

Cartagena de Indias D. T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-007-2017-00018-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>OTONIEL FIGUEROA LOZANO</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<i>Retiro por llamamiento a calificar servicios – no se demuestra el desvío de poder ni la violación al debido proceso.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2018<sup>2</sup>, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>3</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>4</sup>

La parte actora, en su escrito de demanda, solicitó que se le concediera lo siguiente:

PRIMERA: Que se declare nula Resolución No. 4403 del 23 de mayo de 2016 por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares - Armada Nacional al Mayor OTONIEL FIGUEROA LOZANO, con pase a la reserva "por llamamiento a calificar servicios".

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene el restablecimiento del derecho mediante su reintegro al cargo que le corresponda, según la

<sup>1</sup> Folio 116-119 pdf 03

<sup>2</sup> Folio 104-111 pdf 03

<sup>3</sup> Folio 3-18 pdf 01

<sup>4</sup> Folio 6-8 pdf 01

antigüedad, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su retiro hasta la fecha en que se dé cumplimiento de la sentencia.

TERCERO: Que se disponga que, para todos los efectos legales, no existe solución de continuidad en la relación laboral con la Institución Armada, por lo que el tiempo durante el cual el Mayor OTONIEL FIGUEROA LOZANO estuvo fuera del servicio, debe ser reconocido con el pago de todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir.

CUARTO: Se le reconozcan perjuicios morales al demandante en una suma no menor de 100 smlmv, y los perjuicios a la vida de relación en un valor de 200 smlmv.

### **3.1.2 Hechos<sup>5</sup>**

El Mayor Otoniel Figueroa Lozano ingresó a la Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla, en el año 1996, desempeñándose siempre con excelencia y obteniendo las mejores calificaciones durante su carrera. En el año 2016, cuando se preparaba para ser llamado a curso de ascenso al grado de Teniente Coronel, fue retirado del servicio mediante Resolución No. 4403 del 23 de mayo de 2016, por llamamiento a calificar servicio.

Sostuvo que, aunque la decisión de retiro fue discrecional y aunque no se sabe a ciencia cierta el motivo de ella, considera que la misma se debió a la existencia de una investigación disciplinaria motivada por la aplicación oficial diferente de recursos previsto para combustibles, en bienes y servicios exigidos por la necesidad de atender el desarrollo de operaciones de orden público, en una apartada región del país, la cual se le adelantó con el radicado No. 003-DISC2012-CBRIFLIM3-ARC, que fue decidida a su favor en el año 2016. Igualmente indica que existió una investigación penal por los mismos hechos, la cual se encuentra en la fase de instrucción en el Juzgado 109 de Instrucción Penal Militar de Puerto Carreño.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes: Art. los 29, 209 y 229 de la Constitución Política.

En el concepto de violación se expuso que, el acto administrativo demandado viola el principio de publicidad toda vez que el demandante desconoce los motivos por los cuales se llevó a cabo su retiro; igualmente indica que la resolución en la cual se tomó la decisión nada se dice al respecto, lo que a su vez incumple el requisito de motivación del acto.

---

<sup>5</sup> Folio 3-5 pdf 01

Sostiene que el retiro del Mayor OTONIEL FIGUEROA LOZANO, se dio sin justa causa, y con desviación de poder, puesto que la finalidad perseguida por la misma no era el mejoramiento del servicio, sino retirar al actor debido a la investigación disciplinaria adelantada en su contra, lo cual demuestra que el acto acusado es contrario a la verdad.

### **3.2 CONTESTACIÓN<sup>6</sup>**

La Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional, manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda, teniendo en cuenta que la accionada ha actuado conforme a la normatividad aplicable al señor OTONIEL FIGUEROA LOZANO, quien, en ningún caso, ha probado la ilegalidad o nulidad del acto administrativo acusado.

Sostuvo que, tal y como fue planteada la demanda, la misma no está llamada a prosperar ya que se encuentra cimentada únicamente en el criterio del señor apoderado demandante, sin que se soporten sus afirmaciones en prueba alguna que permita corroborar, con absoluta certeza, que la entidad accionada actuó de manera ilegal al retirar al señor OTONIEL FIGUEROA LOZANO; además, el actor incumplió con su carga probatoria a efectos de demostrar que la entidad incurrió en algún vicio que pudiera generar la nulidad del acto de retiro.

