

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2018-00243-01
Demandante	JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	RETIRO DEL SERVICIO – LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

*“Que se decrete la nulidad del acto administrativo **RESOLUCIÓN 0675 de 25 de julio de 2018** mediante el cual fue notificado de la culminación de su carrera militar activa, mediante la modalidad de calificación de servicio.*

¹ 01Demanda Expediente Digitalizado

- A. Como consecuencia de la pretensión anterior, que a la mayor brevedad sea restablecido el derecho del Sargento Segundo **JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO**, esto es, que sea reasignado a la tropa en el cargo y función acorde a su preparación militar.
- B. Que el tiempo transcurrido durante la presente causa sea tenido en cuenta para la promoción de ascenso en su carrera militar.
- C. Que sea promovido al rango militar de **SARGENTO VICEPRIMERO** de conformidad con los decretos 1700 de 2000 y 1790 de 2000.
- D. El pago completo del salario del mes de agosto de 2018, el cual equivale a **TRES MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS CON DOCE CENTAVOS (3´053.912,12)**.
- E. El pago de los salarios que se generen desde la presentación de la reclamación, y hasta la resolución de reincorporación de mi poderdante a las filas de la armada nacional.
- F. Por el daño emergente causado a mi poderdante, solicitamos una reparación equivalente a veinte (20) S.M.M.L.V. misma suma que se ha pactado como cuota fija para pago de honorarios de abogado.
- G. Por el daño psicológico objetivo, esto es, el dolor y aflicción a la cual se ha visto sometido mi cliente por el solo hecho de ser separado del servicio, pues conforme se observa en el plenario, se trata de un hombre entregado a la institución castrense y al servicio de la patria, quien ve con incertidumbre su futuro y presenta problemas emocionales por la culminación de su carrera militar, máxime que se trata de un hombre de honor, solicitamos una indemnización de 500 S.M.M.L.V. “

1.2. HECHOS

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El accionante JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO identificado con cédula de ciudadanía N° 78758550 fue notificado de la culminación de su carrera militar mediante RESOLUCIÓN 0675 de 25 de julio de 2018.
- Manifiesta que en diciembre de 2017 estuvo haciendo cursos, evaluaciones psicofísicas, y otras actividades para ser promovido de rango militar. Afirma que aprobó los mismos de forma satisfactoria, y además en el primer semestre de 2018 recibió varias felicitaciones por parte del Comandante de la Infantería de Marina N°12.
- Alega que, pese a que cumplía con todas las condiciones para el ascenso, mediante oficio N° 086 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA 2.25, con fecha del día 09 de marzo de 2018, se le informó que no fue considerado favorable para ascender de conformidad con el artículo 52 del Decreto 1790 de 2000 y el artículo 64 del Decreto 1799 de 2000.
- Sumado a lo anterior, manifiesta que no se le informó con claridad los términos para ejercer su reclamo, razón por la cual lo realizó unos días después.
- A su vez, cinco compañeros más del accionante, quienes se encontraban en igual rango militar y en cumplimiento del lleno de los requisitos de ascenso iguales, al serles negado el ascenso presentaron de forma separada reclamación ante la decisión tomada por la armada.
- Arguye el actor, que, con el llamamiento a calificar servicios, se le termina su servicio activo en la institución militar, lo cual implica la afectación de su ingreso salarial.
- Manifiesta el accionante haber entrado en crisis de ansiedad y depresión debido a la incertidumbre en la que se encuentra por la situación

anteriormente descrita; además manifiesta que se agotó la conciliación prejudicial, en la cual no se llegó a un acuerdo.

- Por último, manifiesta el actor que los demás compañeros que presentaron reclamo al igual que él, siguen en sus cargos, y a él lo usaron para enviar mensaje al resto de la tropa de guardar silencio ante las decisiones administrativas.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD

Considera la demandante que se violan las siguientes normas: Artículo 85, 138, 155, 157, 161 de la Ley 1437 de 2011; 13,23,90,91 Superior, Ley 1654; Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006 y demás normas concordantes.

