



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-23-33-000-2015-00025-01 (2981-2019)
Demandante: JOSÉ FRANCISCO ARISMENDY PINTO
Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, ARMADA NACIONAL

Tema: Ascenso de uniformado de la Armada Nacional.
Condición de servicio activo para ser promovido.
Necesidad de demostrar la configuración de la desviación de poder respecto del acto que niega esta solicitud, por ser una facultad discrecional de la administración.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-083-2022

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor José Francisco Arismendy Pinto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 1 a 2):

1. Declarar la nulidad del Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, por medio del cual la entidad demandada negó la solicitud de ascenso de jefe técnico a jefe técnico de comando presentada por el libelista el 1.º de diciembre de 2014, en aplicación de los artículos 50 del Decreto 2337 de 1971 y 54 del Decreto 1790 de 2000.

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



2. Como consecuencia de esta declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional ascender al señor Arismendy Pinto a la posición jerárquica de jefe técnico de comando de la institución, y que por lo tanto se reconozca el pago del salario y prestaciones sociales de conformidad con dicho empleo desde el 1.º de marzo de 2012 hasta el 30 de enero de 2015.
3. Conminar a la parte demandada al pago de los intereses moratorios respecto de las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones no liquidadas con base en la remuneración de un jefe técnico de comando.
4. Condenar en costas y agencias en derecho a la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 2 a 5)

1. El señor José Francisco Arismendy Pinto laboró al servicio de la Armada Nacional (orgánico de la Fuerza Naval del Caribe), durante 26 años, 2 meses y 28 días comprendidos entre el 10 de febrero de 1986 y el 5 de abril de 2012, cuando fue retirado de la institución por la causal de llamamiento a calificar servicios.
2. El libelista ingresó al escalafón de suboficiales de la entidad demandada como marinero desde el 1.º de noviembre de 1986, posteriormente como: i) suboficial tercero el 1.º de marzo de 1990, ii) suboficial segundo el 1.º de marzo de 1994, iii) suboficial primero el 2 de marzo de 1999, iv) suboficial jefe el 3 de marzo de 2004, y v) finalmente, como suboficial jefe técnico el 4 de marzo de 2009.
3. El demandante cursó estudios de derecho entre los años 2000 y 2006 en la Corporación Universitaria de la Costa, donde finalmente obtuvo el título de abogado. Posteriormente realizó una especialización en derecho administrativo de la Universidad Libre de Cartagena, la cual culminó el 15 de octubre de 2008. Por esta trayectoria académica, aquel fue seleccionado para iniciar el curso de jefe técnico de comando, por lo que asistió a los cursos de capacitación y liderazgo para sargento mayor de comando internacional y gerencia de la defensa y seguridad nacional.
4. Durante el desarrollo de su labor en la institución castrense, el señor Arismendy Pinto obtuvo 6 condecoraciones y medallas, un distintivo militar a través del escudo honorario de profesionales de la reserva de las Fuerzas Militares, 6 distintivos de buena conducta en todos los grados, 139 felicitaciones y no tuvo ninguna investigación penal o disciplinaria en su contra.
5. El Ministerio de Defensa, Armada Nacional decidió llamar a calificar servicios al demandante y retirarlo de la entidad desde el 5 de enero de 2012, en lugar de promoverlo a la posición de jefe técnico de comando, lo cual sí hizo con los señores Carlos Eduardo Marengo España y William Arroyo Lechuga, quienes habían terminado de manera conjunta con el libelista los referidos cursos para el respectivo ascenso.



6. El señor Arismendy Pinto formuló petición el 1.º de diciembre de 2014 ante la autoridad demandada, con el fin de que le fuera reconocido el ascenso al grado de jefe técnico de comando, luego de asegurar que ello correspondía a un derecho adquirido.
7. El Ministerio de Defensa, Armada Nacional emitió el Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, en respuesta a la reclamación mencionada anteriormente, por medio del cual denegó lo deprecado al indicar que la decisión del ascenso es eminentemente potestativa de la junta clasificadora.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 18 de febrero de 2016.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] INEPTA DEMANDA. Argumenta el apoderado de la demandada que debe prosperar la misma a razón, que el Decreto 1790 de 2000 solo aplica para el personal activo de las fuerzas Militares y no se puede realizar ascenso a una persona o miembro de la institución que ha sido retirado.

Después de revisado el expediente y confrontado con lo expuesto por la demandada, este despacho no encuentra sustento jurídico alguno por lo cual deba declarar la inepta demanda, más aun cuando lo esbozado por el Ministerio de Defensa no se ajusta a los parámetros establecidos en numeral 5 del Artículo 100 del Código General del Proceso en concordancia con el Artículo 162 del CPACA. Los cuales de manera imperativa nos indican que la inepta demanda se configurará por falta de los requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones.

Remitiéndonos al artículo 162 del CPACA el cual nos muestra los requisitos de la demanda, se visualiza con suma claridad que lo aducido por el demandante no vulnera nuestro estatuto procedimental.

