Doctor

**ROSSE MAIRE MESA CEPEDA**

**JUZGADO 21 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ**

E. S. D.

 REF: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

 RAD : 11001333502120200030000

 DEMANDANTE: DAVID FELIPE GOMEZ MOMTOYA

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL

ASUNTO: **CONTESTACIÓN DE DEMANDA CON EXCEPCIONES DE FONDO**

MANUEL YEZID CARDENAS LEBRATO, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL, en el proceso de la referencia, conforme con poder anexo, por medio del presente escrito y encontrándome dentro de los términos legales, me permito presentar a su señoría contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

1. **ANTECEDENTES DE LA DEMANDA**

Solicita el actor que se declare la nulidad del Decreto No. 3102 del 20 de MAYO de 2019, mediante el cual el demandante fue retirado del servicio activo de la Ejercito Nacional por llamamiento a calificar servicios.

Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada el reintegro del señor DAVID FELIPE GÓMEZ MONTOYA al grado que ostentaba al momento de su retiro o de igual jerarquía. -

Que se ordene el pago de todos los salarios prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio activo por Llamamiento a calificar servicios (19 de noviembre de 2018) y hasta la fecha en que se cumpla en fallo condenatorio, con la correspondiente indexación.-

1. **A LOS HECHOS**

DEL HECHO 1 al 2: Al parecer son ciertos, sin embargo debe reposar dentro del expediente copia autentica de cada uno de los ascensos de su carrera militar y constancias de recibo de las condecoraciones y felicitaciones recibidas.

DEL HECHO 3: a la entidad no le consta, que se pruebe en el proceso. Igualmente no tiene sustento probatorio de la debida notificación.

DEL HECHO 4: Parcialmente cierto, en lo que respecta al recurso impetrado por el accionante. No obstante, se evidencia una apreciación subjetiva y que no tiene nada que ver con la litis respecto de apreciaciones de lo que cree o no el accionante.

Por otra parte, los hechos narrados en el hecho en mención hacen referencia a un acto administrativo distinto al demandado y que sus finalidades son distintas con el llamamiento a calificar servicio y que por ley no tienen relación uno con el otro de conformidad al decreto 1790 de 200 y la ley 1104 de 2006.

DEL HECHO 5: A la entidad no le consta una apreciación subjetiva, debe probarse con los elementos materiales probatorios obrantes.

AL HECHO 6: Parcialmente cierto, se le dio respuesta al accionante respecto de la decisión del comité, que lo demás debe probarse. por otra parte vuelvo al tema que el acto administrativo no tiene relación alguna con el llamamiento a calificar servicio.

AL HECHO 7 y 8: No le consta a la entidad que se pruebe al proceso por parte del accionante.

AL HECHO 9: parcialmente cierto, el accionante solicita copia de las acta, no obstante hace una apreciación subjetiva de los demás colegas sin tener elementos materiales probatorios y su igualdad ante ellos.

AL HECHO 10 Y 11: No le consta a la entidad que se pruebe con el recaudo de pruebas. Por otra parte, los hechos narrados no tienen nada que ver con el acto administrativo demandado.

AL HECHO 12: No es un hecho, es una apreciación del abogado frente a un concepto técnico, donde n profesional emitió unas recomendaciones conforme a la hoja de vida del accionante y lo que reposa en folios.

AL HECHO 13: parcialmente cierto, aparentemente debe probarse con los documentos aportados en la litis.

AL HECHO 14: aparentemente cierto, igualmente debe probarse con los documentos aportados en la litis.

AL HECHO 15: Parcialmente cierto, no obstante el acto recusado no tiene relación o injerencia con el acto administrativo del llamamiento a calificar servicio.

AL HECHO 16, 17, 18 y 19: No le consta a la entidad, que se pruebe en el proceso. Igualmente, es una apreciación subjetiva del abogado donde mezcla e inhiere que una cosa llevo a la otra.

AL HECHO 20: No me consta. Que se pruebe en el proceso.

AL HECHO 21,22: Parcialmente cierto, que se pruebe con los elementos aportados..-

AL HECHO 23: No me consta. Que se pruebe en el proceso.

