



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación Interna: 110010306000201500042 00

Número Único: 2247

Referencia: Solución de continuidad. Ascensos retroactivos de las Fuerzas Militares.

El Ministerio de Defensa Nacional consulta a la Sala acerca de la posibilidad de ascender retroactivamente a los miembros de las Fuerzas Militares en cumplimiento de fallos judiciales que ordenan su reintegro y declaran que no ha existido solución de continuidad.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Defensa Nacional presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Los ascensos, derechos, obligaciones y carrera de las Fuerzas Militares son determinados por el Decreto 1790 de 2000¹.
2. La legislación colombiana ha establecido una serie de causales de retiro discrecionales con el propósito de hacer posible y viable el escalafón militar, de tal manera que el ascenso solamente se produzca para el caso de algunos de los uniformados.
3. Los candidatos a ascender se seleccionan en atención a su perfil, especialidad, calificaciones, experiencia y a las necesidades institucionales. Asimismo, los ascensos no resultan de forma automática por el paso del tiempo, pues si ello fuera así la estructura de las Fuerzas Militares no sería piramidal.

¹ "Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares".

4. El personal que ha sido clasificado para ascender se somete a consideración de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, la cual está regulada por el Decreto 1512 de 2000.
5. El procedimiento de ascenso termina con la expedición de un acto administrativo por parte del Gobierno Nacional.
6. Quienes han sido retirados de las Fuerzas Militares tienen la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
7. En estos procesos: i) se ordena el reintegro del uniformado a un cargo igual o superior, al pago de salarios, prestaciones y todos los emolumentos que corresponden, desde el momento del retiro y hasta que se efectuó el reintegro efectivo; y (ii) se declara que no ha existido solución de continuidad.
8. Dentro de este marco se presenta un problema jurídico cuando un uniformado que ha sido retirado del servicio, con fundamento en una sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo que disponía su retiro y ordenó su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro superior, sin solución de continuidad, pretende que se le concedan ascensos retroactivos dentro del escalafón militar. De esta forma, busca que con la declaración de sin solución de continuidad se retrotraigan en el tiempo los ascensos, para que contando como único requisito el paso del tiempo, el Gobierno Nacional conceda su ascenso de forma retroactiva.
9. El Ministerio ha venido dando cumplimiento a los fallos judiciales que ordenan el reintegro del personal uniformado de las Fuerzas Militares y su ascenso en forma retroactiva. Sin embargo, el problema ocurre cuando el juez contencioso administrativo ordena el reintegro, declara que no ha existido solución de continuidad pero no se pronuncia expresamente frente a ascensos retroactivos.
10. Es necesario establecer una política institucional frente a los fallos judiciales en contra de la Nación-Fuerzas Militares que ordenan el reintegro de personal uniformado y que declaran que no ha existido solución de continuidad, con el objetivo de determinar si esta declaración lleva implícita la orden de conceder ascensos retroactivos.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿La expresión "sin solución de continuidad" empleada por los jueces administrativos en sus fallos, donde se declara la nulidad de los actos de retiro del personal uniformado de las Fuerzas Militares, es suficiente para que el Gobierno Nacional, proceda a disponer los ascensos en la jerarquía militar y en forma retroactiva, sin que se requiera acreditar los requisitos diferentes al tiempo mínimo*

en el grado? o es necesario en caso de proceder este tipo de actuaciones en cumplimiento de fallos judiciales que sea el propio operador judicial quien en forma expresa ordene dicha situación administrativa de personal?

2. Algunas expresiones empleadas por las autoridades judiciales en sus fallos son:

- *“Ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al reintegro del demandante y se declara que no ha habido solución de continuidad ni interrupción en el servicio que venía prestando desde el momento de su retiro hasta la fecha de su reincorporación”.*
- *“Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) de condiciones civiles ya conocidas, al cargo desempeñado al momento del retiro y/o inmediatamente superior si a ello hay lugar”.*
- *“Condenase a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a reintegrar al actor a un cargo equivalente, similar de superior categoría al que desempeñaba en la entidad demandada. (...) Declárese que para todos los efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor (...).*
- *“Se ordena a la entidad demanda a reintegrar al señor (...) en el cargo que ostentaba a momento del retiro o en otro de igual o superior jerarquía (...) reconociéndole para todos los efectos legales el periodo de desvinculación como tiempo efectivo de servicio hasta que sea reincorporado”.*
- *“Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) al mismo grado y antigüedad que habría alcanzado si no se hubiere retirado del servicio (...) en el cargo que venía desempeñando, desde el momento del retiro, hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado al servicio (...) Declárese para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha de retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo”.*
- *“Condénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reintegrar al actor al servicio activo del Ejército Nacional, en el grado de Teniente efectivo, que ocupaba, o a otro de superior jerarquía (...) en el entendido que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio”.*
- *“Se ordena al Ministerio de Defensa Nacional a reintegrar al servicio de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional al señor (...) a un cargo igual o similar al*

que venía desempeñando al momento de la expedición del acto de retiro (...). Declárese para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios”.

• *“Ordénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) al cargo desempeñado a momento del retiro y/o a inmediatamente superior si a ello hay lugar”.*

En las anteriores expresiones plasmadas en los fallos judiciales que ordenan el reintegro del personal uniformado de las Fuerzas Militares, no existe uniformidad, pero tampoco, se ordena en forma expresa conceder ascensos en forma retroactiva, ¿la expresión “sin solución de continuidad” que resulta común en ellas, es suficiente para que el Gobierno Nacional deba ordenar ascensos en forma retroactiva dentro del escalafón y jerarquía militar?

3. De ser procedentes jurídicamente los ascensos retroactivos, estos pueden disponerse en cualquier época del año?, sin que sea necesario esperar a los meses de junio y diciembre para el caso de oficiales y a los meses de marzo y septiembre, para el caso de suboficiales tal y como lo señala el artículo 46 del Decreto Ley 1790 de 2000?

II. CONSIDERACIONES

a. El ascenso de los integrantes de las Fuerzas Militares

El artículo 217 de la Carta Política señala que corresponde a la ley no sólo determinar lo relativo a los reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los miembros de las Fuerzas Militares, sino también lo referente a su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario². Así, las Fuerzas Militares³ tienen un régimen de carrera especial de origen constitucional⁴.

² “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

³ “Las Fuerzas Militares de la República de Colombia son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”. Decreto 1790 de 2000, artículo 1º.

⁴ “Como ejemplos de la carrera especial de origen constitucional tenemos: el de la Fuerza Pública, constituida por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); el de la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); el de la Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); el de la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º) y el de la Procuraduría

El mencionado artículo 217 se encuentra actualmente desarrollado en el Decreto 1790 de 2000, el cual estableció las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares⁵. Dentro de los aspectos regulados por este cuerpo normativo se encuentra lo referido a los ascensos⁶.

En este sentido, para que un miembro de las Fuerzas Militares pueda ser promovido, debe satisfacer todos los requisitos generales y especiales señalados en la ley⁷. Así, el artículo 51 del Decreto 1790 de 2000 dispone:

“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”.

Por su parte, el artículo 53 determina que para poder ascender al grado superior debe cumplirse con los requisitos señalados por la norma:

“Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

General de la Nación (artículo 279)”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de mayo de 2011, C-445/11.

⁵ “Por medio del presente Decreto se regula el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. Decreto 1790 de 2000, artículo 2º.