AUTO: En mérito de lo expuesto este Despacho, resuelve:

² Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



PRIMERO: Declarar NO probada la excepción de INEPTA DEMANDA presentada por el MINISTERIO DE DEFENSA. [...]». (Mayúscula conforme a la transcripción. Folios 93 vuelto a 94 y CD obrante a folio 99 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Atendiendo a las diferencias manifestadas por las partes, considera el Tribunal de manera provisional, que los problemas jurídicos que se deben resolver son los siguientes:

¿Tiene derecho el señor JEFE TECNICO ® JOSE FRANCISCO ARISMENDI PINTO a ser ascendido al grado de JEFE TECNICO DE COMANDO DE LA ARMADA NACIONAL conforme al decreto 1790 de 2000 que regula el ascenso de suboficiales de las fuerzas militares? [...]». (Mayúscula del texto original. Folio 94 y CD que reposa a folio 99 del expediente).

SENTENCIA APELADA (Folios 147 a 153)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 14 de febrero de 2019, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal de primera instancia adujo que, aun cuando el artículo 54 del Decreto 1790 de 2000, que contempla los requisitos para el ascenso de suboficiales, fue ajustado por el artículo 12 de la Ley 1104 de 2006, debe tenerse en cuenta que tal postulado no tiene el alcance propuesto en la demanda, ni mucho menos contempla que los aspirantes a ascenso a un grado superior hayan adquirido *per se* ese derecho solo por cumplir con los requisitos objetivos previstos para el efecto. Aseguró que el entendimiento que debe dársele a aquel precepto, es que la facultad de escogencia de la administración se debe ajustar a unos criterios que involucran el mérito, pero en todo caso de manera discrecional.

En tal sentido sostuvo que, el Comando de la Armada Nacional no está obligado a ascender necesariamente a todos los que cumplan satisfactoriamente las exigencias normativas para ello, habida cuenta de que lo propio resultaría materialmente imposible. Por tal razón, afirmó que ante la disyuntiva de tener que elegir, la institución debe observar ciertos parámetros, entre los que se destacan: i) la exclusión de criterios de diferenciación expresamente proscritos por la Constitución como la raza, condición social, sexo o credo religioso; ii) el peso que deben tener a la hora de hacer la escogencia las calidades personales y profesionales del aspirante, y iii) que quienes sean promovidos correspondan a los mejores componentes de la fuerza.

Por otro lado resaltó que para la fecha de iniciación de la actuación administrativa que dio lugar al acto demandado (1.º de diciembre de 2014), el libelista se encontraba retirado del servicio, es decir, no tenía la calidad de



militar activo, toda vez que fue llamado a calificar servicios desde el 5 de abril de 2012.

Lo anterior implica aceptar necesariamente que la respuesta dada por la entidad demandada mediante el acto reprochado se encuentra ajustada a derecho al negar la petición de ascenso del señor Arismendy Pinto, toda vez que este se encontraba en uso de buen retiro, lo cual, no lo ubicaba en el supuesto de hecho de la norma aplicable, como lo es el Decreto 1790 del 2000, a fin de que la entidad demandada pudiese valorar la opción de promoverlo a un cargo de mayor jerarquía.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas al libelista en aplicación del artículo 188 del CPACA y 365 del CGP, debido a un criterio objetivo de imposición de esta carga, en razón a que aquel resultó vencido en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 157 a 161)

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda. Para ello sostuvo que en el presente caso se demostró que el señor José Francisco Arismendy Pinto cumplió con los requisitos mínimos para que le fuera concedido el ascenso al grado de suboficial jefe técnico de comando de la Armada Nacional, puesto que acreditó el tiempo de servicios en la posición de jefe técnico, así como la idoneidad disciplinaria, profesional y psicofísica en la práctica profesional, y además aprobó los cursos de capacitación y calificación.

Adujo que la decisión final de la entidad demandada debió ser el ascenso deprecado por el libelista, toda vez que este estaba fundado en el mérito comprobado como candidato y en las condiciones objetivas requeridas por la normativa aplicable. Por tal razón manifestó que, nunca se debió convalidar el criterio de que la escogencia de una promoción a un cargo superior era potestativa de la autoridad, más aún cuando el demandante ya había sido seleccionado entre todo el personal de la institución castrense junto con dos suboficiales más para realizar los respectivos cursos de ascenso.

Precisó que no puede dejarse la decisión sobre este derecho a la simple liberalidad del funcionario competente de la entidad, toda vez que en este caso prevalece el mérito del libelista y no la voluntad de la autoridad, dado que lo propio constituiría una desviación de poder.

