

Cartagena de Indias D.T y C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-002-2017-00211-01 |
| Demandante | ALFONSO ENRIQUE LORDUY DE LA ESPRIELLA |
| Demandado | NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL |
| Tema | <i>Retiro por llamamiento a calificar servicios</i> |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018², por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

PRIMERO: Se declare la nulidad de la Resolución No. 0300 del 04 de abril del 2017, por medio de la cual se retira del servicio activo de la Armada Nacional, sin justa causa, al Sr. Suboficial Jefe Alfonso Enrique Lorduy de la Espriella.

SEGUNDO: Se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, el reintegro del actor y su ascenso al grado de jefe técnico, a partir del 4 de abril del 2017, de acuerdo con el reglamento respectivo.

TERCERO: Se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, el pago de las prestaciones sociales adeudadas al accionante, conforme al grado de Suboficial Jefe Técnico de la Armada Nacional, a partir del 4 de abril del 2017, por valor de \$37.145.740; y se condene en costas.

¹ Folio 117-119 cdno 1 (fl. 147-149 dig)

² Folio 112-114 cdno 1 (fl. 141-145 dig)

³ Folio 1-5 cdno 1 (fl. 1-5 dig)

⁴ Folio 1-2 cdno 1 (fl. 1-2 dig)

3.1.2 Hechos⁵

La parte demandante manifiesta que ingresó a la Armada Nacional en noviembre de 1994, desempeñándose como refrigerador de la fragata misilera ARC "CN RAFAEL CASTILLO Y RADA"; ascendiendo, durante toda su carrera militar, hasta llegar al grado de Suboficial Jefe en el año 2012.

Expone, que durante su vida militar recibió un sin número de felicitaciones, condecoraciones, nunca tuvo una sanción disciplinaria, se destacó siempre por su buena conducta y excelentes calificaciones; sin embargo, el Ministerio de Defensa resolvió retirarlo del servicio, mediante Resolución No. 0300 del 4 de abril de 2017.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

En la demanda se citan como normas violadas los artículos 54 de la Ley 1790 de 2000, y 12 de la Ley 1104 de 2006 que tratan sobre los requisitos mínimos para el ascenso de los suboficiales de la Armada Nacional; al respecto, el actor alega que, durante toda su carrera observó buena conducta, lo cual se acredita con las calificaciones anuales reglamentarias y relativas a los cursos o exámenes correspondientes, por lo que es merecedor de que se le reconozca su ascenso al grado de Suboficial Jefe Técnico.

En ese orden de ideas, alega que la decisión de la entidad accionada violó las normas de ascenso.

3.2 CONTESTACIÓN⁶

La Nación – Ministerio de Defensa - Armada Nacional dio contestación a la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones de la misma, alegando que el actor no había probado la ilegalidad del acto administrativo demandado, por lo que no tenía derecho a ser reincorporado al servicio.

En relación con los hechos, expuso que los mismos no le constan, en embargo explicó que el llamamiento a calificar servicios constituye una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado. Indicó que, si bien es cierto que el uniformado retirado contaba con buenas calidades profesionales, buen comportamiento y demás, ello no impedía que pudiera ser retirado del servicio, puesto que las fuerzas armadas tienen una estructura piramidal y que no todos sus miembros pueden llegar a ocupar los más altos

⁵ Folio 2-3 cdno (fl. 2-3 dig)

⁶ Folio 57-78 cdno (fl. 67-88 dig)

13-001-33-33-002-2017-00211-01

grados dentro de la institución, teniendo en cuenta que las vacantes y grados se reducen a medida que se llega a la cúspide de la escala piramidal.

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

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Por medio de providencia del 6 de diciembre de 2018, la Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena definió el asunto sometido a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

Indicó, que el llamamiento a calificar servicios no puede ser considerado como una sanción, toda vez que su finalidad es la renovación el personal de la fuerza pública, en virtud del sistema piramidal que manejan las fuerzas militares; que, además, dicho sistema de desvinculación contaba con una garantía en favor del personal retirado, toda vez que este tenía derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que pudiera satisfacer sus necesidades familiares y personales.

Explicó, que de la demanda era posible concluir que los cargos de violación alegados por el actor eran la desviación de poder y la falta de motivación.