1. **OPOSICION A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**ME OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte actora, por lo cual solicito respetuosamente a su Señoría que las mismas sean negadas, por las razones que a continuación se exponen.

* El demandante, fue llamado a calificar servicios, toda vez, atendiendo a los cupos en la disponibilidad de planta de oficiales en los diferentes grados, para atender las necesidades del servicio, se hace necesario que la institución tenga que ajustar su cantidad de personal a la disponibilidad de estos cupos de planta, obligando a mantener solo el personal necesario y que cumpla satisfactoriamente con los perfiles requeridos para el desempeño de los cargos establecidos en el Escalafón, y que las necesidades de planta actuales indican que no se dispone de los cupos necesarios para mantener en servicio activo en la caballería, lo que necesariamente lleva al Ministro de Defensa Nacional, a efectuar el retiro del servicio activo al señor oficial, así mismo, el actor cumplía con los parámetros establecidos y con los requisitos para adquirir asignación de retiro al llevar más de 18 años en la Institución.
* Previo a la emisión del acto administrativo demandado, esto es el Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018, el Ministerio de Defensa Nacional agotó todos los procedimientos legalmente establecidos para el efecto, los cuales, para el caso de oficiales y suboficiales, son los siguientes:
1. Tiempo de servicio para el llamamiento a calificar servicios. (15 0 18 años, según corresponda)
2. Tener derecho a asignación de retiro.
* En sede administrativa, se dio respuesta a todas y cada una de las peticiones de información efectuadas por el demandante.
1. **EXCEPCIONES**
* **CARENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO**

La demanda carece de fundamento jurídico si se tiene en cuenta que, si bien es cierto el demandante, fue retirado del servicio mediante; acto administrativo definitivo que fue proferido conforme las normas legales y constitucionales, que a la fecha está amparado por la presunción de legalidad y constitucionalidad; en cumplimiento de la facultad prescrita en el decreto 1790 de 2000, artículos 99, 100 y 103; por lo motivos que expongo:

En primer lugar, y abordando la teoría del acto administrativo, se debe hacer un análisis de los elementos del mismo; para posteriormente entrar a confrontar si dicho pronunciamiento de la administración adolece de vicio alguno con el fin de ser sometido a un juicio de legalidad; que es lo que materialmente pretende la parte demandante.

De tal forma, que debe abordarse la pregunta ¿Qué significa anular un acto administrativo, objetivo, subjetivo o condición?, de lo cual se infiere ab initio, es excluir del ordenamiento jurídico vigente con efectos jurídicos definitivos erga omnes y ex tunc ( generales y retroactivos, si son actos objetivos), o inter alios y ex tunc (entre partes interesadas o legitimadas y retroactivos, si son actos subjetivos), un acto administrativo que se probó (causales de nulidad del artículo 137 del C.P.A. y C.A) por las autoridades judiciales previa demanda a través de un medio de control judicial idóneo y pertinente ( nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y por excepción contractuales), el cual estaba incurso en una causal de nulidad o vicios intrínsecos del acto, bien sea materiales o formales; contenido que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, a través de pronunciamiento de la Sala Contencioso administrativo , en su sentencia de fecha 27 de enero de 2011,

*“clasificó a las causales de nulidad así: de manera particular, el artículo 84 del código Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios formales, los de infracción de normas en las que debe fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la sentencia **C- 620 de 2004**, en la cual manifiesta *”…… a través de dicha acción (acción de nulidad) se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de los actos, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.”*

Consecuente con lo expuesto, es pertinente y conducente, resaltar que el Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018**,** contiene todos los elementos esenciales del acto administrativo definitivo, tanto materiales como formales, otorgándole la presunción de legalidad; en vista que fue expedido acorde con las normas legales y constitucionales; que para el efecto regulan la carrera del personal de Oficiales de las Fuerzas Militares y sus formas de retiro “artículo 217 de la Constitución Política de 1991, Decreto 1790 de 2000, decreto 4433 de 2004; como se explica en la parte motiva del acto administrativo definitivo.