Recalcó además que tal criterio potestativo implica arbitrariedad, pues la decisión no está basada en los principios de racionalidad y razonabilidad, en la medida en que el acto administrativo demandado se expidió sin fundamentos legales al haberse acreditado que el señor Arismendy Pinto ejerció la carrera militar con altos méritos y calidades, que a su vez demuestran la ausencia de argumentos y pruebas que legitimen la manifestación administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN



Parte demandante (Folios 187 a 189): instó nuevamente que se revoque la providencia apelada, y para tal efecto reprodujo parte de los argumentos esbozados en su recurso de apelación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio de conformidad con la constancia secretarial que obra a folio 190 del plenario.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada, la cual en el presente caso únicamente fue formulada por la parte demandante.

Problema jurídico

Con fundamento en los anteriores argumentos, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

¿El señor José Francisco Arismendy Pinto demostró que la decisión de negar su solicitud de ascenso al grado de jefe técnico de comando de la Armada Nacional, contenida en el Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, obedeció a una arbitrariedad de la autoridad demandada asimilable a una desviación de poder?

Al respecto, la Subsección sostendrá como tesis: el demandante no demostró que el acto administrativo censurado hubiese sido expedido bajo la causal de desviación de poder, es decir, contrario a los fines del servicio, por lo que la decisión de negar el ascenso deprecado se ajustó a derecho, más aún cuando para el momento de la reclamación no se encontraba en servicio activo, tal como se explica a continuación:

➤ **Marco normativo en materia de ascensos de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**

Al respecto es de destacar que la regulación en materia de carrera del cuerpo de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se encuentra prevista en el Decreto Ley 1790 de 2000 con sus respectivas modificaciones. Lo anterior se deriva de la remisión para implementar lo propio que hace el artículo 217 de la Constitución Política. En virtud de lo anterior, la norma en cita definió los criterios y elementos propios para la administración interna del personal militar del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea, y puntualmente en este caso, de la Armada Nacional.

En primer lugar, se advierte que el artículo 6.º *ibidem* contempló la jerarquía de suboficiales al interior de la entidad demandada de la siguiente forma:

«[...] ARTÍCULO 6. 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: [...]

SUBOFICIALES [...]

2. Armada

- a) Suboficial Jefe Técnico de Comando Conjunto
- b) Suboficial Jefe Técnico de Comando
- c) Suboficial Jefe Técnico
- d) Suboficial Jefe
- e) Suboficial Primero
- f) Suboficial Segundo
- g) Suboficial Tercero
- h) Marinero Primero
- i) Marinero Segundo [...]. (Líneas de la Sala).

En el asunto *sub lite* se resalta que el libelista quien prestó su servicio como suboficial jefe técnico de la Armada Nacional³, solicitó ante dicha autoridad el ascenso al grado de jefe técnico de comando, posición que como se observa a partir de la norma enunciada, efectivamente corresponde a una superior a la que aquel detentaba a la fecha de su retiro por llamamiento a calificar servicios, efectivo desde el 5 de enero de 2012⁴.

Pues bien, en lo atinente al régimen de ascensos al interior de las Fuerzas Militares, se observa que los artículos 51, 52, 54 y 55 del referido Decreto Ley 1790 de 2000, contemplan a título de exigencias tanto generales como específicas para los suboficiales las siguientes:

«[...] ARTÍCULO 51. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS. Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.

PARAGRAFO. El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

³ Ver extracto de hoja de vida del demandante obrante de folios 24 a 29 del plenario.

⁴ *Idem*.



PARÁGRAFO 2. < Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad competente, serán ascendidos al Grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los Grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente.

[...] ARTÍCULO 54. REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE SUBOFICIALES. < Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: > Los Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;
- b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;
- c) Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;
- d) Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;
- e) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de Evaluación y Clasificación.

PARÁGRAFO 1o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando Conjunto se escogerá entre los sargentos mayores de comando, Suboficiales jefes técnicos de comando, sargentos mayores de comando de la infantería de marina y técnicos jefes de comando de la Fuerza Aérea Colombiana, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, el cual se desempeñará en el Comando General de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO 2o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza escogerá entre los Sargentos Mayores, Suboficiales Jefes Técnicos, Sargentos Mayores de la Infantería de Marina y Técnicos Jefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto.

PARÁGRAFO 3o. Para ascender al grado de Sargento Mayor o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza escogerá entre los Sargentos Primeros, Suboficiales Jefes, Sargentos Primeros de la Infantería de Marina y Técnicos Subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, salvo lo relativo a los cursos o exámenes para ascenso.

PARÁGRAFO 4o. Para ascender al grado de Sargento Segundo de las Armas en el Ejército, sargento segundo en la Infantería de Marina y Técnico Segundo del Cuerpo Técnico de seguridad y defensas de bases aéreas en la Fuerza Aérea, el Suboficial deberá aprobar con anterioridad un curso para adquirir una especialidad de combate.

PARÁGRAFO 5o. El requisito de curso de que trata el literal b) en el caso del personal de Suboficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el Comandante de Fuerza respectivo.