Concepto de violación: Manifiesta la demandante que el acto acusado viola las normas en cita, por cuanto expresa que la motivación del acto no está en la ley sino en enviar un mensaje a la tropa de que no se aceptan reclamos a los subordinados. Manifiesta que no transcurrió mucho tiempo entre el reclamo y el llamamiento a calificar servicios, razón por la cual atribuye el retiro al reclamo realizado.

2. CONTESTACIÓN²

En la contestación de la demanda, la parte demandada se opuso a todas las pretensiones manifestando que había actuado conforme a derecho y el demandante no había probado la ilegalidad de los actos administrativos acusados.

Sustenta lo anterior, manifestando, que el actor pretende la nulidad del acto demandado solo indicando normas constitucionales y legales sin establecer con claridad el presunto vicio de nulidad a que hace referencia, que a criterio

² 07Contestacion

de la parte demandada corresponde al vicio de falsa motivación y desviación de poder.

Arguye el demandando que el actor fundamentó el vicio de falsa motivación señalando que su retiro no operó por razones del buen servicio como tampoco se tuvo en cuenta la trayectoria profesional del actor, sino que fue usado para envía un mensaje a la tropa de guardar silencio frente a las actuaciones administrativas.

Respecto de lo anterior, aclara el demandado que esta causal debe obedecer a razones de hecho o de derecho y que además quien la alega debe probarla, de acuerdo con lo dicho por la Corte, que quien aduce la falsa motivación tiene la carga de la prueba, y en el caso concreto el demandante no probó la falsa motivación.

Respecto de la desviación de poder argumenta el demandado, que el actor fundamenta esta causal basado en simples suposiciones, ya que no existe prueba siquiera sumaria que permita inferir que el retiro del actor de la institución haya sido por capricho de la entidad accionado o por razones diferentes a la renovación de las fuerzas, olvidando este que el llamamiento a calificar servicios es una figura que solo exige el cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro, aclarando que el desvío de poder es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador como así lo ha decantado el H. Consejo de Estado en sus pronunciamientos.

Aclara además el demandado, que el retiro del personal militar por voluntad de los altos mandos tanto por llamamiento a calificar servicios como por retiro discrecional, no requieren explicación de los propósitos que lo animan ya que se presumen que son expedidos para mejorar el servicio o renovar las fuerzas y que la única condición es que el accionante cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro.



Sumado a lo anterior, señaló que la carrera militar tiene una organización de tipo piramidal, es decir que va ascendiendo una cantidad del personal, pero debido a recursos limitados, toda vez que sólo está aprobado un número de personal, el número de personas que van ascendiendo en cada grado es cada vez menor. Arguye que no son suficientes las razones dadas por el demandante para solicitar la nulidad del acto, debido a que la antigüedad, superación de las evaluaciones no son los únicos requisitos, alega que es un factor muy importante su comportamiento toda vez que se trata de un miembro de la Fuerza Pública.

Manifiesta la parte accionada que el llamamiento a calificar servicios tiene como finalidad renovar los cuerpos armados, constituyéndose en una herramienta de relevo que consolida el mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes.

Así las cosas, expresa además que el ascenso no constituye una obligación, sino que es una potestad. Que los ascensos se dan de acuerdo a la necesidad de la entidad y no únicamente por la antigüedad en el servicio, la excelencia y la superación de las evaluaciones de servicio por parte del actor, pues por ser un miembro de la fuerza pública, la exigencia de su comportamiento es mayor que la de cualquier otro servidor público.

Por último, en el escrito de contestación la parte accionada presentó las siguientes excepciones:

- Presunción de legalidad del acto acusado
- Cobro de lo no debido
- Excepción subsidiaria de buena fe
- innominada

3. SENTENCIA APELADA³

³ 24Sentencia Expediente Digitalizado

En sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se negaron las pretensiones de la demanda, argumentando el fallador de primera instancia que en el caso concreto el llamamiento a calificar servicio es una facultad discrecional de la administración, por lo que el acto administrativo que así lo disponga se encuentra revestido de presunción de legalidad; además que según la jurisprudencia dicho acto por su naturaleza no requiere de motivación, ya que se presume que se ejerce dicha facultad en aras del buen servicio y quien afirma que el acto administrativo se expidió por razones diferentes, tiene la carga de la prueba a fin de desvirtuar la presunción de legalidad.