**REGIMEN APLICABLE**

***DECRETO 1790 DE 2000***

*ARTÍCULO 6. JERARQUIA. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:*

***OFICIALES***

*1. EJERCITO*

 ***Mayor***

Como se infiere de la anterior normativa, el actor por ostentar el grado de Mayor, pertenecía al nivel de Oficiales .

La norma *in fine*, en su artículo 99 definió el retiro de las Fuerzas Militares, como aquella situación en la que los Oficiales y Suboficiales, sin perder el grado militar, cesan en su obligación de prestar servicios, en virtud de disposición de autoridad competente; en efecto el citado artículo prescribe:

***“ARTÍCULO 99. RETIRO****. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007> 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.”*

Sobre las causales de retiro el decreto en cita, en su artículo 100 indicó:

***ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.****<Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

*a) Retiro temporal con pase a la reserva:*

*1. Por solicitud propia.*

*2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*

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

*4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*

*5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*

*6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*

*7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*

*8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*

*9. Por no superar el período de prueba;*

*b) Retiro absoluto:*

*1. Por invalidez.*

*<Doctrina Concordante>*

*Concepto MINDEFENSA 55062 de 2005*

*2. Por conducta deficiente.*

*3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.*

*4. Por muerte.*

*5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.*

*6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.*

El artículo 103, señala el retiro discrecional, en cual se prescribe:

***ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS****. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.*

*<Notas de Vigencia>*

*- Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.481 de 13 de diciembre de 2006.*

También fue expedido por el funcionario competente, Presidente de la Republica de Colombia, consideración a las razones expuestas en el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018**, que de igual manera goza de presunción de legalidad**;** respetándose el derecho de defensa en sede administrativa, el cual puede ejercerse una vez se notifique el acto, lo cual está probado dentro del plenario.

Punto seguido, en cuanto al motivo y fin del acto admirativo, que son los elementos atacados, en este litigio, por ilegalidad sustancial, por falsa motivación y desviación de poder; es procedente centrar la defensa, en la facultad discrecional de la administración; en la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios; figura que entraña la potestad del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión ; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por lo tanto, la esencia del llamamiento a calificar servicios, es la evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión, de su visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido estamos ante un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción del personal, lo que corresponde a la manera corriente de culminar la carrera militar.

Es de anotar, que el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un militar en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras prerrogativas, el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades; se desprende de lo expuesto que la facultad discrecional, encuentra su asidero en el principio de razonabilidad; motivo por el cual, la norma legal consagra como regla general, que debe haber proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad del hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión; en conclusión la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, debe mantenerse intacta ante la sede jurisdiccional, en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos.

De igual manera es de vital importancia, indicar el sentido como se interpretado jurisprudencialmente, la facultad discrecional de voluntad del gobierno y de llamamiento a calificar servicio, cuyo referente es la sentencia de la **Corte Constitucional C- 072 de 1996**:

*“”Estableció que la facultad de la cesación del servicio por* ***voluntad del gobierno****, comprende los siguientes tópicos:*

*-Es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del gobierno o del Ministro, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar de la institución a los miembros de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas por la Constitución.*

*-Dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y sólo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los Suboficiales.*

*-****El retiro se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso****, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado.*

*-La facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios, que puedan afectar la buena marcha de la Institución.*

*-El Oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de los eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.*

*Facultad de la cesación del servicio por* ***llamamiento a calificar servicios****, comprende los siguientes postulados:*

*-****La Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que la actividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del militar o policial y no puede equiparase a otras formas de desvinculación tales como la destitución.***

***-Esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado un mínimo de años (18 años o más), que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.***

*-La cesación del servicio por esta causa se considera como una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad.*

*-El retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva.*

*-Existe la posibilidad de que el uniformado así retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio.*

*-****Es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la Fuerza Pública y una manera común, de terminar la carrera dentro de las Instituciones Armadas, permitiendo la renovación de mandos.””***