ARTÍCULO 55. TIEMPOS MÍNIMOS DE SERVICIOS EN CADA GRADO. Fíjense los siguientes tiempos mínimos de servicio en cada grado como requisito para ascender al grado inmediatamente superior.

a) Oficiales

1. Subteniente o Teniente de Corbeta cuatro (4) años.
2. Teniente o Teniente de Fragata cuatro (4) años.
3. Capitán o Teniente de Navío cinco (5) años.
4. Mayor o Capitán de Corbeta cinco (5) años.
5. Teniente Coronel o Capitán de Fragata cinco (5) años.
6. Coronel o Capitán de Navío cinco (5) años.
7. Brigadier General, Contraalmirante cuatro (4) años.
8. Mayor General o Vicealmirante cuatro (4) años.

b) Suboficiales

1. Cabo Tercero, Marinero Segundo o Aerotécnico tres (3) años.
2. Cabo Segundo, Marinero Primero o Técnico Cuarto tres (3) años.
3. Cabo Primero, Suboficial Tercero o Técnico Tercero cuatro (4) años.
4. Sargento Segundo, Suboficial Segundo o Técnico Segundo cinco (5) años.
5. Sargento Viceprimero, Suboficial Primero o Técnico Primero cinco (5) años.
6. Sargento Primero, Suboficial Jefe o Técnico Subjefe cinco (5) años.
7. Sargento Mayor, Suboficial Jefe Técnico o Técnico Jefe tres (3) años.
8. Sargento Mayor de Comando, Suboficial Jefe Técnico de Comando o Técnico Jefe de Comando tres (3) años.

PARÁGRAFO. Atendiendo el sistema de evaluación y clasificación, y acciones extraordinarias de valor o resultados operacionales, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares podrá autorizar ascensos de hasta el 10% de cada promoción de Oficiales de cada Fuerza, hasta con un año de anterioridad al tiempo mínimo establecido en el presente artículo.

Para efectos salariales el Oficial deberá haber cumplido el tiempo mínimo establecido en este artículo para el respectivo grado. [...]». (Subrayado intencional).

Como se aprecia de lo transcrito *ut supra*, no solo se consagró la existencia de una serie de requisitos formales y sustanciales que permitieran a los uniformados acreditar el cumplimiento de un perfil merecedor de una promoción al interior de la institución castrense, sino que también, se determinó que la posibilidad de concretar ese cambio de grado funcional, obedece a una decisión libre de la respectiva autoridad y no a una situación automática de inmediata consolidación por el cumplimiento de requisitos, toda vez que el ascenso propiamente dicho fue condicionado a la escogencia que de los miembros calificados para el efecto se hiciera en atención a las vacantes existentes y la necesidad del servicio.

En tal sentido, la facultad de la respectiva entidad de la Fuerza Pública para ascender a uno de sus miembros a un grado superior, claramente es discrecional en el entendido de que esta no se entiende como una obligación directa por mandato legal que genere derechos adquiridos propiamente dichos, y por lo tanto, tampoco exigibles *per se*. Sobre el punto el Consejo de Estado⁵ ha precisado lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de julio de 2015. Radicado: 11001-03-06-000-2015-00042-00(2247).



«[...] Por su parte, el artículo 33 del Decreto 1790 de 2000 establece con claridad que los ascensos son dispuestos por el Gobierno Nacional cuando se trata de oficiales, o por el Ministerio de Defensa Nacional, o los comandos de las respectivas fuerzas, para el caso de los suboficiales. Adicionalmente, la titularidad del Gobierno Nacional para disponer de los ascensos se encuentra también reconocida en los artículos 47, 65, 66 y 67 del mencionado Decreto 1790 de 2000.

En lo que respecta a la naturaleza de esta facultad, es necesario determinar si se trata de una potestad reglada o discrecional. Si bien en algunos casos la administración debe actuar de tal manera que esta no tiene otra alternativa que obrar en la forma indicada o establecida por el mandato legal (facultad reglada), en otros, puede ocurrir que el ordenamiento le otorgue la autonomía o libertad para que, valorando las circunstancias de hecho, la oportunidad o conveniencia general, determine como ejercer una competencia (facultad discrecional). (...)

En lo que concierne a la facultad discrecional se ha señalado que esta constituye una herramienta necesaria para la consecución de los fines estatales y el adecuado cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas a la administración, pues esta, en un contexto de cambiantes y complejas relaciones jurídicas, debe contar con instrumentos que le permitan decidir con algún grado de libertad cómo proceder. Igualmente, la potestad discrecional permite a la administración resolver de mejor manera los casos particulares o concretos a los que debe enfrentarse. Con todo, debe resaltarse que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo tanto la autoridad administrativa debe ejercerla dentro de los límites señalados por la ley y la jurisprudencia.