⁶ “Del ingreso, ascenso y formación de los oficiales y suboficiales”. Título III, Capítulo I. *Ibidem*.

⁷ “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.

PARÁGRAFO 2. 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”. *Ibidem*, artículo 52, modificado por el artículo 1º de la Ley 1279 de 2009.

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

PARAGRAFO. *El requisito de curso de qué trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares”.*

En el caso de los suboficiales, los requisitos para el ascenso se establecieron en el artículo 54, disposición modificada por el artículo 12 de la Ley 1104 de 2006⁸.

⁸ “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.

De igual forma, la obligación de cumplir con la totalidad de los requisitos prescritos en la ley se infiere también de la lectura de los artículos 65⁹, 66¹⁰ y 67¹¹ del Decreto 1790 de 2000, los cuales disponen que el Gobierno Nacional escogerá entre quienes reúnan las condiciones generales y específicas establecidas por el Decreto.

Por su parte, la mencionada obligación ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia, la cual ha destacado además que el paso del tiempo no es un elemento suficiente para que un uniformado pueda ser ascendido¹².

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”.

⁹ “Para ascender a los Grados de Mayor General, Teniente General y General o sus equivalentes en cada Fuerza, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Brigadieres Generales, Mayores Generales y Tenientes Generales o sus equivalentes respectivamente, que reúnan las condiciones generales y específicas que este decreto determina”.

¹⁰ “Para ascender al Grado de Brigadier General o su equivalente en cada Fuerza, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío, que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina, que posean el título de Oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el “Curso de Altos Estudios Militares” en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”.

¹¹ “Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina.”

¹² En este sentido, al analizarse el caso de un integrante de la Policía Nacional en el que se discutía si con fundamento en los artículos 20 y 21 del Decreto 1791 de 2000, normas similares a las del régimen de las Fuerzas Militares, este debía cumplir con todos los requisitos establecidos en la ley para ser promovido, el Consejo de Estado indicó: “Sentado lo anterior, como puede observarse, en la sentencia no se ordenó el ascenso automático de la demandante, ya que la promoción al grado inmediatamente superior está condicionada al acatamiento de la reglamentación sobre la materia, aspecto que es competencia de la entidad policial, que es la encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones para disponer el ascenso del policial al grado superior, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

(...)

Así las cosas, se considera que la decisión de no ascender al cargo pretendido, se encuentra ajustada a la normatividad constitucional y legal, máxime cuando de conformidad con los artículos 20 y 21 del Decreto 1791 de 2000, se requiere del cumplimiento de la totalidad de los requisitos allí establecidos para ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, los cuales no fueron acreditados por la demandante en el proceso ordinario, pues no probó que al momento de la desvinculación había sido llamada a curso de capacitación, que realizó y aprobó el mismo, tampoco demostró la existencia de la vacante, el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y la aptitud psicofísica.

En conclusión, estima la Sala que la decisión de la autoridad judicial demandada se funda en impedimentos legales, esto es, porque por disposición legal la tutelante no puede acceder al cargo de Capitán, hasta tanto sea llamada a curso de capacitación, realice y apruebe el mismo, exista la

Sin embargo, la exigencia de cumplir con todos los requisitos dispuestos en el ordenamiento para ascender, encuentra su excepción en los casos regulados en el parágrafo 2º del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000¹³, modificado por el

vacante, acredite la aptitud psicofísica, toda vez que no es suficiente tener la antigüedad en el cargo- la que en todo caso debe ser respetada en tanto el reintegro se ordenó sin solución de continuidad-, para ser ascendida al grado superior". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de junio de 2014, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00622-00(AC). Asimismo, en otra oportunidad el Consejo de Estado determinó frente a la carrera militar: "Se declarará la inexistencia de solución de continuidad para los efectos legales a que haya lugar. Se advierte que entre éstos no está incluido el ascenso a otros grados de la oficialidad de la institución demandada, por cuanto para acceder a grados superiores de la misma no basta el transcurso del tiempo, sino que es menester cumplir otros requisitos, como es, entre otros, la superación de los respectivos cursos de ascenso". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 5 de abril de 2001, Radicación número: 21136(985-98). En otra oportunidad indicó: "Si bien es cierto el reintegro del actor se dio sin solución de continuidad, también lo es que ello no puede implicar un ascenso automático, así se tratara del oficial más antiguo de su fuerza, pues como se sabe, las promociones en la carrera militar no se producen por el simple transcurso del tiempo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00137-01(AC). Igualmente, la Corte Constitucional también ha señalado que el transcurso del tiempo no es suficiente para otorgar un ascenso dentro de las Fuerzas Militares: "Si bien es cierto, el reintegro del accionante se dio sin solución de continuidad, ello no implicaba su ascenso automático así se tratara del oficial más antiguo de su fuerza, como el afirma, pues como se sabe, los ascensos en la carrera militar no se producen por el simple transcurso del tiempo". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2000, T-1528/00. En el caso de los integrantes de la Policía Nacional, cuyo régimen de carrera se encuentra regulado en el Decreto 1791 de 2000, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-261 de 2014: "En efecto, el parágrafo del artículo 20 de esa norma incluye un beneficio aplicable a los oficiales, suboficiales y el personal del nivel ejecutivo que sean víctimas del secuestro y que consiste en que ellos serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que ostentaban al 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.

Con todo, la Sala estima que al presente caso no es aplicable *mutatis mutandis* ese ascenso automático, ya que a diferencia de este la actora sí debe cumplir los demás requisitos establecidos para el ascenso de oficiales, enlistados en el artículo 21 del Decreto mencionado. En otras palabras, aunque se reconoce como tiempo de servicio válido para ascender al lapso que la Capitán Rodríguez Molina estuvo por fuera de la fuerza policial, a través de la acción de tutela no es posible ordenar que un oficial reintegrado sea promovido a un grado superior sin tener en cuenta los demás requisitos establecidos en el Decreto 1791 de 2000 y las demás normas aplicables".

¹³ "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 1º de la Ley 1279 de 2009 y el artículo 9º de la misma ley¹⁴. En este sentido, las normas señaladas disponen que los oficiales y suboficiales que hayan sido víctimas del delito de secuestro, o se encuentren actualmente secuestrados, serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro, en cuanto hayan cumplido en cautiverio con el tiempo mínimo de servicio exigido para el correspondiente grado¹⁵.

Igualmente, otra excepción la constituye el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, el cual se refiere al ascenso de oficiales y suboficiales que han sido suspendidos de sus funciones, pero posteriormente restablecidos en sus cargos. En este caso, la norma exceptúa a estos uniformados de cumplir con el requisito de comando de tropas o el tiempo de embarco, mando u horas de vuelo¹⁶.

b. La titularidad para conceder los ascensos de las Fuerzas Militares

De acuerdo con la Constitución y la ley, es el Ejecutivo quien goza de la potestad para otorgar los ascensos de los miembros de la Fuerzas Militares. En efecto, el

¹⁴ “El personal de la Fuerza Pública que se encuentre secuestrado y que teniendo derecho a ello no haya sido promovido en el tiempo mínimo de permanencia en el Grado, será ascendido en los Grados inmediatamente superiores con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que le hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción, sin que para el efecto se exijan otros requisitos, más, que haber cumplido en cautiverio el tiempo mínimo de servicio para cada Grado”.