En consecuencia, no hay en el Estado de Derecho facultades totalmente discrecionales, porque ello eliminaría la justicia en los actos en que se desarrollan y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada solo existe la aplicación obligada de la norma, en el de la discrecionalidad relativa, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano, que añaden una dimensión no prevista en dicha disposición.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en **Sentencia C-734 de 2000, reiterando lo dicho en la SU-250 de 1998**; coloca de relieve cómo el Consejo de Estado, también ha reconocido que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta no existe; (transcribo cita jurisprudencial en cursiva)

*“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio.* ***En síntesis todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivos y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida****. Esta forma detallada y completa de regulación es ideal en el Estado de Derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará la opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión, en algunas ocasiones, la ley fijará los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente.* ***Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.””***

**CASO EN CONCRETO**

Abordando en concreto el caso del accionante , se observa que el argumento central de la censura, contra el acto administrativo demandando; radica en que a juicio del demandante el retiro del servicio como Mayor General del Ejercito Nacional no fue debidamente motivado y se soportó en argumentos sin fundamento; de igual manera, podría sustentarse en la relación de felicitaciones, condecoraciones la de antigüedad por años de servicio que se entrega en razón al tiempo de permanencia y no en razón a las calidades personales y profesionales del militar, que refleja en su hoja de vida.

Se puede inferir, que fue ajustado al precepto legal, en virtud que fue retirado con un tiempo de servicio superior a dieciocho (18) años, situación administrativa que por derecho le permite acceder a una asignación de retiro; de igual manera el retiro por llamamiento a calificar servicios, es una situación que en concordancia con el marco normativo expuesto, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad; motivo por el cual no vulnera derechos de rango constitucional.

En cuanto a la falsa motivación, la cual se presenta cuando no hay correspondencia entre la realidad fáctica que induce a la producción del acto y los motivos que argumenta la administración para proferirlo; para este caso, el **acto administrativo** fue producto de un proceso integral de evaluación por parte del personal competente en los que si se consignan los motivos de la decisión, los cuales no pueden ser otros, que los que señala la norma; que es el artículo 217 de la Constitución Política, los artículos 99, 100 y 103 del decreto 1790 de 2000, modificado por la ley 1104 de 2006, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y suficiente jurisprudencia acorde al retiro por llamamiento a calificar servicios, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el desempeño y hoja de vida que alega el señor, se debe tener presente que *per se* no generan fuero de inamovilidad alguno, pues un óptimo rendimiento es lo mínimo que se puede esperar de un servidor público, más aun cuando es de alta graduación y si se revisara las hojas de vida de todos los considerados para ascenso al grado de General, se podría apreciar que igual tienen un gran número de medallas, condecoraciones, estudios y felicitaciones registradas, aún más.-

Al respecto se ha pronunciado el **Consejo de Estado en sentencia de fecha 18 de febrero de 2010, MP. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Rad. N° 0205-08:**

*“De conformidad con la providencia C-525 de 1995 la Corte Constitucional la facultada discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran, sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.* ***La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, felicitaciones y ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, más aún en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, pues por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.****”*

 En igual sentido, el tema es desarrollado por el Consejo de Estado, a través de la **sentencia del Magistrado Ponente Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, de radicado N° 0948-09**

***“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor, de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por si 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 si solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.***

*En el caso de la Policía Nacional, como el de otras Instituciones de seguridad nacional, el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, que implica que los altos mandos, pueden contar en condiciones, de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, lo cual justifica que bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad el nominador, pueda ejercer la facultad de libre remoción.*

*Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección, al señalar en casos similares que, todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al Juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, inmediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.*

*En el caso en concreto, revisada la sección de anotaciones de la hoja de vida del actor, se observa que,* ***no obstante describir su rendimiento laboral con proximidad al retiro el último período evaluado****, correspondiente al año 2002, visible al folio del expediente,* ***en el que registra en términos generales, un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que dichas consideraciones no otorgan per se , inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan anotaciones sobre la realización de actos de excepcional mérito y reconocimiento, que por la inmediatez con la decisión de retiro del servicio, eventualmente permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación de poder en el expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio****”*

Por expuesto, se deduce, si bien es cierto, la hoja de servicios constituye un elemento fundamental con el fin de ejercer la facultad discrecional, también lo es que dicho instrumento no es el único elemento que se tiene en cuanta para tomar la decisión del retiro; por ende quien alega esta causal de anulación del acto administrativo, debe demostrar de manera **incontrovertible y categórica**, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio, y a los principios de la función administrativa.