En esta dirección, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 44 dispuso: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Asimismo, la jurisprudencia nacional ha señalado que la potestad discrecional debe adelantarse bajo criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, buscar la satisfacción del interés general, la consecución de los fines del Estado, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Descendiendo al caso en estudio, encuentra la Sala que la facultad del Ejecutivo para decidir sobre los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares es una potestad discrecional. [...]». (Destaca la Subsección).

De conformidad con lo expuesto hasta este punto, se deduce que es potestativo de la entidad demandada acceder o no a un ascenso de un suboficial como el demandante, ello siempre y cuando la decisión adoptada se acompañe con la facultad discrecional de la administración, es decir, en razón de condiciones propias del servicio y bajo la égida de criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, esto a fin de evitar una manifestación arbitraria que por antonomasia sí sería ilegal y por lo tanto susceptible de anulación en sede judicial.

➤ De la situación particular del libelista

Con base en el contexto jurídico esbozado, resulta indispensable verificar las condiciones fácticas demostradas por la parte activa en lo referente a la satisfacción de exigencias normativas para haber sido considerado como



aspirante a obtener un ascenso al grado de jefe técnico de comando de la Armada Nacional. Sobre el punto se destacan los siguientes hechos probados:

- A partir del extracto de hoja de vida del señor Arismendy Pinto (folios 24 a 29), se observa que aquel prestó su servicio a la Armada Nacional por un término de 26 años, 2 meses y 28 días acumulados en los siguientes períodos: i) como alumno suboficial del 7 de enero al 31 de octubre de 1986, ii) como suboficial en su último grado de jefe técnico desde el 1.º de noviembre de 1986 hasta el 5 de enero de 2012, y iii) durante 3 meses de alta comprendidos entre el 6 de enero y el 5 de abril de 2012.
- De la referida prueba se advierte que el demandante fue retirado del servicio por la causal de llamamiento a calificar servicios.
- Asimismo se aprecia de este elemento de convicción que el perfil profesional del libelista es el de abogado especialista en derecho administrativo con diferentes cursos en artillería y cañones, guerra electrónica, ciencias del mar, administración y contratación estatal.
- Se verifica igualmente que aquel obtuvo calificaciones a lo largo de su trayectoria de servicio institucional bajo los siguientes conceptos: bueno, muy bueno y excelente. También se extrae que a título de estímulos por su labor, le reportan medallas por tiempo de servicio, al mérito logístico y administrativo, y al servicio distinguido por la Dirección General Marítima. Figura además la obtención de un escudo honorario, así como varios distintivos de buena conducta y un total de 139 felicitaciones.
- De la Orden Administrativa de Personal 502 del 15 de julio de 2011 (folio 33), se desprende que el segundo comandante de la Armada Nacional destinó en comisión colectiva de estudios a los señores Carlos Eduardo Marengo España, William Arroyo Lechuga y José Francisco Arismendy Pinto, a fin de que realizaran el curso de Liderazgo Internacional en la Escuela de Relaciones Civiles y Militares del Ejército en Bogotá.
- Según la Resolución 886 del 18 de noviembre de 2011 (folio 118), el demandante efectivamente fue separado de la Armada Nacional en forma temporal con pase a la reserva, lo anterior bajo la causal de llamamiento a calificar servicios en razón a que este había colmado los requisitos para acceder al reconocimiento de una asignación de retiro.
- De acuerdo con la Resolución 136 del 1.º de marzo de 2012 (folios 44 a 47), se evidencia que los señores Carlos Eduardo Marengo España y William Arroyo Lechuga fueron ascendidos al grado de jefe técnico de comando por haber reunido los requisitos del Decreto 1790 de 2000 conforme al Acta 005 del 24 de febrero de 2012 expedida por el Comité de Ascenso de Suboficiales de la entidad.
- El libelista formuló petición ante la autoridad demandada el 1.º de diciembre de 2014 con el fin de que fuera ordenado su ascenso al grado de jefe técnico de comando de la Armada Nacional, luego de aducir que había cumplido con cada una de las exigencias normativas para el efecto. (Folios 48 a 51).



- Mediante Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, el director de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional negó la referida solicitud del señor Arismendy Pinto al precisar que conforme al artículo 54 del Decreto 1790 de 2000, la decisión de ascender o no a un uniformado es potestativa en la medida en que es de libre escogencia por parte de la administración, y en el caso del solicitante, este se encuentra retirado de la institución.

Pues bien, con base en estos elementos fácticos enunciados, lo primero que destaca la Subsección es que, efectivamente al margen del cumplimiento de los requisitos específicos consagrados en la norma precitada para que el libelista pudiese ser considerado aspirante a un ascenso en la carrera de suboficiales de la entidad demandada, lo cierto es que al momento en que aquel formuló la reclamación tendiente a obtener dicha promoción (1.º de diciembre de 2014), este ya se encontraba retirado del servicio, pues lo propio ocurrió desde el 5 de enero de 2012.