Sostuvo, que el cargo de desviación de poder no se encontraba probado en el asunto, como quiera que, más allá de la afirmación del demandante, no obraban pruebas en el expediente que permitieran establecer que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia. Además, por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tenía la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoyaba el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 167 del CGP, en concordancia con los artículos 137, 138, 162 del CPACA. Así pues, en este caso, como el demandante no probó de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios fueran 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 tiene vocación de prosperar.

En cuanto a la motivación del acto, expuso que la misma estaba dada por la ley, por lo que la decisión adoptada por el Ministerio de Defensa no requería más indicación al respecto, toda vez que se presumía que su finalidad es el

⁷ Folio 112-114 cdno 1 (fl. 141-145 dig)

13-001-33-33-002-2017-00211-01

buen servicio, por lo que es el interesado quien tiene que demostrar lo contrario.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁸

El apoderado de la parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, alegando que en el proceso se encontraban demostradas las cualidades y calificaciones profesionales del señor Alfonso Lorduy De La Espriella, el cual tuvo durante el desarrollo de su carrera profesional, una hoja de vida intachable y con múltiples felicitaciones y condecoraciones.

Sostuvo que, en el proceso quedó demostrada la desviación de poder de la Armada Nacional, toda vez que se rindió un concepto desfavorable para su ascenso al grado de suboficial jefe técnico, sustentando que este ya contaba con el tiempo mínimo para ser merecedor de una asignación de retiro, lo que derivó en su retiro del servicio.

Afirma, que el Juzgado de conocimiento no apreció en su integralidad las pruebas recaudadas en el proceso, y se abstuvo de practicar el testimonio del Capitán de Navío Carlos Arturo Rodríguez Espinosa la cual era de vital importancia para el proceso, ya que, es en cabeza del Director de la Junta Clasificadora en que está la elaboración de la lista del personal para el ascenso.

3.3 ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta del 12 de noviembre de 2019⁹, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el recurso fue admitido por auto del 02 de marzo de 2020¹⁰, y el 5 de octubre de 2020, se corrió traslado para alegar de conclusión¹¹.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 demandante¹²: La parte actora presentó sus alegatos solicitando que se revocara la decisión adoptada en primera instancia.

3.6.2 demandado: No presentó alegatos

⁸ Folio 117-119 cdno 1 (fl. 147-149 dig)

⁹ Folio 2 cdno 2 (fl. 2 dig)

¹⁰ Folio 4 cdno 2 (fl. 4-5 dig)

¹¹ Folio 8 cdno 2 (fl. 10 dig)

¹² Folio 12 cdno 2 CD

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.

5.2 Cuestión previa

Advierte esta Corporación que, en la audiencia inicial celebrada el 6 de diciembre de 2018¹³, el Juez a quo denegó la recepción de una prueba testimonial solicitada por la parte actora, ante lo cual, esta presentó recurso de apelación, que fue concedido en la misma diligencia.

Que, en el oficio de remisión del proceso a segunda instancia, no se hizo alusión a la existencia del anterior recurso, por lo que en el auto admisorio dictado por este Tribunal el 02 de marzo de 2020¹⁴, no se dijo nada al respecto; sin embargo, el artículo 244 del CPACA establece que el recurso de apelación se resuelve de plano, una vez llegue el expediente al superior; así mismo, el artículo 323 del CGP, establece que, en caso de apelación sentencias, el superior decidirá en ésta todas las apelaciones contra autos que estuvieren pendientes, cuando fuere posible.

En ese orden de ideas, previo a decidir de fondo el asunto, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de pruebas dictado el 6 de diciembre de 2018.

Así las cosas, se tiene que, el actor en su demanda solicita que se decrete el testimonio del Capitán de Navío Carlos Arturo Rodríguez Espinosa¹⁵, quien es el Director de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, a fin de que declarara sobre las razones de hecho y de derecho que derivaron en la

¹³ Folio 112 cdno 1

¹⁴ Folio 4 cdno 2 (fl. 4-5 dig)

¹⁵ Folio 5 cdno 1 y audiencia inicial fl. 113

13-001-33-33-002-2017-00211-01

decisión de la Junta de no recomendar el ascenso del señor Lorduy de la Espriella.

El Juzgado de conocimiento decidió negar la prueba en comento, argumentando que la misma era inconducente para probar los motivos que tuvo la Junta para no recomendar el ascenso del accionante al grado superior al que se desempeñaba cuando fue retirado del servicio; expuso que las pretensiones de la demanda estaban dirigidas a cuestionar la legalidad del retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios, y de acuerdo con el panorama jurisprudencial existente podía concluir que este era un asunto de puro derecho, cuyo juzgamiento se hace conforme al marco jurídico que le sirve de soporte. En ese orden de ideas, lo que le correspondía al Juzgado era determinar si el acto administrativo estaba viciado de falta de motivación o desviación de poder, de cara a la facultad que tiene la entidad pública demandada de disponer el retiro de sus funcionarios¹⁶.