Afirmó que la resolución que retira al actor, por la figura del llamamiento a calificar servicios, fue motivado y expedido de acuerdo con la normatividad aplicable. Agrega que, en las fuerzas militares no existe un fuero de estabilidad y la figura de Llamamiento a Calificar Servicios constituye una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado.

Como excepciones, propuso las siguientes: i) presunción de ilegalidad del acto; ii) presunción de buena fe; iii) prescripción.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>**

Por medio de providencia del 10 de octubre de 2018, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena decidió negar las pretensiones de la demanda, argumentando que la idoneidad para ejercer un cargo y el buen desempeño de las funciones no conceden a su titular la permanencia en el cargo, dado que el cumplimiento de las funciones es una manifestación del deber de todo servidor público.

---

<sup>6</sup> Folio 58-67 pdf 01

<sup>7</sup> Folio 104-111 pdf 03

Por otro lado, agregó que, la falsa motivación y la deviación de poder, como vicios de nulidad, debían ser probados en el proceso por lo que no era suficiente con solo mencionarlos en la demanda como un simple parecer. Aclaró también, que el llamamiento a calificar servicios no es un castigo o sanción al servidor público, simplemente es una figura que permite la renovación del personal de las fuerzas armadas con la garantía de subsistencia, para quienes dejen de prestar el servicio a la nación en virtud de ella, motivando su decisión en la sentencia SU-217/16 y la sentencia del 4 de mayo de 2017 del Consejo de Estado.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

El apoderado de la parte accionante solicita que se revoque la decisión de primera instancia, alegando que no era procedente el retiro del servicio del accionante, como quiera que este había sido seleccionado para realizar el curso de ascenso al grado de Teniente Coronel, por sus calificaciones y condiciones militares, y debía esperarse a que culminara dicho curso para poder verificarse quien seguía la carrera militar y quien no.

Agrega que, el actor ocupaba el segundo puesto en el grupo de los aspirantes a ascender, por lo que se podría concluir que la intensión de la administración era quitarlo del medio, para modificar el grupo, resultando ello lesivo para el principio del mérito y un abuso de la facultad discrecional.

Manifiesta que, el retiro del Mayor FIGUEROA LOZANO sin que se haya aducido ningún hecho concreto en la motivación del correspondiente acto, viola el debido proceso, el derecho de contradicción y el de acceso a la administración de justicia, porque de tal precisión también dependía que aquel hubiera podido acudir con mayor acierto a esta jurisdicción para debatir los motivos de su retiro.

Sostuvo que, el a quo solamente solo se centró en la discrecionalidad de la administración para adoptar la decisión, y descalificó la actividad probatoria de la parte demandante y no la valoró, aduciendo que las manifestaciones hechas por el actor respecto del acto administrativo censurado no se encuentran acreditadas con ningún elemento probatorio, cuando ello no es así, puesto que en la demanda se adujo que el silencio de quienes propiciaron su retiro, podía obedecer a la existencia de dos investigaciones en contra del actor, una penal y otra disciplinaria, las cuales fueron archivadas en su favor, pero que pudieron haber motivado el correspondiente acto.

---

<sup>8</sup> Folio 116-119 pdf 03

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

Por medio de acta del 31 de enero de 2019<sup>9</sup>, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el recurso fue admitido por auto del 26 de abril de 2019<sup>10</sup>.

El 3 de mayo de 2019<sup>11</sup> la parte actora elevó una solicitud de pruebas en segunda instancia la cual fue negada a través de auto del 22 de julio de 2019, en el que también se corrió traslado para alegar de conclusión<sup>12</sup>. Contra la providencia anterior se interpuso el recurso de súplica<sup>13</sup>, el cual fue decidido el 25 de febrero de 2021, rechazando la impugnación, por improcedente<sup>14</sup>. Contra esta decisión, se el actor interpuso recurso de reposición el 4 de abril de 2021<sup>15</sup>, siendo decidido el 30 de noviembre de 2021<sup>16</sup>, reponiendo la decisión anterior, y confirmando la negativa a decretar pruebas en segunda instancia.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1 demandante:** No presentó alegatos.

**3.6.2 demandado**<sup>17</sup>: Presentó alegatos solicitando que se mantenga en firme la sentencia de primera instancia.