La situación descrita es de relevancia en el presente asunto dado que, una de las condiciones esenciales para consolidar el ascenso a un grado de suboficial superior, conforme al artículo 51 del Decreto 1790 de 2000, es que el uniformado se encuentre en servicio activo. En tal sentido, al no acreditar aquella exigencia al momento de su reclamación, era totalmente entendible la decisión negativa de la parte pasiva frente a lo deprecado por el demandante.

Ahora bien, si lo pretendido por el señor Arismendy Pinto era discutir la legalidad de su retiro en lugar del ascenso, este debió instar la nulidad del acto administrativo que determinó lo propio en virtud de la causal de llamamiento a calificar servicios. Es decir, el libelista en medio del proceso de la referencia busca la nulidad de una decisión que denegó la posibilidad de pasar a una posición jerárquica superior, sin embargo su argumentación jurídica se centra en debatir su retiro de la institución, cuando contrario a ello, dos uniformados que como él, también habían realizado los cursos de Liderazgo Internacional, sí fueron promovidos al grado de jefe técnico de comando.

Lo anterior denota que el centro de discusión planteado por el apelante, gira en torno a la supuesta ilegalidad de la decisión de la administración que lo desvinculó del servicio en lugar de haberlo ascendido, más aún cuando considera que se encontraba en una situación de igualdad respecto de sus dos compañeros con los que se compara, pues estima que todos cumplían los mismos requisitos para el efecto.

Empero, lo cierto es que frente a este planteamiento de equiparación de condiciones respecto del cual el demandante busca endilgar un trato discriminatorio, la Sala advierte en el mismo sentido del *a quo* que, en el *sub iudice* sí se presenta un elemento diferenciador entre el uniformado reclamante y los que fueron promovidos, el cual radica en el hecho de que al momento de aquella determinación de ascenso (1.º de marzo de 2012), el libelista ya se encontraba retirado de la institución castrense (5 de enero de 2012), no así los señores Marengo España y Arroyo Lechuga.

Lo expuesto conlleva asumir que la equivalencia de condiciones alegada por el recurrente no era plena como se adujo a lo largo del proceso, lo cual impide realizar un análisis del acto reprochado en clave de una posible vulneración



del derecho a la igualdad. Por ello, en este caso se corrobora la necesidad de que el señor Arismendy Pinto hubiese estado vinculado activamente con la Armada Nacional, a fin de colmar todas las condiciones esenciales para ser aspirante legítimo a la designación de un grado superior en la carrera profesional de suboficiales de dicha institución.

De este modo, si lo que el libelista pretendía era cuestionar la legalidad de su retiro por llamamiento a calificar servicios, el medio de control instaurado debió enfocarlo contra el acto administrativo contentivo de esa decisión y no frente al Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, el cual se ajusta a derecho al negar un ascenso por la condición de retirado que aquel ostenta desde el año 2012.

Por otro lado, sin perjuicio de lo expuesto hasta este punto, es válido entender que si la parte activa buscaba con su reclamación, consolidar un ascenso retroactivo por el período comprendido entre la data de satisfacción de requisitos para lo propio y la fecha de su retiro (lo cual no deprecó expresamente en tal sentido), en efecto podría examinarse la legalidad del actual acto administrativo censurado bajo el entendido de que, si bien la autoridad castrense tiene la facultad discrecional para promover o no a uno de sus miembros a una mejor posición jerárquica, tal como se especificó anteriormente, esa manifestación por ningún motivo puede ser arbitraria, esto es, no puede contrariar la objetividad que se desprende de sendos criterios específicos como la existencia de vacantes, la necesidad del servicio y los principios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En suma, sí es posible estudiar el ajuste a derecho de un acto que niega expresamente la solicitud de un ascenso, ello siempre y cuando la parte demandante demuestre de manera adecuada la configuración de la causal de nulidad de desviación de poder, la cual precisamente el uniformado reclamante en esta oportunidad alegó como fundamento de sus pretensiones.

➤ **La desviación de poder**

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones administrativas no gozan de autonomía, al contrario, es heterónomo, toda vez que la ley regula deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6.º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Bajo dicho entendido, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos.



Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»⁶.

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder⁷ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»⁸.

Bajo esta intelección, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el examen constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley⁹. En esos términos, al tratarse la conducta de un «ilícito atípico» provoca un

⁶ Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.

⁷ La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

⁸ Eduardo García de Enterría; Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp. 31 y 36.

⁹ Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.



daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, esta Subsección¹⁰ ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder desde esta misma óptica. Al respecto:

«[...] La desviación de poder ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, **se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.** [...]». (Negrita fuera del texto original).

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder transita por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración.

Sobre el particular, la Sección Segunda ha sostenido lo siguiente: «[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. [...]»¹¹.