Manifestó igualmente el a quo que la idoneidad y buen desempeño en el servicio no es sinónimo de permanencia en el cargo. Aunado a lo anterior se advierte que una vez evaluada la trayectoria profesional del actor por parte de las juntas, este no fue recomendado para el curso de ascenso, sin que se hubiese evidenciado arbitrariedad o fines distintos a lo normado.

Así mismo, señaló el A quo que se encuentra acreditado que el actor tenía más de 15 años de servicio, se sometió a la Junta Asesora del Ministerio y cumplía con los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

Afirmó el a quo de igual forma que en el plenario no hay material probatorio suficiente que respalde los señalamientos realizados por el accionante, toda vez que el llamado de atención que le hicieron, no demuestra una supuesta animadversión de los superiores hacia él, sino que, el mismo hace un requerimiento a seguir el conducto regular.

También expresó que los testimonios tampoco lograron probar que las intenciones de la administración al retirar al accionante fueran distintas a obedecer un aun buen servicio y tampoco con dichos testimonios se logró probar que el propósito del acto fuera el de enviar algún mensaje a la tropa de guardar silencio frente a actuaciones administrativas relativas al ascenso.

Por otro lado, el juez en primera instancia, frente a la decisión de retirar al accionante de su cargo, dice que de conformidad con los artículos 100, literal a, numeral 3, y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 y la Resolución N° 675 de 25 de julio de 2018, en el caso concreto, el comandante de la Armada actuó dentro de su competencia y así mismo se ve manifiesta la facultad discrecional de la cual goza la administración.

Aunado a lo anterior, manifestó el A quo que la discrecionalidad antes mencionada no se encuentra por fuera del marco legal, sino que se ejerce en virtud de la misma en la medida en que ella dispone la forma en que puede ser desplegada.

Por último, frente al hecho de no darle oportunidad al accionante para que recurriera el acto, manifiesta el A quo que el acto de retiro se le notificó al demandante y que no era objeto de recursos vía administrativa. Que su expedición y notificación habilita al destinatario del mismo a acudir directamente a la jurisdicción si considera que fue expedido fuera de las razones del buen servicio, lo cual debe ser acreditado dentro del proceso.

En síntesis, el A quo resolvió:

“PRIMERO. – DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIONES propuestas por la entidad demandada de presunción de legalidad del acto administrativo, cobro de no debido y buena fe, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA presentada por JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO contra NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. – CONDENAR en costas procesales a la parte vencida, en este caso la parte demandante, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el C.G. del P. (art 365 ss.). En ese orden se reconocen agencias en

derecho en la suma de \$624.993, según lo explicado en la parte motiva.

CUARTO. – En firme la sentencia, procédase al archivo del expediente previo los registros correspondientes.

4. RECURSO DE APELACIÓN.⁴

La parte accionante en el escrito de apelación, solicita se revoque el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos.

En primer lugar, precisa el accionante que la sentencia no se pronunció sobre la totalidad de las pruebas ni la valoración de estas. Expresa que no se manifestó sobre la legalidad de la notificación de la RESOLUCIÓN 0675 de 25 de julio de 2018 y reitera lo dicho en la demanda sobre que se le negó la posibilidad de presentar recurso alguno.

Nuevamente manifiesta que el llamamiento a calificar servicios fue casi que inmediato a la reclamación presentada por el no ascenso; así que lo considera un mensaje a la tropa y una retaliación por el reclamo.

Sumado a lo anterior, declara que el A quo no se pronunció sobre el carácter de acto definitivo que tiene la RESOLUCIÓN 0675 de 25 de julio de 2018, y que de conformidad con el artículo 43 del CPACA, procede el recurso de reposición y el de apelación.

Con base en el artículo 67 del CPACA, el accionante expresa que la notificación de la resolución demandada carece de los requisitos necesarios expresos en la ley; razón por la cual de conformidad con el artículo 72 del CPACA, la notificación que tenga ausencia de requisitos no producirá efectos.