**3.6.3 Ministerio Público:** no presentó concepto.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

---

<sup>9</sup> Folio 2 pdf 04

<sup>10</sup> Folio 4 pdf 04

<sup>11</sup> Folio 7-9 pdf 04

<sup>12</sup> Folio 11 pdf 04

<sup>13</sup> Folio 14-16 pdf 04

<sup>14</sup> Folio 26-28 pdf 04

<sup>15</sup> Folio 31-32 pdf 04

<sup>16</sup> Folio 35-38 pdf 04

<sup>17</sup> Folio 17-23 pdf 04

## 5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

*¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia para efectos de declarar la nulidad del acto administrativo a través del cual la Armada Nacional dispuso el retiro del actor por llamamiento a calificar servicio?*

Para estudiar el problema jurídico anterior, deben estudiarse los siguientes asociados:

*¿De acuerdo a los planteamientos el recurso de apelación, está demostrado que el actor cumplía con los requisitos para ser llamado a curso de ascenso, encontrándose en una lista para ello, y encontrarse probado la causal de desviación de poder?*

*¿La causal de llamamiento a calificar servicio requiere de una motivación expresa?*

## 5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de decisión considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que no es procedente declarar la nulidad de la resolución demandada, como quiera que en la misma se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, actividad que se encuentra plenamente amparada por la ley, y que no necesita motivación. Por otra parte, el actor no logró demostrar que el acto administrativo en cuestión hubiera sido expedido con falsa motivación o por causas ajenos a los enunciados. Además, no se demostró que el actor tuviera los requisitos para ser llamado al curso de ascenso para el grado superior.

## 5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 1790 de 2000, "Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", establece lo siguiente:

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

**Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de**



13-001-33-33-007-2017-00018-01

insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

**ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.** <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir cuatro (4) años en el Grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

**3. Por llamamiento a calificar servicios**

(...)

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

9. Por no superar el período de prueba; (...)

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

Al respecto, se debe indicar que el Consejo de Estado ha adoptado una posición pacífica, en cuanto ha considerado que el llamamiento a calificar servicios, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por ello, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad; al respecto, ha precisado lo siguiente:

*“El “llamamiento a calificar servicios” es una situación que, de acuerdo con el marco normativo expuesto, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad. Consecuente con lo anterior, se aparta la Sala de los argumentos que expone el recurrente en cuanto no se advierte que con la expedición del acto impugnado se encuentren vulnerados derechos de rango constitucional, pues la decisión obedece, como ya se dijo, al ejercicio de una facultad permitida por el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública. (...) Cabe advertir de una parte, que la idoneidad y buen desempeño en el servicio, no le otorgan per se, inamovilidad al servidor en el cargo público...”<sup>18</sup>.*

De igual forma, en sentencia del 30 de octubre de 2014, la Corporación mencionada expuso lo siguiente:

*“...El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre. (...) Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más*

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, once (11) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación No. 250002325000200101287 01.Expediente: No. 2368-2008. Actor: Antonio José Navarro Arango. Autoridades Nacionales.

años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”<sup>19</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante La Corte Constitucional, mediante sentencia SU-091 de 2016, hizo la diferenciación entre la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro discrecional, respecto de lo cual precisó:

**3.9.1.** De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 55 y el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, la Corte Constitucional consideró en la sentencia **T-265 de 2013** que el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: **(i)** la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; **(ii)** esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; **(iii)** la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; **(iv)** el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; **(v)** existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; **(vi)** es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos<sup>611</sup>.

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

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

Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia - pues se mantiene el rango y los honores - que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.

**3.9.7.** Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus

<sup>19</sup> Sección segunda, subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez



13-001-33-33-007-2017-00018-01

derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

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

**3.9.10.** De esta manera, **el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.**

**3.9.11.** Diferente es el caso, en que el retiro del servicio activo de la Fuerza Pública se da en aplicación de la causal de retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, ya que para producirse el mismo, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o el Director General, previa recomendación realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esta facultad está orientada al "mejoramiento del servicio", forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general, la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad por parte de los miembros de la Fuerza Pública, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de estas Instituciones para el desempeño de sus funciones enmarcadas dentro del artículo 218 de la Constitución Política, generando lógica y consecuentemente, la decisión de retirarlos del servicio activo, mediante esta causal de retiro.

