

Doctor
GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO
Juez 11 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá
Sección Segunda
E. S. D.

RADICADO: 110013335011-2020-00360-00
DEMANDANTE: EDWIN HARWEY SILVA DURÁN
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CONTESTACIÓN DE DEMANDA – PRUEBAS

ANGÉLICA MARÍA VÉLEZ GONZÁLEZ, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con el poder que se allega, me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** formulada en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, en los siguientes términos:

CONFORMACIÓN DEL GRUPO DEMANDANTE

1. EDWIN HARWEY SILVA DURÁN CC. 13.862.450

1

A LAS PRETENSIONES:

Pretende el demandante, en resumen, mediante el control de nulidad y restablecimiento del derecho:

- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 1076 de 8 de abril de 2020, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, por medio de la cual se retira del servicio activo al demandante, quien se encuentra vinculado a una investigación penal, retiro efectuado por la causal de llamamiento a calificar servicios.
- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando u otro de superior categoría, funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad a la fecha de su retiro.
- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se reconozca y pague al demandante o a quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, hasta cuando sea incorporado nuevamente al servicio.
- Que se disponga que, para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del demandante desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro.

- Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicando la correspondiente indexación desde su desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

A LOS HECHOS

Al hecho PRIMERO: Que se pruebe.

Al hecho SEGUNDO: Es cierto que el tiempo de servicios prestados por el demandante al Ejército Nacional fue de veintidós (22) años, cinco (5) meses y dieciséis (16) días, sin embargo es de aclarar que las fechas consignadas en este hecho no corresponden a las que se plasman en el extracto de hoja de vida, toda vez que el ingreso del demandante se cuenta desde el período prestación de su servicio militar (28/01/1998) hasta su retiro de la Institución, incluidos los 3 meses de alta (14/07/2020), lo anterior de acuerdo con la información consignada en el extracto de hoja de vida del demandante.

Al hecho TERCERO, CUARTO, SÉPTIMO, DECIMO SEXTO: No me consta. Que se pruebe.

Al hecho QUINTO: Es cierto. Todos los oficiales de grado Mayor que hayan cumplido su tiempo en el grado serán valorados para ser llamados a integrar el Curso de Estado Mayor (CEM) para el ascenso.

Al hecho SEXTO: Es cierto y así lo deben hacer todos los oficiales en servicio activo.

Al hecho OCTAVO: Es cierto que se estudian todas y cada una de las condiciones profesionales de los oficiales que integraran el CEM para el ascenso al grado de Teniente Coronel. **No es cierto** que el Ejército Nacional viole los derechos al debido proceso, igualdad y presunción de inocencia, pues la Institución Castrense se encuentra enmarcada en un régimen ESPECIAL consignado en el artículo 217 de la Constitución Política que consagra: “(...) La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”, por lo que todas sus actuaciones están enmarcadas dentro de la normatividad que le es aplicable y es reconocida dentro de los procesos internos para la selección del personal y su permanencia dentro del régimen especial de carrera.

Al hecho NOVENO: Es cierto que existe un proceso de calificación y evaluación denominado 360°. Los demás argumentos mencionados en este hecho NO SON CIERTOS. El proceso se efectúa de una manera legal y transparente para todos los evaluados.

Al hecho DECIMO: Es cierto.

Al hecho DECIMO PRIMERO: Es cierto.

Al hecho DECIMO SEGUNDO: Es cierto.

Al hecho DECIMO TERCERO: Es cierto.

Al hecho DECIMO CUARTO: Es cierto.

Al hecho DECIMO QUINTO: Es cierto que al oficial se le retira por medio de la Resolución 1076 de 2020. En cuanto a la mención que hace el apoderado de la parte demandante, indicando una

“maliciosa coincidencia” que la fecha de la solicitud de la documentación de haya efectuado el 18/02/2020 y que el retiro del demandante se efectuó mediante acto administrativo del 08/04/2020, es de aclarar que en el Radiograma al que se hace alusión, se indica que la fecha límite para para la entrega de la documentación es el 03/03/2020, por lo que no existe tal “maliciosa coincidencia”, pues como bien lo manifestó el demandante en su libelo introductorio, el demandante se encuentra vinculado a una investigación penal, lo cual le impide ascender por no reunir los requisitos consagrados en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000.

