los presupuestos jurisprudenciales y a que bajo esta figura el demandante recibió asignación de retiro.

CUARTA: Me opongo a que se declare que no ha habido solución de continuidad, pues no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y los mismos fueron expedidos en derecho.

QUINTA: Me opongo que se disponga el cumplimiento a la sentencia que ponga fin al asunto litigioso en los términos del artículo 192 del CPACA.

A LOS HECHOS

Al hecho 1. Es cierto

Al hecho 2. No es cierto, es una apreciación subjetiva y un argumento jurídico que deben ser probado, no es un supuesto factico respecto del cual proceda pronunciamiento en este acápite y será objeto de debate probatorio en la respectiva etapa procesal.

Al hecho 3. No me consta, todo deberá ser probado de manera debida, de igual manera se debe tener claro Que la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, es una facultad consagrada en el artículo 103 Decreto Ley 1790 de 2000, según la cual los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sólo podrán ser retirados, cuando hayan cumplido los requisitos por tener derecho a la asignación de retiro.

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA
DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS

El llamamiento a calificar servicios es una causal de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares contemplada en la Ley, de conformidad con el Decreto 1790 del 2000:

“Artículo 99 RETIRO.- Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los Oficiales y Suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los Oficiales en los grados de Oficiales Generales y de Insignia, Coronel o Capitán de Navío se hará por Decreto del Gobierno; (...)

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de Oficiales de Insignia.

Artículo 100 CAUSALES DE RETIRO. - El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

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

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

(...)

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

En este sentido cabe precisar que el concepto de buen servicio **no se ciñe solo a las calidades laborales del servicio**, sino que comporta circunstancias de convivencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador.

No obstante, la presencia de circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución, tales condiciones, tratándose de decisiones discrecionales, no generan por si solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, que además tuvo como bases la función y la misión del Ejército Nacional, sobre la base además del merito laboral, académico, profesional y la optimización del sector de defensa nacional.

Es imperioso resaltar, que no todos los Oficiales pueden llegar a ostentar rangos superiores al de Teniente Coronel, en consideración a que los ascensos constituyen una **BASE PIRAMIDAL** dentro de la cual solo unos pocos irán escalando las posiciones de alto rango y no es obligatorio para la institución tener que esperar hasta el momento en que cumpla el tiempo requerido para ser estudiado para un posible ascenso o su llamamiento a calificar servicios.

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

Sentencia No. C-072/96

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

(...) La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por "**calificar servicios**", **acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o deshonrosa, (...) Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio** (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Es de anotar que la Corte Constitucional declaró executable la norma que permite el retiro discrecional previsto en el Decreto 1790 de 2000, al respecto en sentencia **C 179 de 2006**, señaló:

"Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de curso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables."

"(...) Las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a dichas instituciones. Ello indica, que las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetas básicamente a las

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte. Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (217); y, para la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia.

“El retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

“(…) 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, por ende, del interés general. Ahora, la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine 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 la Sentencia T-107 del 2 de marzo de 2016, la Corte Constitucional señaló:

“DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSALES DENOMINADAS “RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIO Y RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL O RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES”.

2.9.1. Para delimitar la figura del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General es necesario en primer lugar, distinguirla del llamamiento a calificar servicios, en virtud de lo desarrollado por la Sentencia SU-091 de 2016, en la cual se precisó que cuando el retiro se presenta por llamamiento a calificar servicios, 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.

<p>RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES</p>	<p>RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA</p>
<p>1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de</p>	<p>1. La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el</p>

<p>una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.</p>	<p>servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.</p>
<p>2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a la asignación de retiro.</p> <p>En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.</p>	<p>2. Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.</p>
<p>3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón[46].</p>	<p>3. Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro (requisito sine quanon), prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)</p>
<p>4. Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.</p>	<p>4. Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.</p>
<p>5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de</p>	<p>5. Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone</p>

<p>la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.</p>	<p>término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.</p>
<p>6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales, así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.</p>	<p>6. Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.</p>
<p>7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.</p>	<p>7. No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.</p>
<p>8. El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).</p> <p>Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, 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.</p> <p>Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.</p>	<p>8. Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</p> <p>Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. [47]</p>