¹⁵ La Ley 1279 de 2009 fue promulgada por el Congreso de la República con el propósito de: i) reconocer un trato excepcional a estos servidores, ii) estimular su supervivencia, iii) resaltar su abnegación en cautiverio, iv) establecer un mecanismo que permitiera hacer efectivos sus ascensos, pues por su condición, no podían cumplir con todos los requisitos exigidos ordinariamente para ascender. Véase: Proyecto de ley 253 de 2008 Cámara, Gaceta del Congreso No. 54, 25 de febrero de 2008, Ponencia para primer debate al proyecto de ley 253 de 2008 Cámara. Gaceta del Congreso No. 122 del 10 de abril de 2008.

¹⁶ “A partir de la vigencia del presente Decreto los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, a quienes se les haya suspendido en funciones y atribuciones a solicitud de autoridad competente y posteriormente sean restablecidos en las mismas, ya sea por sentencia o fallo absolutorio, revocatoria de auto de detención o cesación de procedimiento, podrán ser ascendidos al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que les hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción, sin que para el efecto se exija requisitos diferentes a los establecidos por la ley, salvo el comando 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.

PARAGRAFO 1o. No habrá lugar a la aplicación del presente artículo cuando la cesación de procedimiento sea consecuencia de la muerte del procesado.

PARAGRAFO 2o. A quienes no se les haya ascendido por efectos de investigación penal o disciplinaria, y sean cobijados con revocatoria del auto de detención, sentencia o fallo absolutorio, cesación de procedimiento, preclusión de la investigación, o archivo definitivo de la investigación penal o disciplinaria podrán ser ascendidos según las condiciones contempladas en el presente artículo”.

artículo 189 de la Constitución Política de Colombia¹⁷ entregó al Presidente de la República la función de conferir grados a los integrantes de la Fuerza Pública, así como la obligación de someter a la aprobación del Senado los que corresponden a los oficiales generales y de insignia, hasta el grado más alto¹⁸.

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 suboficiales¹⁹.

Adicionalmente, la titularidad del Gobierno Nacional para disponer de los ascensos se encuentra también reconocida en los artículos 47²⁰, 65²¹, 66²² y 67²³ del mencionado Decreto 1790 de 2000.

¹⁷ "19. Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173". Constitución Política, artículo 189. Por su parte el artículo 173 de la Carta Política señala: "Son atribuciones del Senado: ... 2. Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza pública, hasta el más alto grado."

¹⁸ Igualmente el artículo 47 del Decreto 1790 de 2000 señala: "Los grados de oficiales generales y oficiales de insignia que confiera el Gobierno Nacional, se someterán a la aprobación del Senado de la República. Obtenida dicha aprobación, los ascensos producirán todos sus efectos desde la fecha señalada en el Decreto que los otorgó". Respecto a esta función del Senado de la República, la Corte Constitucional ha indicado: "De su parte, el numeral 19 prescribe que le corresponde conferir grados a los miembros de la fuerza pública. Algunos de estos grados, de acuerdo con la misma disposición, deben ser sometidos y a la aprobación del Senado. Tales son los que menciona el numeral 2° del artículo 173 superior, esto es aquellos que van desde el grado de oficial general y oficial de insignia de la fuerza pública, hasta el más alto grado. Los de suboficial en ningún caso requieren de esta aprobación senatorial especial exigida por la Constitución.

(...)

Dentro de las funciones de dirigir la fuerza pública, puede estimarse que el nombramiento de los oficiales de más alto rango queda incluida, dada la altísima confianza que en esos cargos deposita el primer mandatario, y la naturaleza misma de las funciones de comandancia que a ellos corresponde. En tal virtud, el otorgamiento de los grados más altos de oficiales de las Fuerzas Militares debe quedar reservado al Jefe de Estado, previa aprobación del Senado, como lo dispone la Constitución en el referido numeral 2° del artículo 173 superior. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2001, C-1293/01.

¹⁹ Así, la mencionada norma determina que: "El ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional y el de los suboficiales por el Ministro de Defensa Nacional o los comandos de las respectivas fuerzas cuando en ellos se delegue, de acuerdo con las normas del presente Decreto".

²⁰ "Los grados de oficiales generales y oficiales de insignia que confiera el Gobierno Nacional, se someterán a la aprobación del Senado de la República. Obtenida dicha aprobación, los ascensos producirán todos sus efectos desde la fecha señalada en el Decreto que los otorgó".

²¹ "El Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Brigadieres Generales, Mayores Generales y Tenientes Generales o sus equivalentes respectivamente, que reúnan las condiciones generales y específicas que este decreto determina".

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)²⁴, 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)²⁵. Precisamente, respecto a estas dos alternativas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

²² “Para ascender al Grado de Brigadier General o su equivalente en cada Fuerza, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío, que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina, que posean el título de Oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el “Curso de Altos Estudios Militares” en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. Para el ascenso al Grado de Brigadier General, Contraalmirante o Brigadier General del Aire del personal de Oficiales del Cuerpo Administrativo y de Justicia Penal Militar, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío, los Oficiales que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina, siempre y cuando exista la vacante en la planta de la respectiva Fuerza, que posean dos o más títulos de posgrado afines a su formación profesional, de los cuales uno por lo menos debe ser del Área Gerencial o de Alta Dirección, obtenidos de acuerdo a las normas de educación superior vigentes y además que hayan adelantado y aprobado el “Curso Integral de Defensa Nacional” en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”. Modificado por el artículo 5º de la Ley 1405 de 2010.

²³ “Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina”.

²⁴ “Potestad, y por tanto, competencia reglada es la que determina – en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y materiales o sustantivo, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella.

En ejercicio de este tipo de potestad y competencia sólo hay una única solución correcta, derivable de la aplicación en dicho ejercicio de la técnica jurídica”. Luciano Parejo Alonso, “La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas”, en Manual de Derecho Administrativo, Luciano Parejo Alfonso, A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez, 3ª. edición, Ariel Derecho, 1994, pp. 399-400. “La norma jurídica, ley, reglamento o norma europea que resulte aplicable, puede programar con precisión la actividad de la Administración de manera que a ésta sólo le cabe aplicar a ese caso lo que la norma prevé, sin que la Administración tenga ningún margen de opción. La actuación por la Administración esta predeterminada, perfectamente reglada, por el ordenamiento”. José Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons, 2011, p. 103.

²⁵ “La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes

“De otra parte, se advierte que el ejercicio de las facultades de los funcionarios y órganos públicos está regulado y limitado en mayor o menor medida, y que dependiendo de la densidad normativa en cada caso, las actuaciones administrativas serán regladas o discrecionales.

Cuando las facultades son regladas, la ley o el reglamento establecen, que frente a determinadas supuestos de hecho, la autoridad administrativa debe tomar las medidas asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

Sin embargo, una reglamentación rígida y detallada es en la práctica irrealizable, ya que es imposible que el ordenamiento jurídico prevea y pronostique todas las posibles relaciones y situaciones que se presentan en la sociedad. Hay circunstancias y casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos aspectos, y es precisamente en esas situaciones que la facultad de la administración es discrecional.