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

## 5.4 CASO CONCRETO

### 5.4.1 Hechos relevantes probados:

- Resolución 4403 del 23 de mayo de 2016, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares - Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva, "Por Llamamiento a Calificar Servicios", al Mayor Otoniel Alfredo Figueroa Lozano<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Folio 19-25 pdf 01

- Notificación de la decisión anterior, el 31 de mayo de 2016<sup>21</sup>.
- Oficio No. 346 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-DENaf-DAEN-DFAM-86 del 10 de diciembre de 2015, por medio del cual se le da la bienvenida y se le brinda información sobre la iniciación del curso de curso de “*Complementación Profesional en Administración año 2016, prevista para el 12 de enero de 2016*”<sup>22</sup>.
- Hoja de vida del accionante en el que se destaca, en el acápite de INFORMACIÓN GENERAL<sup>23</sup> que prestó sus servicios a la Armada Nacional desde 1 de junio de 2000 hasta el 31 de mayo de 2016; para un tiempo total de 20 años, 01 meses y 26 días de servicio; también se aportaron las calificaciones, pruebas y evaluaciones del actor.
- Oficio del 27 de febrero de 2018, en el cual la Directora de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional manifiesta que “*el señor MYCIM (RA) Otoniel Figueroa Lozano no fue presentado para ascenso al Grado de Teniente Coronel, teniendo en cuenta que para época en que fue retirado (31 de mayo de 2016), no contaba con los requisitos mínimos de ascenso para optar al citado grado (Teniente Coronel CIM), de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000, artículo 53 y 55 (...) Adicionalmente se informa que los señores; Nelson Cano Olguín, Néstor Gallardo Gómez, Custodio García Díaz, Faiver Alfredo Osario Peña, Pablo Palacios Cruz y José Fernando Wildeman Zabaleta, no tienen puesto para ascenso a Teniente coronel, debido a que no han ascendido a ese grado. (...) En cuanto a cuál de los citados Militares fue ascendido al grado de Teniente Coronel CIM en la misma época que se presentó el señor Otoniel Figueroa, le indico que ninguno de los Oficiales ha ascendido al grado de Teniente Coronel CIM o su equivalente*”<sup>24</sup>.
- Copia del proceso penal adelantado en el Juzgado 109 de Instrucción Penal Militar, con radicado 0113/J109IPM, contra el señor Otoniel Alfredo Figueroa Lozano, por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación; lo anterior, por hechos sucedidos en el año 2011<sup>25</sup>.

De acuerdo con lo anterior se tiene que la investigación se inició con la apertura de la indagación preliminar del 23 de enero de 2013<sup>26</sup>; en virtud a la celebración de un contrato para suministro de gasolina, el cual aparecía como ejecutado, sin que al interior de la Agencia Logística se pudiera acreditar el recibo del combustible. Con auto del 27 de junio de 2013, se decidió dar inicio a la acción penal<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Folio 26 pdf 01

<sup>22</sup> Folio 27 pdf 01

<sup>23</sup> Folio 28-34 pdf 01

<sup>24</sup> Folio 97 pdf 01

<sup>25</sup> Folio 104-

<sup>26</sup> Folio 105 pdf 01

<sup>27</sup> Folio 166 pdf 01

Debe dejarse constancia que la actuación penal no fue aportada con las providencias que concluyeran la misma, por lo que se desconoce si el actor fue absuelto o no de los cargos imputados.

- Fallo de primera instancia disciplinario de fecha 8 de abril de 2016, por medio del cual se decidió absolver al hoy demandante de las faltas imputadas en virtud de la actividad contractual adelantada para el suministro de gasolina<sup>28</sup>.

### **5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

De acuerdo con la hoja de vida del actor<sup>29</sup>, se puede tener por probado que este prestó sus servicios a la Armada Nacional desde 1 de junio de 2000 hasta el 31 de mayo de 2016, acumulando un tiempo total de servicios de **20 años, 01 meses y 26 días**. Igualmente, se encuentra demostrado que el demandante recibió felicitaciones, condecoraciones y buenas calificaciones en su conducta durante su carrera militar; y que, mediante **Resolución 4403 del 23 de mayo de 2016**, fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares - Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva, "Por Llamamiento a Calificar Servicios"<sup>30</sup>.