Al hecho DECIMO SEPTIMO y DECIMO OCTAVO: Son ciertos.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Como apoderada del Ejército Nacional, me opongo a las pretensiones solicitadas por el actor, teniendo en consideración los siguientes argumentos:

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

La decisión contenida en el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad y así deberá declararse, toda vez que su expedición obedeció al cumplimiento de las disposiciones que así lo autorizan, esto es, el Decreto 1790 de 2000, cuyos artículos pertinentes señalan lo siguiente:

“ARTÍCULO 99. Decreto 1790 de 2000. RETIRO. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

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

De igual manera, el artículo 103 señala que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, en consecuencia, al demandante le era adaptable la citada norma, pues los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro están contemplados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que no exige requisitos adicionales más que los

quince (15) años de servicio en el caso del llamamiento a Calificar Servicios dada su aplicación para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

En ese tenor, se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 193 del Código General del Proceso, que da credibilidad a lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante en los hechos de la demanda, toda vez que este artículo establece:

“(…) Artículo 193.- La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones... (…)”

Se tiene entonces que, en el presente caso, el apoderado de la parte demandante aportó el extracto de hoja de vida en la cual se evidencia que el tiempo de servicio del demandante fue de 22 años 5 meses y 16 días.

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

La presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado se evidencia de manera palpable, pues está ajustada su expedición a las normas vigentes que rigen el retiro de Oficiales de las Fuerzas Militares, en el entendido que dicha presunción se conoce como la consideración o la imaginación de creer es cierto un acto administrativo y que el mismo ha sido creado acorde con las normas jurídicas existentes que regulan su expedición, tanto en el plano material como formal.

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

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

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

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

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

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

para el grado de Coronel el diploma del Estado Mayor o título de postgrado en su especialidad.

(...)

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

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

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

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

ARTICULO 48. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS. Los ascensos se confieren a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al Decreto de Planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

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

ARTICULO 50. REQUISITOS MINIMOS PARA EL ASCENSO DE OFICIALES. Los Oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

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

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

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

*Es decir que la decisión de reintegrar al actor al grado que ostentaba al momento del retiro, no fue caprichosa ni inmotivada sino que corresponde al respeto y acatamiento de las normas de carrera y ascenso militar, que señalan que **los ascensos dentro de la oficialidad no son automáticos sino que corresponden a las necesidades del servido, a la existencia de plazas de servicio que permita conservar la estructura jerárquica piramidal existente y a otro tipo de circunstancias que no pueden ser soslayadas.** Además la no solución de continuidad implica efectos dinerarios y de respeto de tiempos de servicio, pero no puede convertirse en una forma de pretermitir etapas y procesos de escalonamiento y ascenso, pues no tendría ningún sentido lógico ni jurídico, que sin haber desempeñado el grado de Mayor, al actor se le reintegre como Teniente Coronel; más aún cuando éste alega a su favor el derecho a la igualdad, y **dicha orden sería desigualitaria frente a aquellos que han tenido que someterse al régimen normal para ascender.**" (Negrillas fuera de texto).*

Expediente 25000-23-25-000-2009-00293-01. Referencia: 1538-2012. Actor: Héctor Jaime Fandiño Rincón. Catorce (14) de enero de 2013.

6

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

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

(...)

Lo anterior lleva a concluir que, el ascenso en el nivel de Oficiales Generales del Ejército, al cual pertenece el grado de Brigadier General que ostentaba el demandante al momento de su retiro por llamamiento a calificar servicios, no es automático, requiere el cumplimiento y acreditación de un cúmulo de requisitos generales y especiales, implica un procedimiento que no depende exclusivamente del Presidente de la República, en el cual intervienen distintas Ramas del Poder Público y comporta un cierto grado de discrecionalidad Administrativa y Política, toda vez que el Gobierno Nacional tiene la potestad de escoger "libremente" entre los aspirantes que reúnan los requisitos y el Senado de la República está en la facultad de aprobar o desaprobar el ascenso.

(...)

El Consejo de Estado de tiempo atrás ha entendido que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no puede invadir una órbita ajena a su competencia para ordenar el

ascenso de los miembros de la Fuerza Pública que están abonados en los Grados Superiores, pues ello es facultativo del Gobierno Nacional con aprobación del Senado.”

Por otra parte, el alto Tribunal en materia contencioso administrativa ha decantado el tema, manifestando que no es posible decretar ascensos de forma retroactiva, pues no es el juez el llamado a decidir si el personal cumple o no con las condiciones que le permitirían acceder a los ascensos dentro de la Fuerza y que, en todo caso, debió cumplir estando en servicio activo y que no se pueden suplir o cumplir con el “simple paso del tiempo” porque esto conllevaría una desigualdad con respecto al personal que ha ascendido estando en servicio activo y cumpliendo con los requisitos de ley y de carrera que exige la norma.