La parte actora impugnó la decisión manifestando que el testimonio en este caso sí es pertinente para este juicio, conforme lo establece la sentencia C-919 de 2005, en la que se indica que en temas de ascenso, el comando escogerá los candidatos teniendo en cuenta además de los requisitos legales y reglamentarios, “el orden de las listas de clasificación elaboradas por la Junta Clasificadora”; así las cosas, considera que es el Director de la Junta quien debe, con su testimonio, dar declaración de la lista que es elaborada por la Junta, pues la misma es reservada para entidad, toda vez que con ella es que se toma la decisión de ascenso y posterior retiro de los militares que no son ascendidos; por ello, considera que sí es importante este testimonio¹⁷.

La apoderada de la parte accionada se opuso al recurso, reiterando que el acto administrativo se ajusta a la legalidad, y por no cumplir los requisitos del artículo 212 del CGP.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, encuentra esta Corporación que, la prueba pedida por la parte actora se encuentra bien denegada teniendo en cuenta que en este evento no se está discutiendo la legalidad del acto administrativo que excluyó del ascenso al hoy demandante, sino que se trata del acto administrativo de retiro del servicio del mismo; decisión en la cual no participa la Junta de Clasificación. Así las cosas, las razones por las cuales se ascendió a un grupo de militares y a otros no, es algo que se encuentra por fuera de lo cuestionado en este asunto, pues, como ya se explicó, el acto administrativo de ascenso no fue demandado en este proceso. Además, tal

¹⁶ Min: 9:51

¹⁷ Min: 12:58

13-001-33-33-002-2017-00211-01

como se estudiará más adelante, las autoridades militares no están obligadas a ascender a todos los militares que se encuentren en determinado grado, y tampoco están obligadas a mantener a sus empleados en servicio activo de manera indeterminada, por ellos.

Es necesario recordar, que en este proceso se pretende la nulidad del acto de retiro, pues según la parte actora, existió desviación de poder en su expedición, así las cosas, lo que le corresponde al interesado es demostrar, concretamente, en qué se consistió esa desviación, puesto que el hecho de que se ascienda o no a un miembro de la fuerza pública es una facultad de la autoridad militar que en sí misma no constituye una desviación, por lo tanto, no tiene ninguna razón de ser que se escuche el testimonio solicitado en la demanda.

En mérito de lo expuesto, se confirmará el auto apelado.

5.3 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?

5.4 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 por motivos ajenos a los enunciados.

5.5 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



13-001-33-33-002-2017-00211-01

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.

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

13-001-33-33-002-2017-00211-01

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...”¹⁸.

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 concurren 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”¹⁹.

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^[61].

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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



13-001-33-33-002-2017-00211-01

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 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.**



13-001-33-33-002-2017-00211-01

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 1° 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:

- Hoja de vida del señor Alfonso Lorduy de la Espriella, en la que se advierte que el mismo contaba con un tiempo de servicio de 23 años, 5 meses y 24 días, siendo su último grado el de Suboficial Jefe. También se destaca que durante su carrera mantuvo varias condecoraciones, y ostentó buena conducta²⁰.
- Resolución 300 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual se retira del servicio activo al señor Alfonso Lorduy de la Espriella, por llamamiento a calificar servicios²¹.
- Certificado expedido por el Director de Personal de la Armada Nacional, en el que se señala que el accionante cumple con los parámetros para el llamamiento a calificar servicios²².

²⁰ Folio 6-28 y 89-102 cdno 1 (fl. 6-28 dig) – ver reverso folio 89

²¹ Folio 29-31 y 102-103 cdno 1 (fl. 29-31 dig)

²² Folio 104 cdno 1 (fl. 132 dig)

13-001-33-33-002-2017-00211-01

- Certificado expedido por el Director de Personal de la Armada Nacional, en el que se señala que el accionante tiene un tiempo de servicio de 23 años, 2 meses y 19 días²³.
- Notificación del acto administrativo de retiro del servicio, surtida el 5 de abril de 2017²⁴.