Hay facultades administrativas discrecionales, cuando el funcionario u órgano, tienen un cierto margen de apreciación para determinar que medida satisface mejor el interés general, dejándoles la posibilidad de juzgar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, con el fin de realizar una acción o abstenerse de hacerlo, o escoger el sentido de su decisión”²⁶.

que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2015, SU-053/15.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074); Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2015, SU-053/15. Desde el punto de vista de la doctrina europea, respecto a la discrecionalidad se ha señalado: “La discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de una regulación legal. Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto, a si la Administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuáles, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección). Hartmut Maurer, Derecho Administrativo (Gabriel Doménech Pascual coord. Traducc.), Marcial Pons, 2011, p. 167. Por su parte el profesor Luciano Parejo la entiende como: “Potestad o competencia discrecional es la que, en su definición normativa, no anticipa ella misma en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que en los correspondientes aspectos, remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o la voluntad de la propia Administración Pública. La entrega de la decisión a la Administración supone el reconocimiento a ésta de cierta (mayor o menor, según los casos) libertad”. Parejo Alonso, ob. cit. p. 400. Otra definición es: “En otros casos las leyes y reglamentos no regulan con tanta exactitud lo que la Administración debe hacer ante un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o estimaciones de

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 administración²⁷, pues esta, en un contexto de cambiantes y complejas relaciones jurídicas²⁸, debe contar con instrumentos que le permitan decidir con algún grado de libertad cómo proceder²⁹. Igualmente, la potestad discrecional permite a la

oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos, o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar. Cuando esto sucede – y sucede en la mayor parte de los casos – la Administración tiene un margen de decisión propia de la aplicación de la ley, que es lo que llamamos discrecionalidad administrativa". Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo*, Tecnos, 9ª edición, 2013, p. 92.

²⁷ "Es decir, el legislador otorgó a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines Estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

²⁸ "La actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad." Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 220. "Conviene decir al respecto que la discrecionalidad administrativa no es un elemento extraño y menos aún opuesto por esencia a la idea del Estado de Derecho. Son las propias leyes las que reconocen en la mayoría de los casos, de manera expresa o implícita, la existencia de márgenes de discrecionalidad administrativa para adoptar las decisiones que convengan a los intereses públicos. Aunque a veces esos márgenes legales pueden ser excesivos o están poco justificados, lo cierto es que la Administración no podría desempeñar correctamente su función de servicio a los intereses generales si toda su actuación estuviera predeterminada de manera absoluta y rígida por la ley o los reglamentos...Corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad, política o técnica, pues esa es su función, para lo cual no sólo es inevitable sino también conveniente que gocen de la capacidad suficiente, en el marco de la ley". Sánchez Morón, *ob. cit.*, pp. 92-93. "Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública, se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2015, SU-053/15.

²⁹ "La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura "nomocracia" objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los ordenadores). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sea reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político...Pero es ilusorio pretender agotar en cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional". Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas ediciones S.L, 2002, p. 457. "Con entera independencia de su origen y evolución históricos, en la actualidad y en el seno de los sistemas democráticos pluralistas

administración resolver de mejor manera los casos particulares o concretos a los que debe enfrentarse³⁰.

Con todo, debe resaltarse que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad³¹, por lo tanto la autoridad administrativa debe ejercerla dentro de los límites señalados por la ley³² 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

la discrecionalidad sigue desempeñando una importante función, al asignar la decisión a la Administración. Pues es ésta la que está en mejor posición institucional, por su mayor capacidad técnica y operativa y su mayor interpenetración con el medio económico-social, para reaccionar ante y resolver con prontitud y eficacia las cambiantes necesidades sociales.” Parejo Alonso, ob. cit, p. 403.

³⁰ “La discrecionalidad sirve, sobre todo, a la justicia del caso concreto. Se pone a los órganos en la posición de hallar una solución adecuada y correcta para el caso concreto, teniendo en cuenta a estos efectos tanto el punto de vista de los objetivos perseguidos por la ley (la finalidad de la norma, la ratio legis) como las concretas circunstancias del caso. Por ello deben, en primer lugar, preguntarse qué fines persigue el otorgamiento de discrecionalidad, así como también cuáles son los puntos de vista determinantes al respecto para, atendiendo a todo ello, juzgar el caso concreto y tomar una decisión en consecuencia. Aquí pueden influir tanto argumentos de equidad como consideraciones de conveniencia y oportunidad”. Maurer, ob. cit., p. 170. “La discrecionalidad que con frecuencia se reconoce a la Administración desde la legalidad aplicable no constituye en absoluto un fenómeno negativo o patológico. Es del todo razonable que la norma no asuma un papel decisorio, dejando un margen de opciones a la Administración, que valorará entonces las circunstancias que en cada caso concurren para decantarse por una u otra. Las normas fijan entonces un marco en el que la actuación puede adoptar derroteros diversos y tener por tanto muy variadas concreciones.” Esteve Pardo, ob. cit., p. 103.

³¹ Sánchez Morón, ob. cit., p. 94. Igualmente, la doctrina ha señalado frente a los límites de la potestad discrecional: “Ahora bien, hay que añadir inmediately que el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ser ejercido de cualquier manera, según el puro arbitrio de quienes lo reciben. En el pasado discrecionalidad equivalía jurídicamente a libertad plena para decidir y acto discrecional a acto de pura administración, injustificable por naturaleza. Pero esta concepción ha pasado a la historia”. Ibidem, ob. cit., p. 93. “Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la “interdicción de la arbitrariedad” como limitación al mismo”. Brewer-Carías, ob. cit., p. 752.

³² En este sentido, téngase en cuenta que: “La discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de la decisión, es decir, de los límites que establezcan las normas que regulan cada tipo de actuación administrativa. La Administración está sometida a esos límites normativos, distintos en cada caso, pues al ejercer la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia”. Sánchez Morón, ob. cit., pp. 93-94.

*proporcional a los hechos que le sirven de causa*³³.

Asimismo, la jurisprudencia nacional ha señalado que la potestad discrecional debe adelantarse bajo criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad³⁴, buscar la satisfacción del interés general,³⁵ la consecución de los fines del Estado³⁶, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los

³³ "Bajo estos supuestos, la discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que la fundamentan". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12). Empero, dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia, cual es precisamente el objetivo para el que fueron instituidas las Fuerzas Militares. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de febrero de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC). "Como se podrá notar, la discrecionalidad se define a través de dos elementos como son la adecuación y la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la Doctrina Constitucional es preciso que exista "la armonía del medio con el fin"; y según lo segundo, la decisión que asuma la administración no debe ser desmedida frente a los hechos que le sirven de fundamento, ya que de superarse ese marco de referencia la decisión se convierte en arbitrariedad, que es la antítesis de la decisión discrecional". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00.

³⁴ En esta dirección, la Corte Constitucional colombiana ha señalado: "De todo lo expuesto, se puede deducir que las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional estudiada, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. Por tanto para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a través i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2015, SU-053/15.

³⁵ "La discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10).

³⁶ "A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho". Consejo de Estado, Sala de

derechos e intereses de los ciudadanos³⁷.

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. En este sentido, aunque se señaló en una ocasión que la mencionada facultad para determinados grados era reglada³⁸, la Sala observa que el aserto que relativiza dicho carácter reglado "hasta el grado de coronel", en la práctica no puede operar.

Así, la facultad discrecional del Ejecutivo se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas Militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el Ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las respectivas promociones.

A juicio de la Sala no existe la mencionada obligación de ascenso por las siguientes razones:

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 2012, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023).

³⁷ "Por esto último, la potestad discrecional de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, debe estar encaminada al respeto de los principios consagrados en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política, pues dicha facultad, no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que se expidan, al logro de los postulados fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo.

En ese orden de ideas, los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC).