➤ **No se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado**

De la relación probatoria que precede, la Sala encuentra que la motivación del Oficio 0042370003033 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-AJ-JEDHU del 4 de diciembre de 2014, se ajustó no solo al hecho de que el demandante no se encontraba vinculado en servicio activo a la Armada Nacional, sino a que conforme al Decreto 1790 de 2000, es de libre escogencia de dicha entidad promover a los aspirantes que más encuadren en el marco de la necesidad del servicio, y que además cumplan la totalidad de las exigencias normativas para el efecto, ello sin que solo por esta última situación pueda considerarse la existencia de un derecho adquirido de materialización automática en cabeza del miembro de la Fuerza Pública que se halle en tales condiciones.

En ese orden, se reitera que es necesario probar que en la expedición del acto se tuvieron finalidades ocultas, esto es, demostrar la desviación de poder, por cuanto en el *sub lite* se presume que la facultad discrecional de la autoridad administrativa busca el mejoramiento del servicio, no que por sí misma obedece a causas exclusivas y propias de la esfera interna del funcionario que expidió el mentado oficio.

En efecto, como quedó analizado en apartes anteriores, cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicado: 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

¹¹ Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado: 170012331000200301412 02(0734-10).



está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

En este contexto se debe señalar que más allá de la afirmación del libelista, no obran pruebas que permitan advertir que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia, o que la intención de no ascender a un miembro de la Fuerza Pública retirado buscaba satisfacer intereses particulares en lugar de los generales propios de la función administrativa de seguridad que cumple la Armada Nacional.

Acerca de este punto se destaca que el excelente desempeño de las funciones del demandante, situación que lo hizo merecedor de felicitaciones, condecoraciones, evaluaciones sobresalientes y reconocimientos, si bien implica la satisfacción de algunos requisitos para ser promovido, no necesariamente le brinda una condición superior en virtud de la cual se haga merecedor de un ascenso de manera inmediata y directa en la carrera de suboficiales de la institución, pues el cumplimiento de esta característica se entiende como connatural al ejercicio de la labor militar, y en todo caso, se reitera que dicha decisión es discrecional de la administración, lo cual implica que no todo uniformado que se encuentre en tales circunstancias debe pasar a una mejor posición jerárquica.

En efecto, la designación de los ascensos, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado,¹² es fruto del ejercicio de la facultad potestativa y debe hacerse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo condiciones de mérito de los aspirantes, tales como aptitud hacia el servicio, calidades personales y profesionales para el desempeño del grado. Así se ha dicho:

«[...] En este orden de ideas, la selección al concurso previo al curso de capacitación para ascenso (en el caso de los Oficiales en el grado de Mayor), y al curso de ascenso a Coronel (en el caso de los Oficiales Tenientes Coroneles), concebida como ejercicio de una facultad discrecional, conferida por el Director General de la Policía Nacional a la Junta de Generales de la institución, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 22 del Decreto 1791 de 2000, no agrega requisitos adicionales a la carrera policial no previstos en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, en tanto que, de acuerdo con el artículo 21 del primero de los mencionados, constituye requisitos para ascenso de oficiales, el “Ser llamado a curso”, actuación que conlleva el ejercicio de una facultad discrecional dentro del procedimiento legalmente previsto para el ascenso de oficiales en servicio activo que cumplan con los requisitos establecidos dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño (Dec. 1800 de 2000). En otras palabras, la competencia atribuida por el Director General de la Policía Nacional, conforme el parágrafo 2 del artículo 22 del Decreto 1791 de 2000, a la Junta de Generales, comprende el ejercicio de una facultad discrecional dentro del procedimiento administrativo previsto por el legislador y al que las autoridades encargadas de la selección deben acogerse plenamente, es decir, con plena observancia de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite, que para el caso concreto están previstas en los Decretos 1791 y 1800 de 2000. De acuerdo con lo señalado, no se trata

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 10 de noviembre de 2009, radicación: 0145-2005.



entonces, como lo considera la parte actora, de la asignación de competencias que establezcan requisitos adicionales a los previstos en el artículo 21 del Decreto 1791 de 2000 para ascender en la jerarquía del grado inmediatamente superior. Los ascensos de los oficiales de la Policía Nacional, no se conceden sino a quienes cumplan con los requisitos legales establecidos en el citado Decreto 1791 de 2000, requisitos que se evalúan de conformidad con la disponibilidad de vacantes, conforme al decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto 1800 de 2000 sobre “evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”. [...]»

En tal medida y por virtud de dicha prerrogativa, la institución castrense puede ascender a unos miembros y retirar a otros, por razones de necesidad y de conveniencia. Ello debido a que no le es posible ascender a todos los que se encuentren en condiciones de ser ascendidos, en tanto que la estructura de la entidad le impone límites, como el número de cargos¹³.

También se insiste en que, por la estructura piramidal de la Armada Nacional, no todos sus miembros tienen la opción de acceder a los mayores grados y, por ello, la no escogencia no significa una actuación que atente contra el honor militar o represente una persecución en contra del personal no escogido, tesis que ha sido pacífica por parte de esta Subsección¹⁴.