⁴ 27MemorialRecursoApelación Expediente Digitalizado



Por lo anterior, solicita el demandante que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que afirma que la misma no se pronunció de fondo sobre la ilegalidad de la resolución demandada.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante; el dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022), la apoderada de la parte demandada debido a que no existía variación probatoria, se pronunció manifestando su acuerdo con la decisión de primera instancia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

Advierte la Sala, que en el recurso de alzada, pareciera que el recurrente cuestiona la legalidad del acto de notificación (notificación que si se efectuó de manera personal -archivo digital 02Anexos fl. 4); sin embargo, la argumentación del recurso, además de comprender la ilegalidad del acto demandado, la centra también, en el hecho de que la accionada no brindó la oportunidad para interponer recursos contra el acto demandado.

Así las cosas, de acuerdo con el objeto de la apelación, la Sala identifica los siguientes problemas jurídicos:

- Establecer si el acto administrativo demandado, está viciado, por no indicar los recursos procedentes?

-Determinar, si el acto demandado; por el cual se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, se ajustó o no a la legalidad.

3. Tesis de la Sala.

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que, en primer lugar, la falta de indicación de los recursos procedentes contra un acto administrativo, no afecta su legalidad; sino que autoriza al interesado, para acudir a la jurisdicción directamente; así mismo, a juicio de la Sala, el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, se ajustó a la legalidad.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.



4.1 Del retiro del personal de las Fuerzas Militares.

El retiro del servicio activo de la Armada Nacional por llamamiento a calificar servicios, se dispuso en los artículos 99, 100 y 103 del 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”, en cuyo tenor literal establecen:

“(…) 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 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. (…)”.

Por su parte, el artículo 100 estableció las causales de retiro en los siguientes términos:

“(…) ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:



a) Retiro temporal con pase a la reserva:

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

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.
9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda. (...)" (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Y el artículo 103, sobre el retiro discrecional preceptuó:

"(...) ARTÍCULO 103. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto (...)."



De la normatividad antes transcrita se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal de los miembros de las Fuerzas Militares, es el llamamiento a calificar servicios y el único requisito que se exige para disponer esta medida es que el oficial o suboficial haya cumplido los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

4.2. Retiro por llamamiento a calificar servicios

Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro⁵.

Por su parte, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado ha definido esta causal de retiro del servicio como un instrumento para remover al personal de las instituciones militares y de policía cuando cumplan los requisitos para acceder a la asignación de retiro con el fin de facilitar la evolución institucional, indicando sobre el particular:

“(…) Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



los desafíos a los que se enfrenta una institución [...]. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos. (...).⁶

Dicha Corporación también ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares disfruten de la asignación de retiro.⁷

Por otra parte, la motivación del acto que efectúa el llamamiento a calificar servicios está dada en la ley, de modo que no es necesario que el acto administrativo exprese motivos adicionales.⁸ Frente a este aspecto la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado:

“(...) 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 años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”.⁹

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2004-00753-01 (0779-11), actor: Mario Alberto Cañas Ortega.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, sección segunda, subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10), actor: Edisson Rojas Suarez.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁹ 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.

En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, ya que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

Sobre el mismo tema, recientemente, el Alto Tribunal de lo contencioso sostuvo:

Finalmente, el Alto Tribunal de lo contencioso, en sentencia de unificación de la plena de la sección segunda, señaló¹⁰:

“Cabe anotar que el retiro por llamamiento a calificar servicios de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, tal como lo consagra el precitado artículo 3.º de la Ley 857 de 2003, procede cuando el servidor cumple los requisitos para acceder a la asignación de retiro, los cuales están consagrados en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, «por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala plena sección segunda, sentencia de unificación del 7 de abril de 2022, exp. 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016), CP. Dr. CARMELO PERDOMO CUETER.

Parágrafo 1º. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]

En aplicación de los criterios de interpretación legal señalados en la Ley 57 de 1887 , se tiene que el artículo 3.º de la Ley 857 de 2003 no impone a la Administración el deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su expedición está reglada y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en procura de mejorar el servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de la Policía Nacional o de cualquier fuerza armada por su esquema piramidal y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos . En efecto, esta Corporación, en sentencia de 20 de marzo de 2013, explicó:

Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.



En punto del tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Por lo tanto, esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante, por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, ya que se presume expedido con la finalidad de mejorar el 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».