³⁸ La Corte Constitucional indicó en la sentencia de tutela T-265/13: "Como puede observarse, la promoción de los miembros de la Policía Nacional hasta el grado de coronel está plenamente reglada y, en esa medida, los efectivos que cumplan a cabalidad con todos los requisitos mencionados en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, deberían, en principio, ser promovidos al rango inmediatamente superior, en orden de prelación según los puntajes obtenidos durante los últimos años, todo ello acorde con lo estipulado en la evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional de los uniformados.

Para el caso de los oficiales generales su ascenso está supeditado a la aprobación que del mismo realice el Senado de la República, tal y como está estipulado en el artículo 173, numeral 2° de la Constitución Política". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de mayo de 2013, T-265/13

i) Los ascensos se encuentran condicionados a la existencia de vacantes, tal como se desprende del ya mencionado artículo 51 del Decreto 1790 de 2000³⁹.

ii) Los ascensos se confieren dependiendo de las necesidades o conveniencias de las Fuerzas Militares. Así, el artículo 64 del Decreto 1799 de 2000⁴⁰ dispone:

“Siempre que existan las correspondientes vacantes y las necesidades o conveniencias institucionales lo permitan, quienes sean clasificados para ascenso en lista UNO, DOS o TRES, pueden ser ascendidos de acuerdo con lo establecido por la Ley”⁴¹.

Igualmente, el artículo 4° del Decreto 1790 de 2000 estableció que el Gobierno Nacional tiene la facultad de determinar la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en atención a las necesidades de estas⁴².

³⁹ “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”. Decreto 1790 de 2000, artículo 51. En la sentencia T-941 de 2009, al estudiar el caso de un miembro de la Policía Nacional, la Corte Constitucional indicó: “A pesar de estas consideraciones, para la Corte es claro que no todos los aspirantes a un cargo superior que cumplan con los requisitos objetivos señalados para el ascenso, pueden acceder al mismo, toda vez que existen razones de índole administrativa y presupuestaria que lo impiden.

Sobre el particular, es pertinente tener en cuenta que el artículo 20 del Decreto 1791 de 2000, al determinar las condiciones para los ascensos señala que los mismos se conferirán “de acuerdo con las vacantes existentes”, aspecto que no puede ser desconocido por las autoridades involucradas en el proceso de escogencia del personal uniformado ni por éste último”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de diciembre de 2009, T-941/09.

⁴⁰ “Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones”.

⁴¹ La Sección Segunda del Consejo de Estado ha igualmente señalado: “Tampoco es aceptable el argumento según el cual el acto de retiro vulnera el principio de la estabilidad en el empleo, pues si bien la pertenencia a la carrera militar implica para sus miembros estabilidad relativa, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener al servidor por siempre y para siempre, ni a ascenderlo y menos hasta los grados máximos, porque pueden existir razones y situaciones que justifiquen el retiro o requerirse perfiles diferentes dada la situación del país o de las fuerzas castrenses”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08).

⁴² “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 anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza”. Decreto 1790 de 2000, artículo 4°.

De esta suerte, si existiera la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas que cumplan los requisitos establecidos en la ley, sería esta circunstancia la que determinaría el ascenso, más no la prerrogativa del Ejecutivo y las necesidades del servicio, criterios estos que son, desde el punto de vista jurídico, los que se deben tener en cuenta para el efecto⁴³.

iii) Los ya mencionados artículos 54, 65, 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000 disponen con claridad que para los ascensos de los rangos identificados allí, la autoridad competente escogerá entre quienes hayan cumplido la totalidad de los requisitos determinados por el Decreto. En consecuencia, el cumplir con los requisitos habilita al uniformado para ser parte de los candidatos a ser ascendidos, pero de ningún modo significa que debe ser obligatoriamente promovido⁴⁴.

⁴³ "En la misma línea, la existencia de vacantes en la línea correspondiente determina el número de promociones al grado de que se habla, pues es probable que el número de aspirantes sea superior a las plazas disponibles según el decreto de planta respectivo.

Sobre este particular, es pertinente tener en cuenta que de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1790 de 2000, la planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares será definida por el Gobierno Nacional, de acuerdo con un plan quinquenal diseñado sobre las necesidades del servicio, en el que se incluya el número de miembros por grado que requiera cada una de las fuerzas militares. En estas condiciones, es claro que el número de ascensos que corresponda a cada uno de los grados depende de la existencia de las vacantes en la planta de personal, según lo haya determinado el Gobierno Nacional en las condiciones previstas y de conformidad con el presupuesto que para el sostenimiento de dicha planta se haya incluido en la Ley Anual de Presupuesto. Por ello, entre las demás razones que han sido expuestas, no es factible admitir que todos los aspirantes a ascender al grado de Sargento Mayor, que cumplan con los requisitos objetivos de calificación, tengan el derecho al correspondiente ascenso, pues en este caso sería la cantidad de aspirantes la que definiría la planta de personal y no la resolución del Gobierno Nacional, como de manera clara lo estipula la norma.

Por lo anterior, son las razones del servicio las que determinan, finalmente, qué porcentaje de los aspirantes a recibir el grado de Sargento Mayor o equivalente pueden efectivamente recibirlo.

(...)

Teniendo en cuenta que no todos los aspirantes a la promoción militar pueden ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes, esta Corporación reconoce que el Comando de la Fuerza es el encargado de seleccionar aquellos aspirantes que, luego de haber aprobado los requisitos objetivos exigidos por la legislación pertinente, pueden recibir el grado inmediatamente superior". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05.

⁴⁴ Esta postura ha sido sostenida anteriormente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en sentencia de 1976, la Sección Segunda de esta corporación indicó: "Que en virtud de la ley, el Estado no adquiere obligación alguna, ni nace obligación que se encuentre frente a un derecho. Es algo completamente potestativo, no obstante se cumplan por un oficial los requisitos para el ascenso. Es decir, el Estado, por intermedio del Gobierno, no puede hacer ascensos sino dentro del orden jerárquico establecido por la ley y tampoco puede hacerse sino en las personas que llenen los requisitos legales, pero no está obligado a decretar el ascenso para una persona determinada que cumpla los requisitos en una determinada fecha". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 1976, Radicación número: 2831.

iv) La necesidad de que el Ejecutivo tenga absoluta confianza en los integrantes de las Fuerzas Militares. Así, en atención a que la decisión de ascenso de sus miembros se enmarca dentro del ámbito del orden público, asuntos cuya dirección corresponde al Presidente de la República, y que estos se encuentran dentro de la línea de mando que ejecuta sus órdenes, es fundamental que el Ejecutivo confíe plenamente en los integrantes de estas Fuerzas⁴⁵.

Asimismo, quien avanza dentro de la jerarquía militar no solo está obligado a cumplir con las órdenes impartidas por sus superiores, sino que también goza de poder de mando sobre aquellos que se encuentran jerárquicamente en un grado inferior. Por tanto es esencial que se pueda confiar absolutamente en la persona a quien se otorga dicho poder, pues ésta además de acatar y ejecutar adecuadamente las órdenes transmitidas desde lo más alto de la línea de mando, debe ejercer autoridad sobre sus subordinados atendiendo dichos lineamientos.

La existencia de un alto grado de confianza en los uniformados que ascienden es también necesaria debido a que las Fuerzas Militares tienen a su cargo la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional⁴⁶, así como del hecho de que sus integrantes gozan de la facultad de portar armas⁴⁷ y usar legítimamente la fuerza⁴⁸.

