

En calidad de apoderado judicial de la parte demandada **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL** me opongo a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda, teniendo en cuenta que mi representada ha actuado conforme a la normatividad aplicable a este caso concreto y el señor **NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ** en ningún caso ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia no tiene derecho a ser reincorporado.

**FRENTE A LAS PRETENSIONES:**

**MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA**, abogado en ejercicio, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 12.751.582 de Pasto y Tarjeta Profesional No. 149110 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL**. Por medio del presente escrito procedo a contestar la demanda dentro del proceso de la referencia, para lo cual pongo a consideración las siguientes consideraciones y argumentos:

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** **NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ**  
**DEMANDANDO:** **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL**  
**RADICACION:** 130013333005-2018-00046-00

Señora:  
**MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS**  
**JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**  
E.  
S.  
D.

Cartagena de Indias D. T. y C, Julio de 2018

REPUBLICA DE COLOMBIA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCION DE ASUNTOS LEGALES  
GRUPO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL - SEDE BOLIVAR





## FRENTE A LOS ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA PARTE DEMANDANTE

De manera respetuosa me permito manifestar que la demanda tal y como fue planteada no está llamada a prosperar, por lo cual solicito se rechace toda la argumentación lanzada por el apoderado demandante y que infiere que el presente caso debe ser decidido por el tema de estabilidad reforzada, teniendo en cuenta que en el presente caso estamos frente al REGIMEN ESPECIAL MILITAR en el cual no se puede aplicar normativas del régimen ordinario.

Por todo lo anterior solicito respetuosamente al momento de fijar el litigio se establezca el siguiente:

## PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional actuó ilegalmente al profirir el acto administrativo complejo que decidió retirar del servicio al Suboficial NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ por llamamiento a calificar servicios y si los actos administrativos atacados se encuentran inmersos en alguna de las causales de nulidad.

## EXCEPCIONES

## DE PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO:

El acto administrativo atacado, goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentre viciado de alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De igual forma se encuentra establecido que a la fecha de expedición del acto se actuó conforme a las normas aplicables a NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ.

EXCEPCION SUBSIDIARIA DE BUENA FE:



.

.

El acto administrativo atacado no solo goza de presunción de legalidad, sino que además se debe partir del hecho de que el funcionario que profirió el acto administrativo lo ha hecho acatando la Constitución y la Ley y en observancia de los principios generales que regulan la actuación pública.

### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece: **PRESCRIPCIÓN.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado: (C.S.J. SALA LABORAL, Sentencia del 17 de marzo del 2009, Expediente 34251)

"Ahora bien, que ciertos estados o, en mejores términos, "situaciones jurídicas" como el estado civil de las personas, las derivadas de las relaciones de familia, en materia laboral, el status de pensionado, etc., sean imprescriptibles, no desconoce que los derechos crediticios surgidos de éstas o de cualquiera otra clase de obligación correlativa si lo son. Al punto, importa recordar que las acciones surgidas de la relación de trabajo son de carácter personal, que entran en créditos de carácter económico, como los salarios y prestaciones sociales, las cuales se pueden extinguir por no haber sido ejercidas por su titular en el tiempo que para el efecto concede la ley laboral...

Bajo ese marco, la variación de una posición jurisprudencial en torno de la institución jurídica de la prescripción frente a los componentes que constituyen la base salarial de una pensión, de manera alguna quebranta las normas denunciadas y menos los postulados que gobiernan el artículo 53 de la Constitución Política, máxime cuando el derecho al trabajo tiene una constante evolución que amerita una dinámica jurisprudencial encaminada al logro de la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación



económica y equilibrio social como bien lo señala el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

(...) Y ya en fecha más reciente, en la sentencia del 18 de febrero de 2004, radicación 21.231, en un proceso en el que fungió como demandado el Banco de la República, en asunto similar al presente, asentó:

"si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el salario base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de vacaciones en el último año de servicios, la exigibilidad de esa obligación empezaba desde la fecha en que se reconoció y, por consiguiente, se cuantificó por la demandada la mesada pensional de éstos, y respecto a los aumentos anuales a partir de la fecha en que los preceptos que lo regulan lo ordenan. Esto porque en uno y otro caso, es a partir de esa data que el interesado tenía la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el reajuste pertinente ante el desconocimiento por parte del obligado al pago íntegro de la prestación". (Subrayado fuera de texto)