En el acto administrativo en comento, se indicó, a grandes rasgos que, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión de fecha 11 de abril de 2016, registrada en el acta No. 003, recomendó el retiro del acto, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 103 del Decreto 1790/00, atendiendo que la Armada Nacional es una institución jerarquizada con una estructura piramidal que implica el deber de retirar algunos de sus miembros, puesto que todos no pueden permanecer en el servicio activo y por consiguiente ascender hasta la cúspide. También se expuso que, la permanencia del personal uniformado en la institución no dependía únicamente de que en su hoja de vida existieran antecedentes de mala conducta, disciplinarios o penales, sino que obedecía a la necesidad del servicio, debido a los cupos existentes en la Armada.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo de esta providencia, se tiene que, para que proceda la aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, se hace necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que los Oficiales y Suboficiales a los cuales se les vaya a aplicar, tengan derecho a adquirir una asignación de retiro, lo cual sucede a los **15 o 18 años** de servicio, dependiendo la norma que le sea aplicable<sup>31</sup>; ii) además, debe existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio

<sup>28</sup> Folio 39-57 pdf 02

<sup>29</sup> Folio 28-34 pdf 01

<sup>30</sup> Folio 19-25 pdf 01

<sup>31</sup> Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990

de Defensa para las Fuerzas Militares, dependiendo de la condición que ostente el interesado (oficial o suboficial).

Conforme con lo explicado, advierte esta Judicatura que, el actor efectivamente cumple con los requisitos para ser retirado por llamamiento a calificar servicios, toda vez que el tiempo laborado por este es superior al necesario para obtener una asignación de retiro<sup>32</sup>; por otra parte, en lo que se refiere a la necesidad del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, se observa que el mismo fue dado por dicha autoridad, pues en el acto administrativo acusado se menciona tal situación y el accionante no cuestiona dicho procedimiento.

En ese orden de ideas, debe la Sala aclarar que, no todos los servidores públicos vinculados a las Fuerzas Militares pueden ascender hasta el último grado de sus especialidades, toda vez que las instituciones militares se caracterizan por tener una estructura piramidal en la que se van reduciendo los cargos a medida que se asciende en grado. En ese sentido, la Corte Constitucional ha expuesto que la finalidad del llamamiento a calificar servicios es la renovación de la línea jerárquica institucional, así como el relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene las fuerzas militares. Su justificación se traduce en razones de conveniencia institucional, en las necesidades del servicio y en las vacantes disponibles, con independencia de las condiciones personales y profesionales de los servidores públicos que se eventualmente puedan ser llamados al ascenso.

En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios es, entonces, una facultad legítima del Gobierno Nacional, destinada a permitir la renovación del personal de las fuerzas militares y justificada en las necesidades del servicio, la conveniencia de la Institución y las vacantes disponibles, razón por la cual esta no puede ser ejercida con una finalidad diferente al mejoramiento del servicio.

En ese orden de ideas, no puede avalar este Tribunal la posición según la cual, existe una desviación de poder por el hecho de que a un militar no haya ascendido al grado siguiente, pues, como ya se explicó, no todos los miembros de las fuerzas militares tienen la posibilidad de llegar al grado más alto de la respectiva institución en la que se encuentren, sino que, están sometidos al sistema de renovación que permite la figura del llamamiento a calificar servicios, cuando estos cumplan con los requisitos para obtener en su favor una asignación de retiro.

Ahora bien, frente a los hechos concretos que generan molestia al actor, encuentra este Tribunal que, el demandante asegura que: i) no era

---

<sup>32</sup> Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990

procedente que se le retirara del servicio, cuando se encontraba ad portas de iniciar el curso de ascenso, pues, su retiro del servicio debía obedecer al hecho de no aprobar dichos estudios y no a la voluntad del Gobierno; ii) con su retiro se buscaba un fin diferente, como era beneficiar a otros militares, toda vez que él ocupaba el segundo lugar en la lista de ascenso; iii) el hecho de que el acto de retiro no expusiera una situación concreta que motivaba la decisión generaba una violación a su debido proceso; iv) el silencio frente a los motivos del retiro se debían a que estos en realidad obedecían a una sanción por la investigación disciplinaria y penal iniciada en su contra.

Respecto a lo anterior, advierte esta Colegiatura que, el primer y segundo argumento no se encuentran probados en esta instancia, como quiera que, el señor Otoniel Figueroa no demostró haber sido llamado para ascenso o pertenecer a una lista con tal finalidad. En ese sentido, se observa que, si bien al proceso se trajo como un documento emitido por la Armada Nacional en el que se le da la bienvenida a un curso, en el mismo no se informa que este corresponda al curso de ascenso. En efecto, el Oficio No. 346 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-DENAF-DAEN-DFAM-86 del 10 de diciembre de 2015, hace referencia a la iniciación de un curso de "Complementación Profesional en Administración año 2016, prevista para el 12 de enero de 2016"<sup>33</sup>.