En relación con la clasificación antes mencionada, es necesario tener en cuenta lo preceptuado en LOS ARTÍCULOS 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 del Decreto 1799 de 2000. Vemos que el artículo 2, trata de la naturaleza del sistema de evaluación, el 3, de los objetivos de la evaluación, pero que en ninguna parte se menciona que por obtener buena evaluación en el desempeño profesional se prohíba el llamamiento a calificar servicios.

*(…)ARTICULO 2o. NATURALEZA. El sistema de evaluación y clasificación para Oficiales y Suboficiales se fundamenta en los siguientes conceptos:*

*a. Evaluación. Es un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación.*

*b. Importancia de la evaluación.*

*1) Para el evaluado*

*Ofrece una información válida acerca de su situación con respecto de sus metas personales y profesionales y otorga fundamentos para que tome las decisiones más adecuadas para la orientación de su vida profesional y personal.*

*2) Para el evaluador*

*Establece el compromiso con el perfeccionamiento personal y profesional del subalterno y permite generar la orientación requerida.*

*Facilita el cumplimiento de las funciones profesionales de dirigir, administrar e instruir al talento humano.*

*3) Para la institución*

*Da información válida para la toma de decisiones en cuanto a la administración del talento humano.*

*ARTICULO 3o. OBJETIVOS. Los objetivos de la evaluación son los siguientes:*

*a. Obtener y registrar información válida acerca del desarrollo del perfil profesional.*

*b.* ***Valorar el desempeño profesional del evaluado durante un período determinado.***

*c.* ***Identificar el personal que reúne los requisitos profesionales exigidos para continuar en la Carrera Militar.***

*d. Servir como instrumento para otorgar incentivos y aplicar correctivos, con base en las necesidades detectadas.*

*e. Detectar las necesidades de capacitación para el cumplimiento eficiente del objetivo institucional.*

*f. Determinar la responsabilidad del evaluador y evaluado a través del seguimiento permanente del desempeño profesional y el comportamiento personal.*

*En relación con el art. 37 del mismo decreto, vemos que nos define el término clasificación, que sirve para medir el desempeño profesional, el cual tampoco se ha violado o no se encuentra probado dentro del proceso dicha violación, veamos:*

***ARTICULO 37. DEFINICION****. La clasificación es la fase del proceso que permite agrupar en listas a los oficiales y suboficiales, según la evaluación obtenida y se constituye en el instrumento que mide el desempeño profesional.*

*En cuanto a los arts. 48, 49, 52 y 53 del mismo Decreto, tenemos:*

*ARTICULO 48. DEFINICION.****La lista de clasificación es un mecanismo de la fase de clasificación, que permite ordenar en grupos de calidad a oficiales y suboficiales de acuerdo con los resultados obtenidos en sus evaluaciones.***

*ARTICULO 49. CLASES DE LISTAS. Existen dos tipos de lista de clasificación. Lista de clasificación anual y Lista de clasificación para ascenso.*

*.*

*ARTICULO 52. LISTAS DE CLASIFICACION. Para los propósitos de clasificación se establecen cinco (5) listas así:*

*a. Lista número UNO indica nivel EXCELENTE*

*b. Lista número DOS indica nivel MUY BUENO*

*c. Lista número TRES indica nivel BUENO*

*d. Lista número CUATRO indica nivel REGULAR*

*e. Lista número CINCO indica nivel DEFICIENTE*

*ARTICULO 53. OBJETO DE LAS LISTAS. Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre:*

*a.* ***Ascensos de personal.***

*b. Asignación de premios, distinciones o estímulos*

*c. Mejor utilización del talento humano y capacitación.*

*d.* ***Retiros del servicio activo****.*

*(…) (Resaltados fuera de texto)*

Así las cosas, se desvirtúa de plano la existencia de una Falsa Motivación y se reafirma la presunción de legalidad del Acto Administrativo que hoy se ataca en sede judicial pues, como se ha intentado explicar, el mismo es el producto de un proceso de evaluación en el que se tienen en cuenta no solo las calidades personales y profesionales de aquellas personas que pretender ascender en el escalafón de oficiales, sino que además se deben tener en cuenta aspectos tales como disponibilidad de la planta de personal y el más importante de ellos, las necesidades del servicio.