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU- 91 de 25 de febrero de 2016, precisó su jurisprudencia acerca de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la Administración dispone el retiro de servidores de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios, así:

[...] al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales

del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

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

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

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar



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

En este orden de ideas, actualmente, coincide el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional con el de esta Corporación, en el sentido de que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios se presumen expedidos en aras del mejoramiento del servicio oficial, por lo que no es necesaria su motivación expresa, toda vez que dicho llamamiento comporta una herramienta indispensable para la renovación de los cuadros de mando de la fuerza pública, sin que esto implique una potestad arbitraria que esconda otras razones de fondo diferentes a los requisitos legales para su configuración, y en caso de que ello ocurra el afectado tendrá la posibilidad de demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, eso sí con la carga probatoria tendiente a desvirtuar la aludida presunción de legalidad.

Dicho en otras palabras, el llamamiento a calificar servicios si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y, para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse el principio de proporcionalidad (en armonía con el mandato contenido en el artículo 36 del Código Contencioso-Administrativo, hoy 44 de la Ley 1437 de 2011, tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual se presume expedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta, ni de la correspondiente recomendación de la junta asesora”.

4.3. Efectos de no indicar los recursos procedentes contra un acto administrativo de carácter particular.



De la lectura del inciso final del numeral 2 del artículo 161 del CPACA, se advierte, que si la autoridad administrativa no indica la procedencia de los recursos contra el acto administrativo de contenido particular; ello no afecta la legalidad del acto administrativo; sino que habilita al interesado par acudir directamente al juez contencioso. Sobre el tema, el Consejo de Estado¹¹, ha manifestado:

“Por el contrario, si la administración no ofrece la posibilidad de interponer el recurso aludido, quien pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo puede acudir directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ello de conformidad con el inciso 2.º del ordinal 2.º del artículo 161 del CPACA según el cual «Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral».”

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- ✓ El señor JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO prestó sus servicios en la Armada Nacional durante 16 años, 6 meses y 22 días; su último cargo fue el de Sargento segundo al servicio de la Armada Nacional. (02Anexos Fls.5 – 13)

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección, sentencia del 22 de noviembre de 2018; exp. 00845 CP. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS.



- ✓ Mediante Resolución No. 0675 del 25 de julio de 2018, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, es retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, con en forma temporal con pase a la reserva, con fundamento en los artículos 100 literal a) numeral 3 (modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016) y 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto 1790 e 2000, a partir del 25 de julio de 2018; siendo comunicada el 25 de julio de 2018. (02Anexos Fls. 1 – 4)
- ✓ Hoja de vida del accionante que acredita su vinculación, trayectoria en la Armada Nacional, ascensos, felicitaciones otorgadas, formación complementaria, cursos de ascenso, anotaciones de demerito por faltas leves. (02Anexos Fls. 5-13)
- ✓ Copia de formato con fecha 10 de mayo de 2018 en el que se destaca al señor JAMER VIDAL CALAO por su excelente compromiso como comandante del puesto militar de Santa Rosa de Lima. (02Anexos Fls 16)
- ✓ Formato de comunicación de actos administrativos de fecha 26 de julio de 2018, en la cual se deja constancia que se comunicó al actor, señor JAMER VIDAL CALAO del retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicio. (02Anexos Fls. 5-13)
- ✓ Concepto de desempeño dirigido al Teniente Coronel Heber Alfonso Sánchez Sánchez sobre el desempeño del actor JAMER VIDAL CALAO. (02Anexos Fls 17-18)
- ✓ Llamado de atención del 15 de mayo de 2018 al Sargento Segundo de I.M JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO. (02Anexos Fls 19)
- ✓ Derecho de petición elevado por el accionante ante el Contralmirante JHON CARLOS FLOREZ BELTRAN para solicitar que se estudiara nuevamente su caso para el ascenso solicitado, toda vez que manifestó haber cumplido cabalmente con los requisitos para obtener dicho ascenso. (02Anexos Fls 20-21)