3.7.1.1. Del cuadro anterior, se puede evidenciar que ambas figuras difieren sustancialmente en cuanto a su contenido, requisitos y efectos o consecuencias, pero son similares en cuanto a la intención de retirar del servicio activo de la Fuerza Pública a quienes cumplan unos requisitos específicos (para el caso del retiro por llamamiento) o se encuentren inmersos en circunstancias especiales, por razones del servicio, (para el caso del retiro discrecional en las

Fuerzas Militares o del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional) que generen el ejercicio de la facultad “discrecional” prevista en la norma.

3.7.1.2. En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro[48].

A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro”.

De conformidad con los términos de la discrecionalidad prevista en las normas arriba destacadas, se presume que la recomendación de retiro se sustentó en un examen objetivo sobre la posibilidad de desvincular al peticionario y no existe ninguna prueba en contrario que desvirtúe dicha apreciación, lo que conlleva a que se desestimen las pretensiones del actor.

Como bien lo ha expresado la Honorable Corte Constitucional la potestad discrecional de las Fuerzas Militares está sometida al imperio del principio de legalidad, que implica, que los actos administrativos no tengan sustento en caprichos o voluntad de las personas, sino que para hacer uso de esta atribución deben sopesarse circunstancias de hecho, oportunidad y/o conveniencia general.

Por cierto, se tiene, que dentro de las Fuerzas Militares son pilares fundamentales para el cumplimiento de su misión Constitucional la sujeción al **esquema jerárquico**, disciplinario, ético militar, en ese sentido en reciente Sentencia de unificación SU172/15 la Honorable Corte Constitucional dispuso frente a los actos administrativos de retiro por determinación discrecional de la Policía Nacional, que para efectos prácticos se equipara a la del Ejército Nacional, lo siguiente:

“Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

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

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

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

*El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, **no debe estar***

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente esta instituida para la Policía Nacional, en razón de su función constitucional. (Resaltado fuera de texto).

Este esquema jerarquizado al interior de las Fuerzas Militares y en especial referencia frente al llamamiento a calificar servicios, ha sido ratificado en sentencia ST-091 de 2016 de la Honorable Corte Constitucional, que indicó que esta es una herramienta con la que cuenta la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de la escala jerarquizada propia de la Institución para permitir el ascenso y promoción de otros funcionarios.

De esta manera el Máximo Órgano de Control Constitucional ratifica que el llamamiento a calificar servicios es una modalidad de retiro que obedece a la estructura piramidal de la carrera militar que no admite el ascenso al grado superior a todos los que se ubican en el grado inmediatamente anterior, permitiendo de esta manera la renovación del personal uniformado, sin que se atienda a condiciones personales o profesional del funcionario.

Tal como se expuso, la facultad discrecional no impone al nominador que se deba recurrir a un procedimiento administrativo previo para poder hacer uso de esta herramienta necesaria para el mantenimiento de la disciplina en la Institución Castrense.

En ese sentido debe entenderse que el llamamiento a calificar servicios es una potestad inherente al ejercicio del poder jerárquico de mando, que opera además cuando se cumpla el requisito de temporalidad previsto en la norma, esto es, llevar 15 años de servicio militar, aspecto que se cumple en el caso específico.

No puede argumentarse que el llamamiento a calificar servicios sea una causal de retiro que cause deshonra militar o que pueda causar afección psicológica al personal retirado, como quiera que está no ha sido considerada como una sanción, sino que por el contrario ha sido contemplada como un retiro temporal con pase a la reserva.

Para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, la motivación está contenida en la ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto, es decir, sólo es necesario que la persona a la que se le llama a calificar servicios haya reunido los requisitos establecidos para tener derecho a la asignación de retiro.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

“Por otra parte, se observa que las autoridades también incurrieron en defecto sustantivo al afirmar que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios deben motivarse, pues ello no está dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Ley 857 de 2003 como una condición para desvincular bajo esa causal a los oficiales de la Policía Nacional, pues dichas normas solo exigen cumplir los requisitos para acceder a la asignación de retiro y un concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, supuestos que se satisfacen en el caso concreto, dado que el señor contaba con más de quince (15) años de servicios, ya que ingreso a la Institución el 24 de enero de 1991 y fue retirado el 4 de abril de 2011 (20 años, 1 mes y 10 días de servicio), y la mencionada junta recomendó su desvinculación a través de acta del 18 de febrero del mismo año.