Frente a este último ítem, es decir, las necesidades del servicio, vale la pena resaltar que son aquellas que se erigen en aras de cumplir a cabalidad con la Misión que le ha impuesto la Constitución a los Miembros de las Fuerzas Militares, quienes en todo caso deberán ser personas que integralmente satisfagan las expectativas de la Entidad, entendidas estas últimas como el cumulo de aptitudes y actitudes que se reflejan en las correspondientes clasificaciones que se realizan, en este caso a los oficiales.

Insistimos que el caso que nos ocupa, no se estructura en este evento falsa motivación alguna porque como se observa, la Institución ejerciendo las facultades que la misma ley le confiere, decidió el retiro de la Oficial, previa la verificación de los aspectos de aptitud, actitud y clasificación además de que previo el cumplimiento del requisito legal de que hubiese transcurrido un tiempo de servicio igual o superior a dieciocho (18) años, como efectivamente fue cumplido por parte del demandante. Dicha situación administrativa, tal como lo preceptúa el Decreto 4433 de 2004 le permite acceder a una asignación de retiro.

A propósito del hecho de que el Llamamiento a Calificar Servicios se encuentra dentro de las llamadas potestades discrecionales, nos resulta pertinente indicar que, sobre el tema de la facultad discrecional, el Consejo de Estado se ha pronunciado, en su **sentencia de fecha 10 de febrero de 2011, M.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Rad. N° 11001-03-15-000-2010-01239 (**trascribo aparte)

*“La decisión en torno al llamamiento a calificar servicios, se enmarca en un proceso donde está inserto el uso de una facultad discrecional de determinados órganos de las Fuerzas Militares, sin embargo, los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad deben estar encaminados al mejoramiento del servicio y es,* ***a la parte demandante, a quien le corresponde demostrar que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus facultades, persiguió finalidades diferentes”***

Precisamente por lo anterior, el llamamiento a calificar servicios, en cuanto es facultad discrecional, no exige motivación del acto, pero sí la justificación de los motivos; tal como lo ha sentado la jurisprudencia de la Jurisdicción Contenciosa, en el sentido que la administración no está en la obligación de motivar sus decisiones, pues las mismas, al estar cobijadas por la presunción de legalidad, se entienden expedidas en aras del mejoramiento del servicio, sin que ello signifique que carezcan de motivación. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en la **sentencia de fecha 16 de febrero de 2006, MP. Dr. JESÚS MARIA LEMUS BUSTAMANTE Rad. N° 8182-05** (transcribo aparte en cursiva)

 *“El Presidente de la Republica tiene sobre el personal del Ejército Nacional, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo, con el sólo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa,* ***sin que requiera explicar de otro modo sus móviles. Estos Decretos se asumen como proferidos en ejercicio de sus potestades sobre el personal subalterno y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo. Por lo tanto, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demuestre en juicio,……….. Que se infringieron las normas en que debía fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa****. Empero, corresponde al demandante en estos eventos demostrar las violaciones normativas causadas.* ***Por tratarse de una facultad discrecional no era de rigor que el acto que ordenó la remoción, ni el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional expresaran en concreto los motivos de la decisión****, que sí son indispensables para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado. De otro lado debe decirse que la desvinculación se origina en un acto discrecional plenamente justificado, sin que haya lugar a controversias con el empleado, porque ella se produce por la voluntad del Gobierno Nacional”*

Así las cosas, se puede colegir que en cuanto a motivación de el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018 DEMANDADA,** esta expresada dentro del considerando del acto administrativo definitivo, no en forma singular o subjetiva como pretende el demandante, sino de una forma normativa u objetiva como lo prescribe la jurisprudencia. Motivación que de manera clara indica, las norman que sustentan la facultad discrecional del retiro por llamamiento a calificar servicios; empero cumpliendo con los presupuestos objetivos requeridos, de un tiempo mínimo de servicio y acceder a una asignación de retiro; como se encuentra acreditado dentro del proceso.