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

Por lo anterior, solicito respetuosamente disponer en sentencia de instancia, que no le asiste razón a la parte demandante en sus pretensiones y de contera negarle las mismas, pues de la nulidad del acto administrativo demandado se desprenden las demás pretensiones de la demanda.

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:

7

“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. (Subrayado fuera de texto)

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del

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

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

Adicionalmente para este tipo de casos del llamamiento a calificar servicios, la 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)

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.

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

Sentencia No. C-072/96

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

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, 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.”* Negrilla propias.

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

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

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

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

El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría¹, no sólo se presenta cuando se persique un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que

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

“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.

12

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.

En el caso específico, la competencia en la expedición del acto administrativo demandado, a través del cual se retiró del servicio activo por “llamamiento a calificar servicios” al señor Mayor EDWIN HARWEY SILVA DURÁN, se encuentra en cabeza del Gobierno (artículo 90 del Decreto 1790 del 2000) es decir el señor PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL SEÑOR MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, autoridades a las cuales no se les puede endilgar desviación de poder o falsa motivación en la expedición del acto.

El Presidente de la República como Comandante y Jefe Supremo de las Fuerzas Militares y como representante del poder civil goza de la facultad de remover a los oficiales y suboficiales por razones del buen servicio que le competen evaluarlas solamente al mismo.

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:

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.

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

(...)

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

(...)

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

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, esta Corporación concluye y reitera que la libre escogencia de los altos cargos en la escala militar es una manifestación de la potestad discrecional del Presidente de la República en ejercicio de la autoridad que le reporta el cargo de comandante supremo de las fuerzas armadas y en 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

Desde 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 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

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

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 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.

CASO CONCRETO

No existen pruebas que demuestren de forma fehaciente por parte del apoderado de la parte actora que el acto administrativo demandado adolece de vicios que generen su nulidad, cuando es evidente que el trámite que se llevó a cabo por parte de la Institución Castrense ha sido ajustado a derecho, de manera tal que para todos los efectos legales se procedió conforme a la norma.

Frente a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional se ha manifestado, en Sentencia de Unificación 217 de 28 de abril de 2016, indicando 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 servido 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.**” Subrayado y negrilla propios.*

De esta manera su Señoría, es claro que es deber de la parte demandante, allegar al proceso aquellas pruebas que demuestren que el acto administrativo demandado ha sido proferido con falsa motivación o abuso de poder, a efectos de declarar su nulidad, lo cual no ha sucedido en el presente caso, toda vez que el actor no ha demostrado causales de nulidad que deriven en una ilegalidad del acto.

Por otro lado, es evidente que el demandante no cumplía con los requisitos para ascender al grado inmediatamente superior, como bien se admite en el escrito de la demanda y como se puede comprobar con los documentos que hacen parte del acervo probatorio los cuales dan cuenta de la investigación penal en la que está vinculado el demandante y que claramente eran, en su momento, de conocimiento del Comando de Personal y del Comité que efectuó el estudio de ascenso, por lo que no obstante no requerirse una motivación, esta fue dada por el Comando.

Así lo establece la Sentencia de Unificación N° 091 de 2016:

*“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.**” Subrayado y negrillas propias.*

16

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

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

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

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

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

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

Reitero Honorable Juez, que no existen fundamentos de hecho o de derecho que demuestren que existieron vicios que generen nulidad del acto administrativo demandado, por lo que hay lugar a desestimar las súplicas de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

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

Solicito al Despacho oficiar:

- A la Dirección de Personal del Ejército Nacional, para que se alleguen los documentos correspondientes a los antecedentes administrativos del retiro del demandante, en el evento de que al llegar la etapa procesal pertinente aun no hayan sido aportados.

17

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.

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”



**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
JEFATURA JURÍDICA – DIRECCIÓN DE DEFENSA**

NOTIFICACIONES.

Las recibiré en los siguientes correos electrónicos:

angelica.velez.gonzalez@gmail.com

angelica.velez@buzonejercito.mil.co

Número telefónico de contacto: 3102074950

Atentamente,

ANGÉLICA MARÍA VÉLEZ GONZÁLEZ

C.C. 52.852.174 de Bogotá

T.P. 158.365 del C.S.J.20