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

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

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

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

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

Adicionalmente, y siendo el llamamiento a calificar servicios una decisión que no requiere motivación alguna, salvo el cumplimiento de los requisitos establecidos; que la persona haya cumplido quince (15) años de servicio y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, se tiene que la decisión ahora controvertida es legal.

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

Es pertinente anotar que el apoderado de la parte demandante argumenta en la demanda, las causales de nulidad de los actos administrativos que contempla el ordenamiento vigente en materia de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011), consagradas en su artículo 137: desviación y abuso de poder y falsa motivación, por lo que es claro su señoría que en el caso que nos ocupa es carga del demandante cumplir con el deber de probar que el acto administrativo ha sido proferido de manera ilegal, con falsa motivación o desviación de poder, lo cual debe ir acorde con el precedente jurisprudencial que en materia de retiros por llamamiento a calificar servicios estableció la Sentencia de Unificación 091 de 2016, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, cuando manifiesta que: *“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.”* Negrillas propias.

Si en las Fuerzas Militares se tuviera que apelar a no poder retirar a nadie del servicio activo se tendría que éstas instituciones no podrían cumplir con las jerarquías que las caracterizan; éste tránsito a una pirámide jerárquica de por sí conlleva, de manera implícita, que los miembros de las mismas se deben retirar en la medida en que se acercan a la cúspide, llegando solo algunos a ciertos grados.

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

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

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

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría¹, no sólo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”.

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

Las referidas técnicas², han estado dirigidas a controlar la regularidad formal del acto, esto es, a verificar que ha sido expedido por una autoridad competente y según las formas prescritas. Ello corresponde a dos aspectos sobre los cuales recae el control. La incompetencia y el vicio de forma³. Pero igualmente aquéllas se han orientado a comprobar la regularidad material del acto, o sea la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, o desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si ésta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia.

El control material del acto, comprende entonces, no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), situaciones que no están probadas por el apoderado de la parte actora.

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

Así lo ha manifestado la H. Corte Constitucional al establecer:

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

Tal y como lo observaron los falladores de instancia en el proceso de tutela,

¹ Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.

² Derecho Administrativo, Georges Vedel, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pág. 486.

³ Se advierte que en la sentencia C-546/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz se consideró para los efectos del control constitucional que el vicio de incompetencia en la expedición de un acto es un aspecto sustancial o material y no formal.

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

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

En efecto, el nivel de discrecionalidad con el que cuenta la autoridad será mayor o menor dependiendo del detalle con el cual el Legislador haya regulado la materia – es decir, el ejercicio de la facultad discrecional estará más o menos reglado en términos legales, dependiendo de la mayor o menor amplitud del campo reservado para ese fin por el Legislador a través de los requisitos establecidos en las normas aplicables. En materia de ascensos militares dicha discrecionalidad alcanza una gran amplitud, puesto que no está sometida a restricciones materiales de orden legal sino que, por el contrario, obedece al ejercicio de una facultad que la ley califica de libre y que la Constitución confía al Jefe de Estado, con el control político de aprobación ejercido por el Senado. Las normas legales regulan procedimientos y condiciones previas al ejercicio libre de la facultad presidencial. Por lo tanto, una vez cumplidos tales procedimientos y reunidas las condiciones de ley, el Presidente de la República decide libremente quién ha de ascender y quién no. (T-1140 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa) (Subrayas fuera del original)

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

No obstante, como se advierte, dicha conclusión se predica de la escogencia de los más altos grados de la escala militar por parte del Gobierno Nacional, pues, como lo ha dicho la propia Corte, en esos casos la Constitución Política tiene en cuenta la conservación del orden público -asunto cuya dirección ha sido atribuida directamente al Presidente de la República-, la trascendencia de las funciones asignadas a los oficiales que están en las líneas superiores de mando, la “especialísima” relación de confianza que debe existir entre Gobierno y los encargados de dirigir las tropas en defensa de la integridad de la Nación y el sometimiento del ejercicio de esa potestad discrecional al control político del Senado de la República (Art. 173 C.P).”⁴