De conformidad con las previsiones que realiza el artículo 167 del CGP se encuentra en cabeza de la persona que pretende ser indemnizada la carga probatoria, es decir, la parte actora deberá demostrar, con pruebas legalmente allegadas al proceso, que el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018 fue** proferido con vicios de desviación de poder y falsa motivación y no simplemente pretender que se acceda a lo pretendido con base en meras apreciaciones subjetivas no probadas, en virtud que como lo señala en forma clara la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acervo probatorio debe ser **incontrovertible y categórico;**  ya que hasta el momento no se ha logrado demostrar lo propuesto en el libelo demandatorio.

Finalmente me permito manifestar que la estructura **PIRAMIDAL** de la fuerzas militares tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con la función que le es asignada dentro del Estado y las necesidades del servicio, lo que implica que no todos pueden llegar a ascender al grado más alto, premisa constitucionalmente acatada dentro del estamento militar y dentro de toda la administración pública.

No todos los miembros de las fuerzas Militares tienen calidades para ser General de la República, pese a que si las tengan para ser Coronel o simplemente Mayor; Circunstancia esta que es plenamente conocida por todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Armadas, desde que inician su carrera militar.

En el presente caso, es claro que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta las necesidades del servicio y el escalonamiento que ES PIRAMIDAL, lo cual no obedeció a intereses particulares como quiere hacerlo ver el demandante.

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; éste tránsito a una pirámide jerárquica de por si conlleva, de manera implícita, que los miembros de las mismas se deben retirar en la medida en que se acercan a la cúspide.

Al respecto la Corte Constitucional, mediante sentencia C-072 de 1996, precisó:

“(…)

El llamamiento a calificar servicios es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica, en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros (…)

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 le es propio.

Por los argumentos expuestos durante el presente proceso con todo respeto le solicito al señor Magistrado de conocimiento

, muy respetuosamente, **se nieguen las pretensiones de la demanda**.

1. **PRUEBAS**

**Pruebas parte demandada:**

**Documental:**

* A la Dirección de Personal de la Ejercito Nacional, para que allegue copia total de la Hoja de Vida con sus respectivas anotaciones de el señor demándate
* Acto administrativo 3102 del 20 de mayo de 2019.

Respetuosamente, me permito informar en caso dado la entidad no responda en tiempo y lugar ,solicito de manera respetuosa que se decreten las siguientes pruebas y se oficie por secretaría así:

* A la Dirección de Personal de la Ejercito Nacional, para que allegue copia total de la Hoja de Vida con sus respectivas anotaciones de el señor demándate
* Acto administrativo 3102 del 20 de mayo de 2019.
1. **EN CUANTO A LAS COSTAS**

Esta demandada se acoge lo prescrito en el artículo 188 del C.P.A.C.A, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a las partes, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de estas.

1. **PERSONERÍA JURÍDICA**

De manera respetuosa, solicito a su señoría, reconocerme personería para actuar dentro del presente proceso administrativo en los términos del poder otorgado por el Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Asuntos Legales.

1. **ANEXOS CON LA DEMANDA**
* Poder otorgado con sus respectivas certificaciones

**NOTIFICACIONES**

El representante legal de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional y el suscrito apoderado las recibiremos en la Carrera 10 No 26-71 edificio residencias Tequendama, torre sur piso séptimo de la ciudad de Bogotá, D.C. Celular 311-8206097 y a los correos electrónicos manucarlyele@gmail.com y al institucional manel.cardenas@mindefensa.gov.co

De su señoría con toda consideración y respeto,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**GERMAN LEONIDAS OJEDA MORENO**

C. C. No.1.033.715.198 de Bogotá

TP 296.409 del CSJ

Anexo lo anunciado poder y resoluciones