⁴⁵ En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-1140 de 2004: "Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.)" Corte Constitucional. Sentencia del 12 de noviembre de 2004, T-1140/04. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05.

⁴⁶ "Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional". Constitución Política, artículo 217.

⁴⁷ "Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale". Ibidem, artículo 223.

⁴⁸ "Según lo ha señalado esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, el fuero penal militar se explica a partir de las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas

v) La estructura vertical y jerarquizada de las Fuerzas Militares⁴⁹, la cual envuelve necesariamente una disminución ascendente del número de grados militares⁵⁰,

vi) La existencia de diferencias individuales entre los aspirantes⁵¹, y

vii) El propio texto de los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, los cuales señalan que los oficiales y suboficiales “podrán ascender” cuando cumplan los requisitos dispuestos en la norma. Respecto al alcance de la palabra “podrán”, vale la pena recurrir a la jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, la cual tuvo la oportunidad de analizar este término en el caso de los ascensos de uniformados que han sido restablecidos en el servicio⁵².

por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de agosto de 2006, C-737/06.

⁴⁹ “Ahora bien, tratándose de instituciones jerarquizadas como lo son las Fuerzas Armadas, el derecho aludido ha de atemperarse, pues por su propia esencia y para llevar a cabalidad sus objetivos, se requiere de una cabeza que guíe y una tropa que obedezca; vale decir que gozan de un régimen especial y propio que implica una pirámide estructural y por ende, una disciplina particular a la que todos deben someterse hasta el de más alto rango, como se exige en un Estado Social y Democrático de derecho y en donde para ascender, se requiere que el seleccionador cuente con cierto grado de discrecionalidad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 1o de marzo de 2005, Radicación número: 12139.

⁵⁰ “Finalmente, debe señalarse que no existe violación al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas por el hecho de que el Comité de Estado Mayor, no hubiere seleccionado al demandante para el Curso de 2005, por cuanto la estructura de mando de la Fuerza Pública se va estrechando en la medida en que se asciende y debe reducirse como efectivamente sucedió en el sub lite, en donde los Comandantes valoraron 270 hojas de vida y seleccionaron 147, dejando de lado 123 aspirantes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08).

⁵¹ En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad C-819 de 2005, señaló: “Teniendo en cuenta que no todos los aspirantes a la promoción militar pueden ser ascendidos al grado de Sargento Mayor o equivalentes, esta Corporación reconoce que el Comando de la Fuerza es el encargado de seleccionar aquellos aspirantes que, luego de haber aprobado los requisitos objetivos exigidos por la legislación pertinente, pueden recibir el grado inmediatamente superior.

(...)

La Corte reconoce que en el grupo de aspirantes que han sido calificados óptimamente para el ascenso existen diferencias individuales. La homogeneidad absoluta en las condiciones personales de los sargentos primeros que cumplen con todos los requisitos para recibir la promoción a Sargento Mayor y que han recibido una calificación satisfactoria para ser promovidos es imposible. Incluso entre los más destacados existen diferencias. Por ello, con fundamento en esas diferencias, que deben ser evaluadas e interpretadas a la luz de los cánones militares, se justifica que el Comando disponga la elección final de los aspirantes”.

⁵² En esta dirección, la señalada Sección hizo un análisis del artículo 52 del Decreto 1791 de 2000, el cual encuentra la Sala útil, pues no sólo se trata de una disposición similar a la contenida en el

Específicamente, la señalada Sección determinó que en consideración a que el verbo rector de la norma era la palabra “podrá”, de ella no se desprendía la obligación de ascender al uniformado que hubiera sido restablecido en su cargo, sino simplemente la potestad del Ejecutivo para decidir si confería el ascenso. En este sentido se indicó:

“De lo que se desprende, la potestad de la Administración de ascender al grado inmediatamente superior a los uniformados que se hallen en los eventos descritos en la norma más no la obligación de efectuar el ascenso deprecado por el actor.

*Lo anterior, por cuanto el verbo rector del artículo, lo constituye la expresión “podrá” “Del lat. *potēre, formado según potes, etc.” que significa “1. tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”⁵³ e implica el ejercicio de una conducta carente de obligatoriedad.*

De este modo, resulta evidente para la Sala, que el artículo 52 del Decreto Ley 1791 de 2000 no contiene un mandato u orden inequívoca que imponga a la entidad demandada un deber imperativo, inobjetable y exigible, toda vez que, deja en libertad a la administración de decidir si asciende o no a los uniformados restablecidos, previo el cumplimiento de los requisitos legales”⁵³.

Dentro de este marco, a juicio de la Sala, la expresión “podrán ascender” contenida en los artículos 53 y 54 del Decreto 1790 de 2000, no impone la obligación al Ejecutivo de promover al uniformado, sino que le permite decidir ascenderlo o no, sin que en todo caso sea posible que se exijan requisitos diferentes a los establecidos en la ley.

Asimismo, debe anotarse que la discrecionalidad de la cual goza el Ejecutivo para realizar los ascensos, aplica también en el caso particular de los oficiales y suboficiales víctimas del delito de secuestro. En efecto, si bien el párrafo 2º del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000⁵⁴, y el artículo 9º de la Ley 1279 de 2009⁵⁵

artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, sino que se refiere a la situación de ascenso de un uniformado.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02024-01(ACU).

⁵⁴ “Los Oficiales y Suboficiales de la 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”. modificado por el artículo 1º de la Ley 1279 de 2009.

⁵⁵ “El personal de la Fuerza Pública que se encuentre secuestrado y que teniendo derecho a ello no haya sido promovido en el tiempo mínimo de permanencia en el Grado, será ascendido en los Grados inmediatamente superiores con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que le hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción,

señalan que estos serán ascendidos sin más requisitos que haber cumplido en cautiverio con el tiempo mínimo de servicio, a juicio de la Sala dichas disposiciones deben entenderse aplicables en el marco de la potestad discrecional.

De allí que aún cuando las mencionadas normas reducen el margen de discrecionalidad del Ejecutivo y exceptúan a los señalados oficiales o suboficiales de satisfacer los requisitos establecidos en el Decreto 1790 de 2000 que por su condición particular no estaban en capacidad de cumplir, como son, entre otros, las evaluaciones anuales, la realización y aprobación de los cursos de ascenso, los tiempos mínimos de mando de tropa, el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y la clasificación para ascenso⁵⁶, no por ello puede olvidarse que el Ejecutivo mantiene su facultad discrecional la cual en todo caso ejerce dentro de los límites señalados por la ley y la jurisprudencia⁵⁷, de tal suerte que su decisión no puede ser irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

sin que para el efecto se exijan otros requisitos, más, que haber cumplido en cautiverio el tiempo mínimo de servicio para cada Grado”.