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

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

Esta decisión no es producto de una sanción disciplinaria, penal o de cualquier otra índole, sino una facultad que está consagrada en el Decreto Ley 1790 de 2000, que regula las normas de carrera del personal militar, la cual obedece a la necesidad de la renovación de los cuadros de mando de la Institución.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto del 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy.

calidades militares del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia, oportunidad, disponibilidad presupuestal y planta de personal, que corresponde sopesar al nominador. Resulta necesario precisar que para retirar del servicio activo al personal uniformado de las Fuerzas Militares, por llamamiento a calificar servicios, no exige la disposición legal donde se realice un juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se persigue con el llamamiento a calificar servicios en ningún momento la penalización de faltas de ninguna índole sino la necesaria renovación de los cuadros de mando de la Fuerza Pública, para lo cual se observan todas las garantías procesales y sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional.

Las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante su permanencia en la Institución, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, pues si se llegara a aplicar ese razonamiento, se impediría la renovación de los cuadros de mando de la Fuerza Pública y la estabilidad y continuidad de su misión institucional. (Sentencia SU-217/2016)

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con la cita jurisprudencial que hace la parte actora, por medio de la cual se anula un acto de retiro por considerar que la prestación del servicio fue excelente, se

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

anota que ella pertenece a un caso particular y concreto que en nada concierne al presente.

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

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

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

CONCLUSION

Se insiste, en que la aplicación de la figura de llamamiento a calificar servicios, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.

Reiteramos la posición jurisprudencial reiterada y en especial los argumentos previstos en la sentencia SU-091 de 2016, que pasamos a resaltar:

- Este retiro **no es de carácter definitivo ni absoluto**, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.
- Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.
- Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.
- Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro

EXCEPCION DE LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO.

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

PRUEBAS

Se solicito por parte de la entidad el siguiente documental:

1. Acta de la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa.
2. Extracto de Hoja de Vida del señor demandante.
3. Acta de Comité de Evaluación Final de Estudio y Recomendación por parte del Comité de Evaluación.
4. Folios de vida del demandante.
5. Lista de clasificación del demandante.
6. Certificación de tiempo de servicio del demandante.
7. Las demás que hagan parte de los antecedentes administrativos relacionadas con el llamamiento a calificar servicios del señor suboficial demandante.

EJÉRCITO NACIONAL

PATRIA HONOR LEALTAD

Carrera 46 No. 20-34 Cantón Militar Caldas – Bogotá D.C.

No. de teléfono 3103407827

EMAIL: omaryamith@hotmail.com

PETICIÓN

Respetuosamente solicito a Su Señoría, me sea reconocida personería para actuar dentro del proceso e igualmente que se nieguen las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos presentados.

DE LAS COSTAS

Teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 188 del C.P.A.C.A, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – posición adoptada por el Consejo de Estado⁵, solicito a su H. Despacho no se condene en costas siempre que no se compruebe uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales⁶.

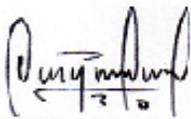
ANEXOS

Poder debidamente otorgado para actuar con sus respectivos anexos.

NOTIFICACIONES

En cumplimiento de lo indicado en el artículo 3 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el inciso 2 del artículo 46 de la Ley 2080 de 2021, me permito señalar que las notificaciones las recibiré en el correo electrónico omaryamith@hotmail.com, mi teléfono celular de contacto es el 3103407827.

Del Señor Juez, atentamente;



OMAR YAMITH CARVAJAL BONILLA
C.C. 83.258.171 de Pitalito Huila
T.P. 186.913 C.S

⁵ Sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Rad. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), MP. Jaime Orlando Santofimio.

⁶ Sentencia del 25 de mayo de 2006. Subsección B, Jesús María Lemus. Rad. 2001-04955-01(2427-2004) “(..) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”_