Conforme a esta línea de intelección y debido a la falta de evidencia que respalde la tesis de la parte activa sobre la supuesta desviación de poder en la que incurrió la administración ante la expedición de su acto administrativo, para la Subsección resulta evidente que se configura un incumplimiento frente a la carga probatoria del demandante en lo que respecta a la demostración de los supuestos de hecho y jurídicos que alega para el reclamo de su derecho.

El referido mandato se deriva del contenido del artículo 167 del Código General del Proceso que consagra lo siguiente:

«Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. [...]»

La normativa citada impone una carga procesal¹⁵ a las partes dentro del

¹³ Al respecto consultar la sentencia de esta Sección fechada 9 de julio de 2020. Radicado: 25000-23-42-000-2013-01241-01(2334-17).

¹⁴ Al respecto ver las sentencias del 27 de junio de 2018, radicado: 17001-23-33-000-2013-00602-01(0667-15), del 18 de julio de 2019, radicado: 25000-23-42-000-2013-01832-01(1358-15), del 9 de julio de 2020, radicado: 25000-23-42-000-2013-01241-01(2334-17), entre otras.

¹⁵ La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han diferenciado los conceptos de «deberes procesales», «obligaciones procesales» y «cargas procesales». Los primeros hacen alusión a los imperativos ordenados en la ley para el adecuado desarrollo del proceso y que incumben tanto al juez



proceso judicial, consistente en la necesidad de presentar las pruebas demostrativas de los hechos señalados en la demanda o de las excepciones que se aleguen en la contestación para su respectivo éxito.

Al respecto, es dable precisar que el referido postulado adjetivo sobre la carga de la prueba se compone de tres principios fundamentales: i) el *onus probandi incumbit actori*, esto es, al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta la demanda; ii) *reus, in excipiendo, fit actor*, relativo a que la parte demandada una vez presenta excepciones actúa como actor y, por ende, debe probar los hechos en que basa su defensa y; iii) *actore non probante, reus absolvitur*, que predica la absolución del demandado si la parte activa no prueba los supuestos de hecho en que fundamentó la demanda¹⁶.

Bajo esta línea de intelección, se resalta que la inobservancia de la mentada carga trae consecuencias desfavorables para la parte que no la satisface, puesto que al no probar los supuestos de hecho que alega, se somete a que la decisión se profiera en su contra, ya sea con fundamento en lo demostrado por el otro extremo litigioso o por la ausencia de medios de comprobación, tal como se advierte en el presente caso.

En conclusión: el señor José Francisco Arismendy Pinto no demostró que el acto administrativo demandado, a través de la cual fue negada su solicitud de ascenso al grado de jefe técnico de comando de la Armada Nacional, hubiese sido expedido de manera arbitraria o con desviación de poder, pues lo cierto es que aquella decisión se ajustó a las previsiones del Decreto 1790 de 2000, no solo por cuanto el libelista no se encontraba en servicio activo al momento de solicitar lo propio, sino además en la medida en que esa determinación corresponde a una facultad discrecional de la autoridad administrativa para escoger por razones del servicio, de manera racional, proporcional y razonable, cuáles miembros activos pueden ser promovidos a una posición jerárquica superior y quiénes no. En tal sentido, la presunción de legalidad del oficio reprochado no fue desvirtuada.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia apelada, proferida el 14 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Bolívar que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por el libelista.

De la condena en costas

como a las partes. Los segundos son las obligaciones de contenido patrimonial impuestas a los sujetos procesales con ocasión del adelantamiento del proceso, como las costas. Finalmente, las cargas procesales son situaciones que fija la ley que implican una realización de una conducta facultativa de las partes y en su propio beneficio y cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables en su contra, verbigracia, no aportar pruebas. Al respecto ver Auto del 17 de septiembre de 1985, Sala de Casación Civil, que resolvió una reposición. Gaceta Judicial tomo CLXXX – N.º 2419, Bogotá, Colombia, año de 1985, pág. 427. También ver lo sentencia de la Corte Constitucional C-1512 de 2000.

¹⁶ En la sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 1993 se analizó la evolución de las reglas de la carga de la prueba contempladas en el artículo 177 del CPC. Ver también la sentencia del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2016. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-01739-01(1634-13).



Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016¹⁷, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición dicha carga bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes, contrario a lo solicitado por el libelista en su recurso. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público¹⁹.

Ahora, aun bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas al demandante, en la medida que a pesar de haber resultado vencido en esta oportunidad, conforme el numeral 8.º del artículo 365 del CGP no es posible la comprobación de dicha carga, en la medida en que no hubo intervención de la parte pasiva en la presente instancia, tal como se indica en la constancia secretarial visible a folio 190 del plenario.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁷ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁸ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».

¹⁹ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]».



FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 14 de febrero de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control y restablecimiento del derecho promovió el señor José Francisco Arismendy Pinto contra la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el sistema de registro SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Ausente en comisión

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