⁵⁶ “Es por lo anterior, que esta iniciativa contempla que en un acto de justicia social y solidaridad para con estos servidores, se permita que dichos ascensos se produzcan no por una sola vez, sino, cuantas veces cumplan en cautiverio el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los grados respectivos de acuerdo a la reglamentación existente en la entidad a que pertenezcan, ayudando a estimular su supervivencia en las condiciones inhumanas en que se encuentran cautivos, que son de amplio conocimiento de la comunidad (...).” Y lo anterior se origina, en que a pesar de haberse expedido la Ley 987 de 2005, reconociéndoles ese derecho al ascenso al grado inmediatamente superior, por una sola vez, en la práctica existen dificultades de orden legal o reglamentario, que no permiten hacer efectivo dicho ascenso, en lo sucesivo o cuantas veces cumpla los requisitos en cautiverio, como quiera, que las normas que regulan la carrera no dan viabilidad para producir el acto de ascensos, pues estas exigen el cumplimiento de algunos requisitos o formalidades para tener derecho al ascenso, entre ellas, la permanencia en el grado por determinado tiempo, la realización de cursos de actualización, la práctica de exámenes médicos, los cuales, lógicamente no puede satisfacer el servidor que se encuentre en cautiverio, se reitera, no por negligencia, sino por razones totalmente ajenas a su voluntad, sino originadas en una fuerza mayor como es su condición de secuestrado”. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 253 de 2008 Cámara. Gaceta del Congreso No. 122 del 10 de abril de 2008.

⁵⁷ Así por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado: “Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional, vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, el Comando de la Fuerza está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige.

En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que quien recibe – para el caso- el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado”. Corte

Así las cosas, y de acuerdo con la jurisprudencia, no sería posible por regla general que mediante una decisión judicial se ordene al Ejecutivo el ascenso de un miembro de las Fuerzas Militares⁵⁸.

Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-819/05. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2015, SU -053/15.

⁵⁸ “La jurisprudencia ha reiterado que la acción de tutela es improcedente para ordenar la promoción directa de los miembros de esas instituciones, debido a que se trata de una facultad discrecional radicada en cabeza del Presidente de la República”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de abril de 2014, T-261/14. “Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de noviembre de 2004, T-1140/04. “Tampoco la institución accionada transgredió el derecho fundamental a la igualdad por no haber ascendido al Suboficial MORA VILLARREAL en los términos reclamados en el libelo, habida cuenta que por tratarse de un acto igualmente discrecional, contemplado en las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se trata de actuación ajustada a la ley.
(...)

Si se accediera a lo pretendido por el demandante, desconocería el juez constitucional la facultad discrecional que la ley de carrera militar y la misma carta política han consagrado precisamente por tratarse de un régimen especial, que tiene como fin esencial “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia del 3 de septiembre de 2003, Radicación número: 14394. “Ha sido criterio de esta Corporación que la potestad para ascender a los Oficiales a un grado superior, no es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de septiembre de 2007, Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03084-01(1679-04). “Finalmente, no se accederá al ascenso solicitado por el actor, por cuanto conforme lo ha venido expresando la Sala, no es posible librar una orden judicial en ese sentido al carecer de competencia, pues debe la entidad demandada, comprobar si el actor cumple a cabalidad los requisitos para acceder al grado solicitado” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de noviembre de 2012, Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01260-01(1963-11). “Disponer la promoción que de fondo se persigue resulta absolutamente improcedente por esta vía, pues no puede el Juez de tutela sin violar el debido proceso, inmiscuirse en competencias propias del Gobierno Nacional, ordenando un ascenso automático al grado de Capitán de Navío, sin contar con los elementos de juicio que se requieren para adoptar este tipo de determinaciones (situación de orden público, disponibilidad presupuestal, existencia de vacancias, grado de confianza, trascendencia de las funciones a asignar, etc.)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00137-01(AC). Igualmente se ha indicado: “Los requisitos y demás condiciones para el ingreso y para la permanencia en la Fuerza Pública, esto es, tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional, son hechos cuyo análisis escapan de la órbita de competencia del juez constitucional. La tutela no puede utilizarse como medio para obtener incorporaciones o ascensos a la fuerza pública, menos para analizar o cuestionar la validez de sus exigencias”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de abril de 2009, Radicación número: 2500023150002009-00195-01 (AC). “Entre tanto, no resulta procedente para el juez constitucional, en el ámbito de la acción de tutela, analizar directamente si un servidor militar cuenta con los requisitos legales mínimos para ser ascendido, así como considerar si cumple con las demás condiciones personales requeridas para tales efectos, pues esa es una potestad conferida legalmente a la autoridad accionada que, de ser el caso, puede ser controvertida ante el juez administrativo y no ante el juez de tutela”. Corte Suprema de Justicia,

c. Conclusión

La consulta pide determinar si una decisión judicial que ordena el reintegro de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares y señala que no ha existido solución de continuidad, conlleva o involucra también su ascenso dentro del escalafón militar.

Frente a este interrogante, la Sala concluye que una orden de reintegro sin solución de continuidad debe entenderse en el sentido de que el vínculo con el servicio no se ha suspendido o interrumpido, de tal suerte que el trabajador o empleado debe ser restituido a la posición en que se encontraría sino hubiese sido retirado⁵⁹. De esta forma, ha indicado la jurisprudencia que el trabajador o empleado debe recibir y mantener la totalidad de las cualidades o elementos del empleo del que fue desvinculado, siendo únicamente posible limitar o sustraer las que son incompatibles con las condiciones particulares del actor y las que son contrarias al ordenamiento⁶⁰.

Ahora bien, tratándose de una sentencia que ordene el reintegro de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares y declare que no ha existido solución de

Sala de Casación Laboral, Sentencia del 8 de noviembre de 2011, Radicación número: 35351. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación número: 12939. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2008, Radicación número: 50001-23-15-000-2000-00350-01(4158-05).

⁵⁹ "La sentencia judicial que ordena el reintegro del trabajador declarando sin solución de continuidad el contrato tiene como consecuencia natural el reconocimiento de la unidad del vínculo que, por consiguiente, deberá considerarse que no ha sufrido suspensión o interrupción alguna. Al ordenar la reanudación del servicio como consecuencia de la ilegalidad del despido el juez reconoce al trabajador el derecho a ser restituido al estado en que se hallaría de no haber existido el acto ilícito.

Asimismo el empleador que por sentencia judicial resulta obligado a reintegrar a un trabajador en el entendimiento de que la relación laboral no ha tenido solución de continuidad, debe restituirlo en las condiciones de empleo en que se encontraría de no haber mediado el despido y, siendo el contrato de trabajo de tracto sucesivo, el trabajador debe ser considerado como si durante el tiempo en que permaneció cesante por la decisión ilegal del patrono hubiera continuado prestando efectivamente el servicio". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Radicación número: 11654. "La expresión "sin solución de continuidad" ha sido utilizada por nuestro sistema normativo para fijar o declarar la permanencia de una relación jurídica en un espacio temporal determinado. Una manifestación de este tipo implica una ficción para reconstruir una situación que, aunque en la realidad ha sufrido una interrupción, para el mundo jurídico se mantiene constante e inalterada". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de abril de 2014, T-261/14.

⁶⁰ "Como se observa, las órdenes de reintegro sin solución de continuidad implican que el trabajador recibe y mantiene en el máximo posible todas las cualidades o elementos del empleo del que fue retirado ilegalmente. De esas prerrogativas se podrán limitar o sustraer aquellas que sean incompatibles con la situación particular del actor o las que resulten claramente contrarias a la ley. *Ibidem*.

continuidad, esta expresión debe entenderse en el sentido de que el uniformado, si bien debe ser reincorporado al servicio y considerarse como si nunca hubiese sido desvinculado⁶¹, ello no implica necesariamente su ascenso dentro del escalafón militar ni la orden al Ejecutivo para que se lleve a cabo.