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

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad de la Resolución No. 300 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual la Armada Nacional retiró del servicio activo al señor Alfonso Lorduy de la Espriella, por llamamiento a calificar servicio; al respecto, el actor considera que es procedente su petición, toda vez que la entidad accionada afectó sus derechos al retirarlo del servicio y no permitirle su ascenso al grado siguiente, a pesar de sus excelentes capacidades.

El Juez de primera instancia, decidió no acceder a las pretensiones antes indicadas, manifestando que el actor no demostró que la resolución estuviera afectada de falta de motivación o desviación de poder. Por su parte, el señor Lorduy de la Espriella apeló la sentencia reiterando que durante toda su carrera se destacó por su bien desempeño; que la administración había actuado con desviación de poder puesto que en vez de procurar su ascenso decidió retirarlo aduciendo que cumplía requisitos para el llamamiento a calificar servicios, además, el Juez a quo no había valorado correctamente las pruebas y dejó de lado un testimonio.

En el caso de marras se tiene por demostrado que el señor Alfonso Lorduy de la Espriella, prestó sus servicios en la Armada Nacional por un término 23 años, 5 meses y 24 días²⁵, de manera satisfactoria, tal y como se evidencia en su hoja de vida, donde se ponen de presente las felicitaciones, condecoraciones y buenas calificaciones en su conducta²⁶. De igual modo, se encuentra probado que, mediante Resolución 300 del 4 de abril de 2017, el actor fue retirado del servicio activo, por llamamiento a calificar servicios²⁷.

De acuerdo con el marco normativo de esta providencia, se tiene que, la aplicación de la causal de retiro de personal de la Armada Nacional, por llamamiento a calificar servicios, solo debe cumplir los requisitos establecido

²³ Folio 106 cdno 1 (fl. 134 dig)

²⁴ Folio 107 cdno 1 (fl. 135 dig)

²⁵ Folio 106 cdno 1 (fl. 134 dig) y fl. 89 rev.

²⁶ Folio 6-28 y 89-102 cdno 1 (fl. 6-28 dig)

²⁷ Folio 29-31 y 102-103 cdno 1 (fl. 29-31 dig)

13-001-33-33-002-2017-00211-01

en la norma, es decir, solo es procedente cuando los Oficiales y Suboficiales 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 aplicable²⁸; además, debe existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, dependiendo del grado que ostente el interesado.

De lo que se encuentra probado en el asunto, encuentra 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 retiro²⁹; 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 advierte que el mismo no aplica para este evento, como quiera que el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000 establece que este es un requisito para el retiro de los oficiales, no para los suboficiales, como es el caso del actor.

Debe la Sala aclarar en este punto 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 de la parte accionante, según la cual, existe una desviación de poder por el hecho de que al señor Alfonso Lorduy de la Espriella no se le haya ascendido al grado siguiente, pues, como ya se explicó, no todos los miembros de las fuerzas

²⁸ Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990

²⁹ Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990

13-001-33-33-002-2017-00211-01

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.

Así las cosas, no es cierto que el demandante tenga alguna especie de fuero de estabilidad especial que impida su desvinculación de la entidad, puesto que, como ya se expuso la Armada Nacional cuenta con facultades discrecionales para retirar del servicio activo a los militares que ya hayan cumplido los requisitos para obtener su asignación de retiro, sin que ello implique una sanción, o la violación de sus derechos; por el contrario, con esta figura se les garantiza a el militar retirado siga percibiendo un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, lo cual, en palabras de la Corte Constitucional sería equiparable a una pensión de jubilación, permitiéndosele así, continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación.

Por último, en cuanto se refiere al último cargo de apelación, el mismo no puede prosperar, como quiera que, efectivamente la prueba testimonial solicitada por la parte actora no era conducente, ni pertinente para demostrar los supuestos de hecho alegados en la demanda.

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, que *“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”*. A su turno, 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 desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas, a la parte demandante, en segunda instancia, como quiera que la sentencia de primera instancia fue confirmada y no se acogieron los argumentos de la apelación. Las costas serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

13-001-33-33-002-2017-00211-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

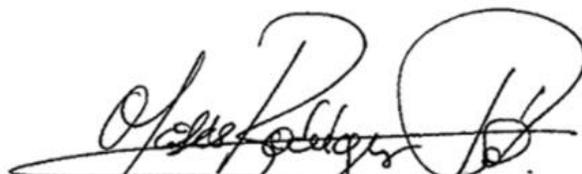
SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancias, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

TERCERO: DEVUÉLVASE 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. 20 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