- ✓ Oficio No 86 MDCGFM-CARMA –SECAR –JEDHU-JUCLA 2.25 de 9 de marzo de 2018 en el que se le notificaba al accionante que la Junta Clasificadora para selección de ascensos de Suboficiales había determinado no ascenderlo. (02 Anexos Fls 22)
- ✓ Certificado de aprobación satisfactoria del señor JAMER VIDAL CALAO del curso de capacitación avanzado para Sargento Viceprimero de Infantería de Marina. (02Anexos Fl. 40)
- ✓ Copia de orden del día 034 de 2018, en el cual se deja constancia en su artículo 432 que se felicita al señor JAMER VIDAL CALAO por su excelente desempeño al mando de la tropa durante las elecciones presidenciales (02Anexos Fls 23- 27)
- ✓ Copia de orden del día 036, en el cual se deja constancia en su artículo 459 que se felicita al señor JAMER VIDAL CALAO por resultados en inspecciones de comandos superiores, puesto de manifiesto en la excelente disciplina y presentación personal el día 26 de abril de 2018. (02 Anexos Fl 28-30)
- ✓ Copia de orden del día 020 en el cual se deja constancia en su artículo 261 que se felicita al señor JAMER VIDAL CALAO por su cumplimiento de funciones y responsabilidades inherentes al cargo. (02Anexos Fls 31-34)
- ✓ Copia de orden del día 042 en el cual se deja constancia en su artículo 525 que se felicita al señor JAMER VIDAL CALAO por la capacidad de formular y aplicar estrategias, tácticas y planes. (02Anexos Fls 35-39)
- ✓ Historia clínica del señor JAMER VIDAL CALAO con impresión diagnóstica de trastorno adaptativo. Atendido por psiquiatría. (05 HC_VidalCalao)

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De acuerdo con lo alegado en el recurso de apelación y, el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala, en aras a determinar si en efecto el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, analizará: i) si el actor fue llamado a calificar servicios para no ser ascendido; ii) si se debían anotar los motivos por los cuales fue retirado del servicio; y, iii) si la entidad tenía la carga de probar cómo se mejoró el servicio, debido a su excelente hoja de vida.

5.2.1 El llamamiento a calificar servicios como consecuencia de no haber sido ascendido.

El actor indicó en el libelo demandatorio que fue retirado de la Armada Nacional por llamamiento a calificar servicios señalando que en su retiro hubo falsa motivación y desviación de poder, por cuanto explica que su retiro no operó por razones del buen servicio y además no se tuvo en cuenta su trayectoria profesional, sino que fue usado para enviarle un mensaje a la tropa de guardar silencio frente a actuaciones administrativas.

Sobre este tema, como se citó en precedencia, la jurisprudencia contenciosa, ha reiterado, que el llamamiento a calificar servicios, si bien es una causal de retiro del servicio activo no comporta una sanción, despido ni exclusión denigrante, contrario a ello, comporta a favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales, constituyendo una garantía para el funcionario público, pues es desvinculado, en este caso, de la Armada Nacional para disfrutar su asignación de retiro así como a continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación.

No obstante lo anterior, si el actor estima que el llamamiento a calificar servicios se erige en una sanción, tiene la carga de probar que su desvinculación obedeció a otras condiciones particulares que desconocen la finalidad de dicha figura; así las cosas, como el recurrente alega que fue retirado a través de llamamiento a calificar servicios por cuanto no fue ascendido, le correspondía probar los motivos ocultos por los cuales, en su sentir, conllevaron

a su desvinculación.

Bajo ese contexto, advierte la Sala que, más allá de lo afirmado por el demandante, como no probó de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desbordaron la facultad que tiene el nominador para separar del servicio activo a quien cumplió más de 15 años en la institución, el cargo alegado no puede prosperar.

5.2.2. La motivación del acto

Afirmó el actor que su retiro fue usado por la parte demandada, la Armada Nacional, para enviarle un mensaje a la tropa de guardar silencio frente a actuaciones administrativas.

Haciendo un examen de los testimonios rendidos por los señores Ladys Ozuna, José Abel Díaz, Emerys Cabarcas Pimienta, se extrae que el actor tenía una conducta excelente, era un buen ser humano, trabajador, que aplicó para ascenso pero que le fue negado al igual que a otros suboficiales y dos meses después fue llamado a calificar servicio y retirado de la institución, de lo que se advierte que de los testimonios rendidos y las probanzas que reposan en el plenario no se puede inferir que el actor haya sido retirado del servicio por circunstancias diferentes a haber sido llamado a calificar servicio.