Lo anterior teniendo en cuenta que: i) es el Ejecutivo el que goza de la potestad discrecional de disponer de los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares y ii) el sólo paso del tiempo no es suficiente para otorgar una promoción, toda vez que esta requiere el cumplimiento de todos los demás requisitos y condiciones exigidos en la ley, que deben ser valorados por el Ejecutivo dentro del marco de su potestad discrecional.

De allí que a la expresión “sin solución de continuidad” no se le puede dar un significado más allá de lo que atañe al tiempo de servicio requerido para el grado respectivo. En consecuencia, dicho enunciado no se puede interpretar en el sentido de reconocerle efectos que anuden la potestad discrecional del Ejecutivo, ni la exigencia de los requisitos definidos en la ley para ascender.

En suma, la expresión “sin solución de continuidad” empleada en las sentencias que declaran la nulidad de los actos de retiro de miembros de las Fuerzas Militares, no implica o conlleva la orden para el Gobierno Nacional de promover al uniformado.

De otra parte, respecto al momento para realizar los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares, cuando haya lugar, se debe anotar que por expresa disposición legal, este debe hacerse en las oportunidades determinadas por el artículo 46 del Decreto 1790 de 2000, esto es, únicamente en los meses de junio y diciembre de cada año en el caso de los oficiales, y marzo y septiembre, si se trata de suboficiales. Para la Sala, el propio texto legal no permite que la promoción proceda en otra oportunidad, pues señala con total claridad que los ascensos “solamente” se realizarán en los meses dispuestos por la norma⁶².

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

⁶¹ “En este caso es evidente que sumado a los efectos generales de la acción contenciosa administrativa adelantada por la Capitán Rodríguez Molina, ella fue beneficiada por un reintegro a la fuerza policial ‘sin solución de continuidad’. Como se observó, en varias oportunidades la jurisprudencia ha explicado que ese concepto implica una ficción para reconstruir una situación que, aunque en la realidad ha sufrido una interrupción, para el mundo jurídico se mantiene constante e inalterada. En otros términos, cuando la actora fue reintegrada en 2008, debía entenderse que durante el tiempo que tardó en emitirse un fallo definitivo, ella estuvo en el servicio activo –se insiste– como si nunca hubiera sido desvinculada”. Ibidem.

⁶² “Los ascensos de los oficiales se producirán solamente en los meses de junio y diciembre; los de suboficiales en los meses de marzo y septiembre de cada año. El primer grado de la jerarquía respectiva podrá conferirse en cualquier tiempo”.

La Sala RESPONDE:

1. *¿La expresión “sin solución de continuidad” empleada por los jueces administrativos en sus fallos, donde se declara la nulidad de los actos de retiro del personal uniformado de las Fuerzas Militares, es suficiente para que el Gobierno Nacional, proceda a disponer los ascensos en la jerarquía militar y en forma retroactiva, sin que se requiera acreditar los requisitos diferentes al tiempo mínimo en el grado? o es necesario en caso de proceder este tipo de actuaciones en cumplimiento de fallos judiciales que sea el propio operador judicial quien en forma expresa ordene dicha situación administrativa de personal?*

La expresión “sin solución de continuidad” empleada en las sentencias que declaran la nulidad de los actos de retiro del personal uniformado de las Fuerzas Militares, no implica o conlleva la orden para el Gobierno Nacional de ascender al militar favorecido con la decisión, habida cuenta que: i) es el Ejecutivo el que goza de la potestad discrecional de disponer de los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares y ii) el sólo paso del tiempo no es suficiente para otorgar una promoción, toda vez que esta requiere el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en la ley, que deben ser valorados por el Ejecutivo dentro del marco de su potestad discrecional.

De allí que a la expresión “sin solución de continuidad” no se le puede dar un significado más allá de lo que atañe al tiempo de servicio requerido para el grado respectivo, lo cual comporta que dicho enunciado no se pueda interpretar en el sentido de reconocerle efectos que anuden la potestad discrecional del Gobierno Nacional, ni la exigencia de los requisitos definidos en la ley para ascender.

2. *Algunas expresiones empleadas por las autoridades judiciales en sus fallos son:*

“Ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al reintegro del demandante y se declara que no ha habido solución de continuidad ni interrupción en el servicio que venía prestando desde el momento de su retiro hasta la fecha de su reincorporación”.

- *“Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) de condiciones civiles ya conocidas, al cargo desempeñado al momento del retiro y/o inmediatamente superior si a ello hay lugar”.*

- *“Condenase a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a reintegrar al actor a un cargo equivalente, similar de superior categoría al que desempeñaba en la entidad demandada. (...) Declárese que para todos los*

efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor (...).

- *“Se ordena a la entidad demanda a reintegrar al señor (...) en el cargo que ostentaba a momento del retiro o en otro de igual o superior jerarquía (...) reconociéndole para todos los efectos legales el periodo de desvinculación como tiempo efectivo de servicio hasta que sea reincorporado”.*
- *“Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) al mismo grado y antigüedad que habría alcanzado si no se hubiere retirado del servicio (...) en el cargo que venía desempeñando, desde el momento del retiro, hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado al servicio (...) Declárese para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha de retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo”.*
- *“Condénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reintegrar al actor al servicio activo del Ejército Nacional, en el grado de Teniente efectivo, que ocupaba, o a otro de superior jerarquía (...) en el entendido que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio”.*
- *“Se ordena al Ministerio de Defensa Nacional a reintegrar al servicio de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional al señor (...) a un cargo igual o similar al que venía desempeñando al momento de la expedición del acto de retiro (...). Declárese para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios”.*
- *“Ordénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reintegrar al señor (...) al cargo desempeñado a momento del retiro y/o a inmediatamente superior si a ello hay lugar”.*

En las anteriores expresiones plasmadas en los fallos judiciales que ordenan el reintegro del personal uniformado de las Fuerzas Militares, no existe uniformidad, pero tampoco, se ordena en forma expresa conceder ascensos en forma retroactiva, ¿la expresión “sin solución de continuidad” que resulta común en ellas, es suficiente para que el Gobierno Nacional deba ordenar ascensos en forma retroactiva dentro del escalafón y jerarquía militar?

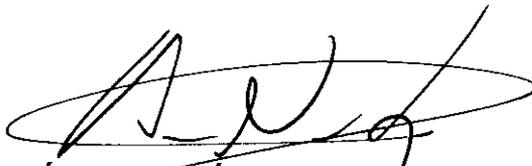
Como se señaló en la respuesta anterior, la expresión “sin solución de continuidad” en las decisiones judiciales que ordenan el reintegro del personal uniformado de las Fuerzas Militares no es suficiente para que el Gobierno Nacional deba ordenar ascensos en forma retroactiva dentro del escalafón y la

jerarquía militar, ni lo autoriza para eximir el cumplimiento de los requisitos pertinentes.

3. De ser procedentes jurídicamente los ascensos retroactivos, estos pueden disponerse en cualquier época del año? sin que sea necesario esperar a los meses de junio y diciembre para el caso de oficiales y a los meses de marzo y septiembre, para el caso de suboficiales tal y como lo señala el artículo 46 del Decreto Ley 1790 de 2000?.

Por expresa disposición legal los ascensos deben hacerse en las oportunidades determinadas por el artículo 46 del Decreto 1790 de 2000, es decir, únicamente en los meses de junio y diciembre de cada año para los oficiales, y marzo y septiembre, si se trata de suboficiales.

Remítase al Ministerio de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

14 AGO. 2015 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 012 DE
AGOSTO DE 2015 - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.