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-072 de 1994 señaló:  
"La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incluído, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción, de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad





que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo. De esta forma se tiene que, el fundamento que sustenta el señalamiento de una prescripción de corto plazo para las acciones laborales, radica en la efectividad del principio de la seguridad jurídica, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de mecanismos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

Ya en lo atinente al tiempo para presentar el reclamo de prestaciones, cabe observar que, con anterioridad a la vigencia del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que consagra la prescripción en tres años de las acciones que emanan de las leyes sociales, se dio aplicación a lo dispuesto en el Código Civil (art. 2.536) en cuanto a la prescripción de las acciones ordinarias y ejecutivas; las primeras, por un término de veinte años y las segundas, de diez; de manera que, comparando los criterios esbozados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la expedición de dicha norma procesal laboral unificó en forma integral el régimen de prescripción de los derechos laborales mediante la llamada prescripción trienal, una vez la obligación se haga exigible, es decir a través de una prescripción de corto tiempo, salvo en los casos de excepción legal expresa."

#### Y LA INNOMINADA:

Interpongo esta excepción frente a toda situación de hecho y/o derecho que resulte probada en el presente proceso y que beneficie los intereses de la entidad que represento.

Solicito el reconocimiento oficioso, en la sentencia, de los hechos que resulten probados y que contribuyan una excepción de fondo.

Las demás que considere el despacho.





FRENTE A LOS HECHOS:

**RESPECTO A LOS HECHOS PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO:** No me constan, ya que de las pruebas allegadas no se observa Junta Medica Laboral o Informe Administrativo por lesiones. De todas formas se destaca que no es obligatorio para la entidad practicarle Junta Medica Laboral a todo el personal que se retira del servicio ya que la misma solo es procedente en los casos estipulados en el Decreto 1796 de 2000:

**"ARTICULO 19. CAUSALES DE CONVOCATORIA DE JUNTA MEDICO-LABORAL.** Se practicara Junta Medico-Laboral en los siguientes casos:

1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicológica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.
2. Cuando exista un informe administrativo por lesiones.
3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total.
4. Cuando existan patologías que así lo ameriten
5. Por solicitud del afectado."

**RESPECTO A LOS HECHOS QUINTO Y SEXTO:** No es cierto se trata de apreciaciones personales del apoderado demandante, sin embargo hay que recordar que en las fuerzas militares no existe fuero de estabilidad inclusive y muy a pesar de que el Suboficial ESPITIA DIAZ tenía 24 años de servicio, la figura de llamamiento a Calificar Servicios constituye una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado (Sentencia SU-271-16). Si bien es cierto el actor tenía grandes calidades profesionales esto no es impedimento para que pueda ser retirado de conformidad con la reiterada jurisprudencia.

**ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LAS PRETENSIONES INCOADAS POR LA PARTE DEMANDANTE**

**SOBRE LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRECEDENTES.**  
SENTENCIA SU091 DEL 2016. Del 25 de febrero.



En esta sentencia la H. Corte Constitucional conoció de varias acciones de tutela instauradas contra sentencias proferidas por juzgados y Tribunales Administrativos, donde se accedieron a las pretensiones de reintegro por llamamiento a calificar servicio y que posteriormente en acciones de tutela fueron revocadas y ordenado dictar nuevamente sentencia por vulneración al precedente del Consejo de Estado.

En esta sentencia la H. Corte Constitucional señala la diferencia que se presenta entre el llamamiento a calificar servicio y el retiro por voluntad del gobierno, llegando a la conclusión que el retiro por llamamiento a calificar servicio NO DEBE SER MOTIVADO y que el control judicial del acto administrativo se realiza cuando "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."

La H. Corte Constitucional señaló:

3.7. PRECISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

3.7.1. De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 55<sup>1</sup> y el artículo 57<sup>2</sup> del Decreto 1791 de 2000 "Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional", la Corte Constitucional consideró en la sentencia T-265 de 2013<sup>3</sup> que el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: (i) la institución emite un acto administrativo

<sup>1</sup> "El retiro se produce por las siguientes causales: (...) 2. Por llamamiento a calificar servicios";  
<sup>2</sup> "El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio";  
<sup>3</sup> MP, Jorge Iván Palacio Palacio.





basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; (ii) esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; (iii) la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; (iv) 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; (v) existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; (vi) 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”.