Por otra parte, se tiene que el curso anterior inició en enero de 2016 y el actor fue retirado del servicio en mayo de 2016, por lo que esta situación no impedía la realización de la materia antes mencionada.

De igual manera, la Directora de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional manifiesto, a través de Oficio del 27 de febrero de 2018, que "el señor MYCIM (RA) Otoniel Figueroa Lozano no fue presentado para ascenso al Grado de Teniente Coronel, teniendo en cuenta que para época en que fue retirado (31 de mayo de 2016), no contaba con los requisitos mínimos de ascenso para optar al citado grado (Teniente Coronel CIM), de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000, artículo 53 y 55 (...) Adicionalmente se informa que los señores; Nelson Cano Olguin, Néstor Gallardo Gómez, Custodio García Díaz, Faiver Alfredo Osario Peña, Pablo Palacios Cruz y José Fernando Wildeman Zabaleta, no tienen puesto para ascenso a Teniente coronel, debido a que no han ascendido a ese grado. (...) En cuanto a cuál de los citados Militares fue ascendido al grado de Teniente Coronel CIM en la misma época que se presentó el señor Otoniel Figueroa, le indico que ninguno de los Oficiales ha ascendido al grado de Teniente Coronel CIM o su equivalente"<sup>34</sup>.

Además, de acuerdo con el artículo 55 del Decreto 1790 de 2000, se tiene que el actor no cumplía requisitos para ascender al grado siguiente, para la fecha de retiro, pues la norma exige el cumplimiento de 5 años de servicio en el grado de mayor, y, según la hoja de vida del accionante, este nada

---

<sup>33</sup> Folio 27 pdf 01

<sup>34</sup> Folio 97 pdf 01

más contaba con 3 años en dicho grado, pues el último ascenso fue del 5 de junio de 2013<sup>35</sup>.

En cuanto al tercer argumento, que se refiere a la violación del derecho al debido proceso, es necesario exponer que tales afirmaciones no son ciertas, toda vez que la Armada Nacional sí expuso la razón de la decisión tomada en la Resolución 4403 del 23 de mayo de 2016, cosa diferente, es que la misma no obedezca a una situación concreta, que afecte la hoja de vida del accionante en forma negativa, como este pretende indicar; y, ello es así, teniendo en cuenta el retiro por llamamiento a calificar servicio no implica una sanción al afectado, sino un relevo en la institución, por la condición jerarquizada que tiene la misma.

En cuanto al cuarto argumento, es preciso indicar que, si bien es cierto que en el proceso quedó demostrado que al actor se le adelantó una investigación penal<sup>36</sup> y disciplinaria<sup>37</sup>, por una presunta celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación; lo cierto es que, no se probó que esta fuera la razón de su retiro del servicio; menos aun si se tiene en cuenta que los hechos ocurrieron en el año 2011, se abrió la investigación en el año 2012 y fue ascendido en el año 2013 al grado de mayor; por lo que no hay una relación directa entre los hechos alegados y el llamamiento a calificar servicio, que ocurrió en el año 2016, especialmente, si se tiene en cuenta que el acto atacado motivó, no solo la discrecionalidad, sino que ya tenía el tiempo para ser acreedor a la asignación de retiro.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

#### **5.4 De la condena en costas.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*; así mismo, el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto.

---

<sup>35</sup> Folio 24 pdf 01

<sup>36</sup> Folio 104 y ss pdf 01-02

<sup>37</sup> Folio 39-57 pdf 02

Ahora bien, el Consejo de Estado ha indicado que la condena en costas<sup>38</sup> no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, "(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)". Siendo así las cosas, como quiera que en el trámite del proceso no se observa su causación, esta Sala no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## VI.- FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones previamente expuestas.

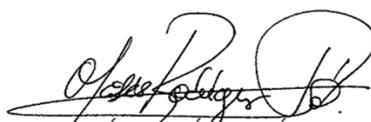
**SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte demandante; liquídense por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: DEUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 31 de la fecha.*

#### LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ<sup>39</sup>**  
En comisión de servicios

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B. Bogotá, D.C., 28 de abril de dos mil veintidós (2022). Radicado: 130012333000201500523 01

<sup>39</sup> En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.