Respecto de la motivación de acto, debe señalarse que el Consejo de Estado precisó que no requiere motivación el acto por el cual se llama a calificar servicios al funcionario de la fuerza pública, estimando:

“(...) Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el llamamiento a calificar servicios corresponde a una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las fuerzas armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal.



Igualmente, señaló: “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 (...)”¹²

Así, cuando se trata del llamamiento a calificar servicios, la motivación del acto está dada por la ley, en consecuencia, al exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal¹³.

Ahora bien, de acuerdo con el Consejo de Estado, el llamamiento a calificar servicios atiende al concepto de evolución institucional que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo.

De otro lado, la Corte Constitucional¹⁴; también se ha pronunciado sobre la causal de retiro del servicio, denominada llamamiento a calificar servicios; informando:

“La finalidad del llamamiento a calificar servicios es la renovación de la línea jerárquica institucional, así como el relevo natural dentro del esquema

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 13001-23-31-000-2001-01396-01 (4236-14).

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU 091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU 237 del 30 de mayo de 19, MP. Dr. CARLOS BERNAL PULIDO.





piramidal de mando que tiene la Policial Nacional. 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 la Policía Nacional 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, por ejemplo, como mecanismo de sanción dentro de las fuerzas militares o de policía.” (Se destaca)

A su vez, la Corte enumeró cuáles eran los requisitos para que esta causal opere con legalidad:

“El llamamiento a calificar servicios es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un funcionario de las Fuerzas Militares y de la Policía. Según el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, dicha causal de retiro exige que la persona cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro. Con todo, esta causal no opera de forma automática al acreditarse el número de años de servicio exigidos para obtener dicha prestación, pues para tales fines, **también es necesario el concepto previo de la Junta Asesora.**

Del anterior precedente, se deben verificar los siguientes requisitos: (i) que el funcionario acredite un tiempo mínimo de servicio, en los términos del artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016[60]; y (ii) que ese tiempo lo haga acreedor a una asignación de retiro. Esto, sin perjuicio de los casos en los que es obligatorio el concepto de la Junta Asesora.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De esta manera, en la mentada sentencia de unificación, la Corte Constitucional señala claramente que el retiro por llamamiento a calificar servicios procede en tanto se cumpla con los requisitos previstos en las normas



antes vistas, esto es, **tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro, así como el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para nuestro caso de las Fuerzas Militares**, y que aunque el acto administrativo no requiere de una motivación adicional, en tanto se entiende que está dada por la ley, sí queda sujeto al eventual control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Como se dijo previamente, si se decide acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, le corresponderá al demandante probar que el acto de retiro se expidió sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que, a pesar de cumplir con dichos requisitos, el acto se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos; al respecto se hace necesario resaltar que en la sentencia **SU-091 de 2016**, se adujo lo siguiente:

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

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre



la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten." (Subrayas fuera del texto).

En resumen, según el criterio jurisprudencial vigente, el Gobierno Nacional se encuentra habilitado para expedir actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de las Fuerzas Militares y de policía, siempre y cuando se demuestre que los mismos han cumplido con los requisitos dispuestos por el Decreto 4433 de 2004¹⁵ para al reconocimiento de

¹⁵ **ARTÍCULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1º. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2º. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación. (Se Destaca)

la asignación de retiro, así como que medie recomendación de la Junta Asesora en ese sentido. Incluso, ese acto administrativo, goza de presunción de legalidad, sin embargo, ello no es óbice para que la administración explique de manera razonable dentro del proceso judicial, los motivos del llamamiento a calificar servicios, más cuando en el caso en concreto, se cuestiona por el demandante que el verdadero motivo del retiro fue enviarle un mensaje a la tropa de guardar silencio frente a actuaciones administrativas

Para el caso *sub-judice*, corresponde entonces a la Sala determinar si la RESOLUCIÓN 0675 de 25 de julio de 2018 -por medio de la cual la Armada Nacional en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Ley 1790 de 2000, retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios al Sargento Segundo JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO, lo hizo conforme a derecho, en particular si se siguió el precedente jurisprudencial fijado tanto por la Corte Constitucional para esta causal específica de retiro:

- **REGLAS FIJADAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL LA CORTE CONSTITUCIONAL:**

Regla 1. Que el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios.