Así bien, para hacer uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios se deben cumplir los siguientes requisitos: “El primero, que el funcionario satisfaga los condicionantes para adquirir la asignación de retiro y el segundo, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares”.

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

3.7.2. En esta oportunidad, la Corte considera importante realizar un análisis más profundo de la figura del retiro por llamamiento a calificar servicio, diferenciándolo tal y como se hizo en el acápite 3.7 de esta providencia, del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Lo anterior,

<sup>4</sup> Sentencia T-265 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.  
<sup>5</sup> Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.







debido que frente a estas dos causales de retiro de los funcionarios de la Fuerza Pública no existe claridad en la posición tomada por esta Corporación, ya que suelen confundirse e igualarse ambas cuando son diferentes en cuanto a efectos. Por lo tanto, la jurisprudencia en vigor resulta ajena a la verdadera naturaleza de la figura del llamamiento a prestar servicios y pone en riesgo la integridad y la finalidad de la Fuerza Pública.

3.7.3. Con la finalidad de precisar que aunque ambas causales de retiro son consecuencia de la facultad discrecional que la Ley les ha otorgado al Gobierno y a las instituciones de la Fuerza Pública, su finalidad, sus requisitos, efectos y resultados son distintos, por tanto no se podrían exigir para ambas figuras los mismos requerimientos como es el caso de la motivación del acto de retiro, en particular porque lo que se busca con el llamamiento a calificar servicios es proteger la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública.

3.7.4. Para tal fin, se pasará a analizar las diferencias entre las dos (02) figuras y las razones por las cuales no es necesaria una motivación adicional del retiro cuando se trata de la causal denominada llamamiento a calificar servicios, pues dicha motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que claramente sus requisitos los determina la Ley. En consecuencia, exigir una motivación adicional desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros.

3.7.5. La causal de llamamiento a calificar servicios, se encuentra regulada para la Policía Nacional, por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003 en concordancia con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, y en cuanto a las Fuerzas Militares, por el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, así: El artículo 3° de la Ley 857 de 2003 establece que "El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a

---

"Según la Doctrina Francesa, la motivación está por fuera del texto del acto administrativo, sin que ello afecte su legitimidad. La motivación es la justificación del acto y al encontrarse en este caso en la Ley es extra textual pero igualmente válida.



calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro." (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, en el caso de las fuerzas militares, el artículo 128 de Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006 establece: "LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro." (Subrayado fuera del texto).

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

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

3.7.8. De esa forma, el retiro por llamamiento a calificar servicios debe entenderse como una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución, tal como



lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-072 de 1997, al señalar que es una:

“acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones el oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión intamante o desdorsosa, sino 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, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Declarar la inequidad 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 a los preceptos superiores”.

3.7.9. Según lo expuesto en esta sentencia y con fundamento en la función que desempeña la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

3.7.10. De esta manera, el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra

<sup>7</sup> Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.



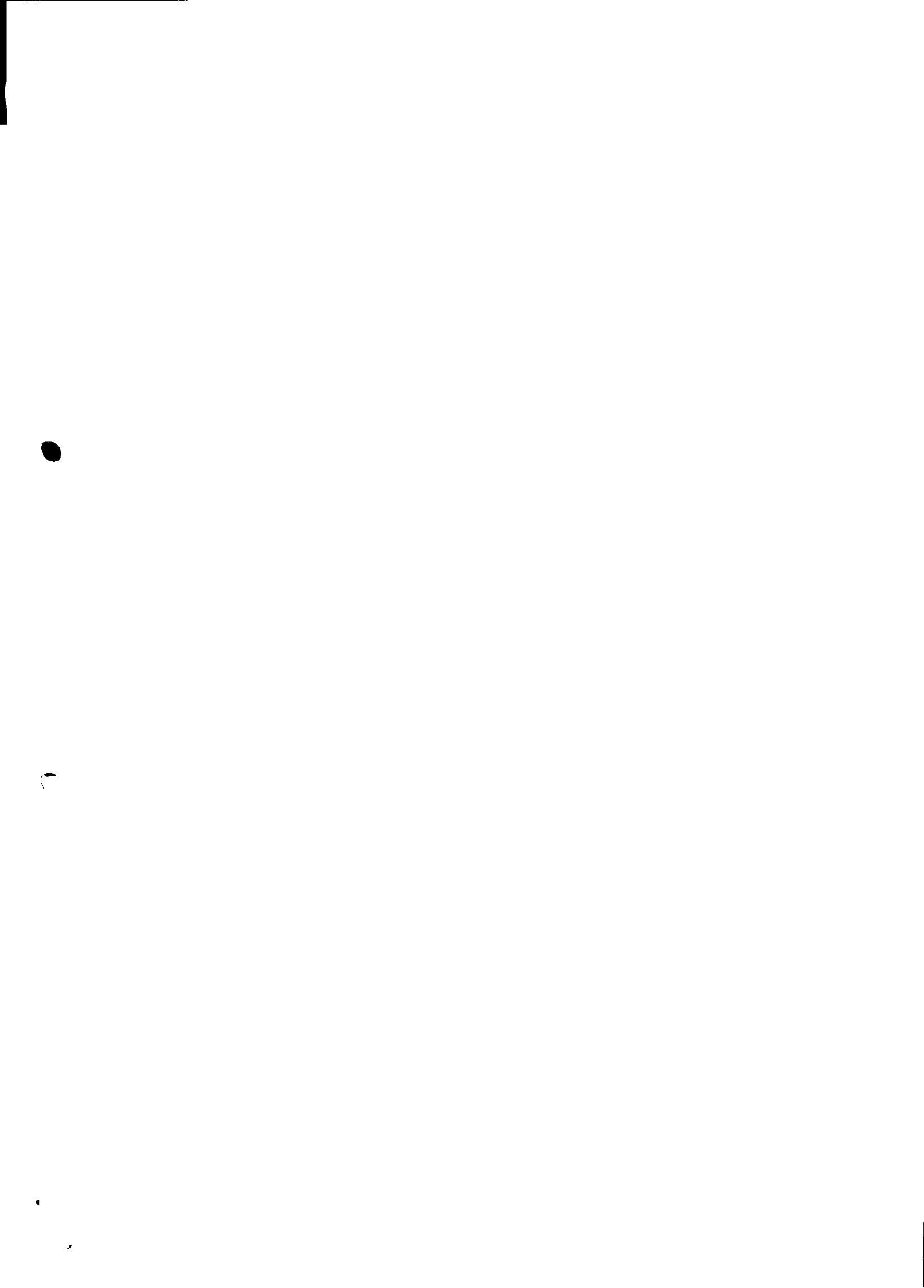
3.7.12.2. En cuanto la exigencia de "motivación" frente a ambas figuras, en el caso del **llamamiento a calificar servicios** esta contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro. En lo concerniente al **retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General** tal y como lo mencionó esta Corte recientemente en

3.7.12.1. No se le puede otorgar igual tratamiento a ambas figuras (retiro por llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General), pues sus finalidades y efectos son diferentes. En el caso del llamamiento a calificar servicios es una terminación normal de la carrera de oficial dentro de la institución, con base en las dos (02) causales establecidas en la ley y, en el caso del retiro por voluntad se produce cuando por razones de "Mejoramiento del Servicio", forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad de los miembros de la Policía, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de esta institución para el desempeño de sus funciones".

3.7.12. Con base en lo anterior, se realizarán las siguientes presiones con respecto a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios:

3.7.11. Es importante llamar la atención que si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia.

*finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para sostener el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.*





La precisión se centra primeramente en la diferenciación entre las figuras denominadas **llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General**. Frente a lo cual se señaló explícitamente que a diferencia de la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del retiro por llamamiento a calificar servicios su motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que la determina expresamente la Ley, motivo por el cual no es

por la causal denominada **llamamiento a calificar servicio**.  
motivación de los actos de retiro de los funcionarios de la fuerza pública Corte Constitucional **precisa** la jurisprudencia en lo concerniente a la vulneración alegada, es importante resaltar que en esta oportunidad la

3.8.1.

### 3.8. CONTROL JUDICIAL POSTERIOR PARA LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

En síntesis, la motivación del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues claramente lo determina la Ley, motivo por el cual no es necesaria una motivación adicional del acto. Para lo cual, se deben observar dos requisitos: 1) tener un tiempo mínimo de servicio 2) que ese tiempo mínimo lo haga acreedor a una asignación de retiro), mientras que en el retiro por voluntad de la administración, existe la necesidad de motivar expresamente el acto, razón por la cual, la persona que es retirada de su cargo por llamamiento a calificar servicios, debe retirarse con asignación de retiro, mientras que en el retiro por voluntad, no siempre sucede así.

3.7.13.

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

3.7.12.5.





necesario que se realice una motivación expresa en el acto de retiro. También se precisa que al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeta a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

3.8.2. De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia<sup>15</sup> en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del

<sup>15</sup> Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T-317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Preteit Chajub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.



Por lo tanto, el llamamiento a calificar servicio del señor Suboficial NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ se ejerció como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, teniendo en cuenta los requisitos exigidos para ello el tiempo de servicio y el derecho a asignación de retiro. No se probó dentro del proceso que dicho llamamiento se utilizó como una herramienta de persecución por

discriminación o abuso de poder.  
pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, contenida en el acto de forma extra textual y claramente, está dada por de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolla frente al retiro por funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el 3.8.3. Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se (...)

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

acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder. (negrilla y subrayado fuera de texto).



.

.

De conformidad con lo anterior y por Decreto Ley, el Gobierno determinó las regulaciones propias referentes al personal que integran las Fuerzas Militares, es por ello que de acuerdo al Decreto 1790 de 2000, en su artículo 4 estableció que "La planta de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional revisado propio."

el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes La Constitución Política de Colombia, en su artículo 217 establece que: "La

en la planta autorizada. relevo generacional como es el decreto planta y el sobre cupo existente circunstancia administrativas y necesidades institucionales que obliga al desarrollo fuera de inmovilidad, máxime cuando se presentan existe una falsa motivación del acto administrativo, desconociendo el instancia tomar este único criterio como determinante para señalar que cargos de dirección y comando, por ende no puede el juez de primera máximos grados, deben poseer las más excelsas condiciones para los donde al final de la carrera militar, los funcionarios que llegaran a los generacional en organizaciones piramidales como las fuerza militares, servicios para darle dinamismo a la planta y garantizar el relevo (Decreto 1790 de 2000), permite hacer uso de figuras como el llamamiento a calificar Ahora bien, el estatuto de carrera del personal militar (Decreto 1790 de

## DE LA CONFIGURACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.

razones de discriminación o abuso de poder.





Al respecto conviene indicar que bien es sabido que ni las condiciones y calidades profesionales, ni personales de la demandante, así como las

con lo autorizado en la ley. se contaría con el presupuesto para cancelar sus haberes, en contravía imposibilidad que los efectivos superen la planta autorizada por cuanto no las funciones asignadas a la institución. Entendiéndose este aparte como la estrictamente las necesidades de efectivos para el cabal cumplimiento de gradual, en las fechas previstas en el decreto de ley, consultando vista presupuestal los movimientos de personal deberán hacerse en forma hacer viable la ejecución de las plantas de personal, desde el punto de establece como una tarea de la administración que "Con el propósito de En los diferentes decretos que regulan la planta de personal militar, se

recursos suficientes para cubrir los costos de nómina. Planta de Personal, garantizando de esta forma que se cuenta con los Hacienda y Crédito Público, quien otorga la viabilidad presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Fuerzas Militares, es aprobada mediante Decreto Ley previa revisión de la Por lo tanto para cubrir esta necesidad, la planta de personal de las

trazados por la entidad. interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos las que cuenta su estructura orgánica y ubica el personal, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones la organización Es así, que se distribuyen los empleos en las diferentes dependencias con

los planes, programas y proyectos trazados por la entidad. que hacen parte de la organización interna, las necesidades del servicio y 785 de 2005, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias clasificación y remuneración del cargo establecido mediante el decreto jerárquicamente y que corresponda al sistema de nomenclatura, funciones asignadas a una entidad, identificados y ordenados empleos permanentes requeridos para el cumplimiento de los objetivo y Debe entenderse por Planta de Personal, como el conjunto de los "Fuerza,"

anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y



anotaciones realizadas a través del sistema de evaluación y calificación de un miembro de la fuerza pública establecen fuero de estabilidad indefinida; condiciones y capacidades que en ningún momento se discuten o se ponen en duda del Suboficial NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ, lo que dio lugar a la expedición del citado acto administrativo fue el hecho simple pero a la vez concreto señalado por las normas castrenses en lo referente al tiempo de servicios prestados para tener derecho a la asignación de retiro, al revoto generacional y profesional propios del sistema piramidal de las fuerzas militares.

En el mismo sentido es necesario indicar al despacho que la buena hoja de vida, las condecoraciones y medallas no significan fuero de estabilidad para que un miembro de las fuerzas militares sea oficial o suboficial pueda permanecer en el grado y en cargo, pues solo es dable adquirir derechos como lo ordena la ley para los casos de concurso de méritos. Frente a lo anterior, ha señalado el Honorable Consejo de Estado, "que tradicionalmente, ha sido que la idoneidad para el ejercicio del cargo y buen desempeño de las funciones, no le otorgan a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares una estabilidad absoluta, esto es, una permanencia indefinida en el grado y cargo que ostenta" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Providencia de fecha 17 de noviembre de 2011, Bogotá, Radicado No 68001-23-31-000-2004-00753-01, CP Gerardo Arenas Monsalve).

No es posible en la asignación de cupos de ascenso de Suboficiales de las Fuerzas Militares aumentarse a discreción de la Fuerza ya que no se puede desconocer las limitantes legales establecidas en el decreto planta vigente al momento del retiro del señor ex Suboficial NESTOR ENRIQUE ESPITIA DIAZ, ya que el fundamento para hacer movimiento de personal, como son ascensos, escalafonamientos y retiros se encuentran supeditados al presupuesto otorgado.

En reciente acción de tutela el H. Consejo de Estado " señaló:

.. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de enero del 2016. Expediente 11001-03-15-000-2015-02207-01. C.P. Martha Teresa Briceño.



"Pues cierto es que la decisión que aquí se cuestiona se profirió por una autoridad judicial que pertenece a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por lo tanto, estaba obligada a respetar el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye, contrario al argumento del actor que no existe desconocimiento del precedente judicial en relación con la valoración que se llevó a cabo de la motivación del acto administrativo de retiro del actor, pues como se explicó, el Tribunal Administrativo de Santander - Subsección de Descongestión, aplicó el precedente del Consejo de Estado frente al retiro de servicio activo de los miembros de la Fuerza Pública, por llamamiento a calificar servicios<sup>12</sup>, en cuanto estimó que, por tratarse de una facultad discrecional, se presume que el retiro, por llamamiento a calificar servicios, obedece a razones de buen servicio y de renovación institucional y no es necesario que los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo aparezcan explícitos en el acto administrativo.

En concreto, el ejercicio de la facultad discrecional, del retiro del servicio por disposición del Ejército Nacional, requiere únicamente del concepto previo de la Junta de Revisión y del cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro, cumplidos esos requisitos, el retiro se presume legal, con el objeto de renovar el personal uniformado de la Fuerza Pública, como ocurrió en el sub examine.

Lo anterior se hizo en reiteración de la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado en relación con la motivación en la desvinculación de la Entidad por llamamiento a calificar servicio, señalando<sup>13</sup>:

<sup>12</sup> Sobre el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de marzo de 2013, dictada en el expediente número: 05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12), explicó: "los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido profieros en aras del buen servicio. También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba. La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto".

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 30/10/2014 Expediente 11001 03 15 000-2013-01936-01



“LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Definición / ACTO DE RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS - Facultad discrecional que no requiere motivación / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - Inexistencia / DEFECTO - FACTICO - Inexistencia

El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirma que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre. Insiste la Sala, es inquestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público... Los actos administrativos de retiro expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional bajo la facultad discrecional llamamiento a calificar servicios no deben ser motivados, solo se requiere haber cumplido 15 años en la prestación del servicio y la recomendación previa de la Junta Asesora. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la providencia cuestionada al estudiar la legalidad del acto administrativo demandado y el precedente jurisprudencial, determinó que los actos de retiro expedidos en virtud de la facultad discrecional no requieren motivación y se amparan en razones de mejorar el servicio. El Tribunal, al analizar el material probatorio aportado concluyó que el acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional retiro del servicio al demandante goza de legalidad, pues fue expedido previa recomendación de la Junta Asesora y por haber cumplido 15 años de servicio el demandante. De manera que el Tribunal Administrativo de Antioquia, al resolver el fondo del asunto mediante la sentencia de 10 de abril de 2013, no hizo nada diferente que acoger la tesis expuesta por el Consejo de Estado. NOTA DE RELATORIA: En relación con el retiro por llamamiento a calificar servicios, ver sentencia del 8 de abril de 2010 de esta Corporación, exp. 2004-0504, C.P. Alfonso Vargas Rincón.”





Como se ha señalado el hecho de que el actor tenga buenas calificaciones o haya sido enviado a un curso por parte de la Armada NO otorga por sí mismo la continuidad en la institución.

Es importante tener en cuenta que precisamente las calificaciones y estudios y cursos son los que llevaron al accionante a estar en la institución por 24 años y llegar al grado que ostentó.

## RESPECTO A LA ESTABILIDAD REFORZADA

No se puede aplicar tal precepto, teniendo en cuenta que en el caso de maras nos debemos circunscribir dentro del régimen especial creado para las fuerza militares al respecto la Corte Constitucional explica en sentencia C-381 de 2005:

“La Corte ha manifestado que el legislador, dentro de su amplio margen de libertad configurativa, “puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de trabajadores, siempre que los mismos no resulten discriminatorios. En dichos regímenes especiales, pueden estar incluidos beneficios no contemplados en el régimen general, bajo la condición de que la consagración de tales beneficios persiga la defensa de bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como los derechos adquiridos, y de que con ella no se perpetúe un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores”<sup>14</sup>.

Respecto al régimen prestacional de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón justamente a la naturaleza de los servicios prestados y a la finalidad establecida por la Constitución para la fuerza pública, que en el caso de la Policía Nacional no es otro que “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-995 del 2 de agosto de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).  
<sup>15</sup> Artículo 218 C.P.



De acuerdo con lo manifestado por esta Corporación, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no vulnera per se el derecho a la igualdad, salvo cuando se demuestre que sin razón justificada las diferencias surgidas en la aplicación de los regímenes especiales generan un trato inequitativo y desfavorable para sus destinatarios<sup>16</sup>. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social<sup>17</sup> y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"<sup>18</sup>.

Como vemos la Corte justifica la existencia del régimen especial de las fuerza militares, sin que en el mismo viole derechos fundamentales, por lo cual no puede el demandante pretender mantenerse indefinidamente en la Armada Nacional ya que la misma Ley autoriza al ente militar a renovar su personal en aras de efectivizar el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

Finalmente, solo resta decir, que los actos acusados, fueron emitidos con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, de los cuales no se advierte causal de nulidad alguna y por tanto, está amparado de presunción de legalidad: lo cual invierte la carga de la prueba, para que sea la parte actora, quien demuestre alguna de las causales de nulidad como son: abuso de poder, desviación de poder, falsa motivación, o violación de normas de carácter Constitucional, Legal o Reglamentario; ninguna de las cuales se encuentra probada, siquiera en forma sumaria.

Por todo lo antes expuesto, solicito se denieguen las suplicas de la demanda y se mantenga la legalidad del acto acusado.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), C-101 del 11 de febrero de 2003 y C-970 del 21 de octubre de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).



### PRUEBAS APORTADAS

Oficio respuesta No. 20180423330184661 de 7 de mayo de 2018, que contiene antecedentes administrativos de retiro del actor.

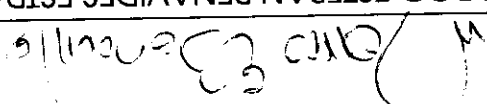
### DOMICILIO Y NOTIFICACIONES

La parte demandada, Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional y su representante legal, tienen su domicilio en Bogotá, en la avenida el Dorado Carrera 52 CAN EDIFICIO DEL MINISTERIO DE DEFENSA. Correo electrónico de la entidad: [Cartagena@mindefensa.gov.co](mailto:Cartagena@mindefensa.gov.co). El suscrito apoderado tiene su domicilio en esta ciudad, Oficina Jurídica del Mindefensa, ubicada en la Base Naval ARC Bolívar, situada en la entrada al barrio Bocagrande de Cartagena, donde recibire notificaciones o en la secretaria de su Despacho.

### ANEXOS

- a) Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.
- b) Poder otorgado para el asunto y sus anexos.

Cordialmente,

  
**MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA**  
C.C. 12.751.582 de Pasto  
T.P. 149110 del C. S. de la J.