Mediante Resolución No. 0675 de 25 de julio de 2018, se establece la referida causal.

Regla 2. Que el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016.

El señor JAMER ENRIQUE VIDAL CALAO prestó sus servicios en la Armada Nacional durante 16 años, 6 meses y 22 días; su último cargo fue el de Sargento segundo al servicio de la Armada Nacional.

La norma mencionada especifica:

“**Artículo 7º.** El artículo 23 del Decreto-ley 1791, modificado por el artículo 8º de la Ley 1405 de 2010, quedará así:

Artículo 23. Tiempo mínimo de servicio en cada Grado. *Fíjense los siguientes tiempos mínimos, como requisito para ascender al Grado inmediatamente superior:*

(...)3. Suboficiales:

Sargento Segundo cinco (5) años”¹⁶

Regla 3. Que la persona retirada del servicio cumpla los requisitos para obtener la asignación de retiro.

Al momento de retiro, el accionante tenía más de 15 años de servicio, como consta en las pruebas allegadas al plenario; de modo que, en aplicación del párrafo 1 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, había acreditado más de los 15 años exigidos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Regla 4. Que la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo, siempre que el mismo sea necesario.

En el presente caso, visible en archivo digital 02 Anexos Folio digital 22, se advierte Oficio No 86 MDCGFM-CARMA –SECAR –JEDHU-JUCLA 2.25 de 9 de marzo de 2018 en el que se le comunicó al accionante que la Junta Clasificadora para selección de ascensos de Suboficiales había determinado no ascenderlo.

5.2.3. De los logros académicos obtenidos por el actor.

El demandante indica que no se tuvieron en cuenta los logros académicos obtenidos a lo largo de su trayectoria, anexados en su hoja de vida para recomendar su retiro de la entidad.

¹⁶ Subrayas fuera del texto.

Es de advertir sobre este punto, que los logros académicos obtenidos por la parte actora en el desempeño de su carrera, no generan fuero de estabilidad como tampoco limitan la potestad discrecional que el ordenamiento jurídico le concede al nominador, por lo que a criterio de la Sala la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, por sí solas no son sinónimos de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario.

Respecto de lo anterior El Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 31 de julio de 1997, radicado 16128 así lo señaló:

“(...) en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio (...)”

En este orden, para esta Magistratura el acto de retiro del actor en virtud del llamamiento a calificar servicios, se expidió en atención a las normas en que debían fundarse, cumpliendo con los procedimientos establecidos por la normatividad que rige la materia; no obstante de que de acuerdo con la jurisprudencia expuesta in extenso en la presente providencia, no se requiere motivación expresa del acto de retiro; en el sub judice el acto fue motivado; además, del concepto de retiro expedido por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena; resultando la decisión razonable y proporcional para el servicio.

5.3. De no habersele dado la oportunidad de recurrir el acto



En cuanto a este motivo de inconformidad, advierte la Sala, que como se anotó en el marco normativo y jurisprudencial; de la lectura del inciso final del numeral 2 del artículo 161 del CPACA, se advierte, que si la autoridad administrativa no indica la procedencia de los recursos contra el acto administrativo de contenido particular; ello no afecta la legalidad del acto; sino que habilita al interesado para acudir directamente al juez contencioso.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia impugnada de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación a la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante¹⁷.

¹⁷ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

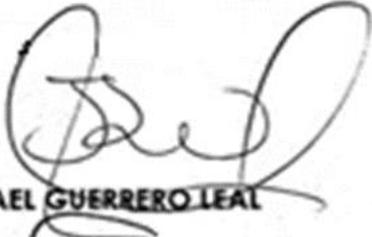
SEGUNDO: CONDENAR en Costas de segunda instancia a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia, incluyendo en ella las agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

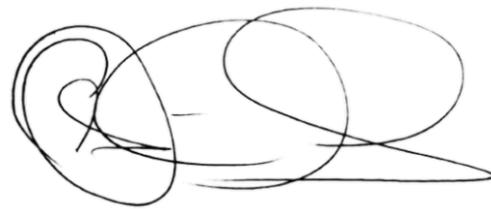
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA