



Cartagena de Indias D, T y C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2012-00064-01
Demandante	JORGE ALVEIRO PÉREZ HERNÁNDEZ
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	RETIRO DEL SERVICIO

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Jorge Alveiro Pérez Hernández a través de apoderado judicial, solicita la nulidad de la Resolución No. 926 de 1° de diciembre de 2011, por la cual el Comandante de la Armada Nacional lo retiró del servicio por llamamiento a calificar servicio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada a reintegrarlo al servicio activo en el grado ostentado al momento del retiro del servicio y se le condene al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro, así como los respectivos ascensos.





Finalmente deprecia la declaratoria de no solución de continuidad en la prestación del servicio.

1.2 HECHOS

Se señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relacionan a continuación:

El demandante ingresó al servicio activo de la Armada Nacional y logró acumular veinticuatro (24) años, diez (10) meses y (12) días de servicio llegando a ostentar el grado de Suboficial Jefe, ocupando el cargo de Jefe técnico Asesor del Comando de la Base Naval ARC Bolívar con sede en la ciudad Cartagena.

En el tiempo de servicio y en todos sus grados, el demandante se mostró como un excelente militar, cumplidor de su deber, con excelentes calificaciones, y abundantes logros obtenidos que lo hicieron acreedor de felicitaciones, condecoraciones y anotaciones positivas que reposan en su folio de vida.

Indicó además, que nunca fue sancionado disciplinaria ni penalmente por hechos relativos al cumplimiento de su deber. Así mismo, resalta los logros administrativos, que obtuvo a lo largo de su carrera militar, lo que le permitió ser reconocido por sus superiores y por instancias administrativas que presenciaron su labor.

Aduce también, que un análisis desprevenido a su hoja de vida da cuenta de su idoneidad y preparación para prestar un excelente servicio en las filas activas de la Armada Nacional.

Indica, que fue retirado del servicio de manera inconsulta por cuanto ni la recomendación de retiro secreta, ni el mismo acto que lo dispuso, tuvieron una motivación expresa y convincente que le permitiera conocer las razones de su salida de la institución, lo que indica que no existieron motivos que lo justificaran desde el punto de vista objetivo y en especial, lo que debe sustentar el llamamiento a calificar servicios; y por ende, el acto acusado está viciado de nulidad.





2. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 30 de mayo de 2014, negó las pretensiones de la demanda al considerar lo siguiente:

La carga probatoria de la desviación de poder corresponde exclusivamente a la parte demandante, la cual no fue asumida con la suficiente integridad para demostrar que la intención del gobierno en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio, puesto que no existe ninguna prueba en tal sentido, solo conjeturas ampliamente explicadas por el libelista sin que concretaran de manera clara la causal de nulidad con sustento en las pruebas regular y legalmente aportadas al proceso, las que a juicio del A quo son insuficientes para quebrantar la presunción de legalidad del acto acusado. (Fls. 464 – 485)

3. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando sea revocada, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio, esto es, que de la hoja de vida del demandante no se aprecia en el año anterior a su retiro de la fuerza armada nacional, que haya presentado sanciones de índole alguna o llamados de atenciones, ante por el contrario, su evaluación fue satisfactoria.

Lo anterior permite colegir que el demandante en el año anterior a su retiro y a la prestación del servicio demostró eficiencias, eficacias en el cumplimiento de sus funciones, en el aspecto disciplinario y moral no figura anotación alguna que merezca censura y no milita en su hoja de vida dictamen o conceptos médicos que indiquen la carencia de aptitud psicofísica que impida la continuación en el servicio.

Por consiguiente a la hora de ser usada el retiro por la facultad discrecional por llamamiento a calificar servicio se deben valorar situaciones personales, moralidad, disciplina y eficacia en la prestación del servicio, de quien sea objeto de la medida, de modo que pueda inferirse, con base en antecedentes





comprobados y comprobables, que la permanencia del servidor en la fuerza resulta contraria al interés general, por cuanto no está acorde con lo dispuesto en el artículo 217 de la constitución nacional.

Ahora bien razones de orden presupuestal y reducción de la planta de personal, no son motivos de retiro del servicio de los miembros de las fuerzas militares, al menos en ejercicio de la facultad discrecional por llamado a calificar, por cuanto la misma se basa en otros factores, cuales son las razones del servicio dispuesto en el artículo 217 de la constitución.

El retiro por facultad discrecional lo estableció el legislador como un instrumento ágil para separar de la fuerzas a quienes no observen moralidad, disciplina y eficacia, sin trabas que son propias a un procedimiento reglado, no resulta lógico, coherente que el retiro haya ocurrido 4 años después de haber cumplido con el requisito mínimo para la asignación de retiro, es decir cuando cumplió los 15 años, en la legislación antigua de servicio en su defecto los 18 en la vigente. (Fls. 491 - 497)

4. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 27 de abril de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 4). Mediante auto del 12 de mayo de 2015 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 9).

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación y la contestación de la demanda, respectivamente (Fls. 13 - 30).

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.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en establecer si el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, se ajustó o no a la legalidad y por lo tanto, si es procedente revocar o confirmar la sentencia impugnada.

3. Tesis de la sala.

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que 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





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 279/2019
SALA DE DECISIÓN No. 001

SECCMA

Radicado No.
13-001-33-33-002-2012-00064-01

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 de 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 causal, 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 retiro¹.

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 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. (...)"²

Dicha Corporación también ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

² 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: Marlo Alberto Cañas Ortega.





por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares disfruten de la asignación de retiro.³

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.⁴ 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 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".⁵

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.

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados

- El señor JORGE ALVEIRO PÉREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Armada Nacional durante 24 años, 10 meses y 12 días; su último cargo fue el de Suboficial al servicio de la Armada Nacional. (Fls. 61 – 65)

- Mediante Resolución No. 926 del 1º de diciembre de 2011, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, es retirado del servicio activo por

³ 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.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub

⁵ Sección segunda, subsección "A", sentencia de 30 de octubre de 2013, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez.





llamamiento a calificar servicios, con en forma temporal con pase a la reserva, con fundamento en los artículos 11, 100 y 103 del Decreto 1790 e 2000, a partir del 21 de febrero de 2012; siendo comunicada el 14 de febrero de 2012. (Fls. 11 - 12)

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 pese a cumplir con el tiempo de 25 años de servicio para ser ascendido al grado de Jefe Técnico de la Armada Nacional; sobre este tema, como se citó en precedencia, la jurisprudencia de esta Corporación 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 no obedeció al relevo de los mandos y a que cumplió el tiempo de servicios, sino 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 la Armada Nacional debió indicarle los motivos que llevaron al retiro por llamamiento a calificar servicios.

A propósito de este tema, debe señalarse que el Consejo de Estado precisa que no requiere motivación el acto por el cual se llama a calificar servicios a 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 la expedición concurren razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre (...)"⁶

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 personal.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 13001-23-31-000-2001-01396-01 (4236-14).

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 091 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





Por consiguiente, no debían anotarse los motivos que llevaron al Comandante de la Armada Nacional a retirar al demandante por llamamiento a calificar servicios, toda vez que se reitera, los únicos requisitos para aplicar esta figura son haber acreditado el tiempo requerido para acceder a la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa pero en el caso de los oficiales.

Así entonces, como en el *sub judice* está acreditado el citado presupuesto, no se requería ninguna motivación adicional, ya que el actor prestó sus servicios en la Armada Nacional como Suboficial por más de 24 años.

5.2.3 De la afectación del servicio

Sostiene el recurrente que en razón a la excelencia de su hoja de vida la entidad demandada debió probar que su retiro de la Armada Nacional mejoró la prestación del servicio.

En este punto se insiste, que debido a la presunción de legalidad del acto administrativo que ordena el retiro por llamamiento a calificar servicios, la carga de la prueba la tiene el demandante, quien debe desvirtuar que la decisión de la administración no se adecuó a los fines perseguidos por la norma, esto es, que no fue retirado del servicio para el relevo en las líneas jerárquicas.

Por consiguiente, la idoneidad del actor en su trayectoria profesional como integrante de la Armada Nacional, no inhibe el ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios; razón por la cual no se comparte lo alegado por el recurrente, en consecuencia, se desestiman los argumentos del recurso de apelación y se encuentra que la decisión del A quo se ajustó a derecho.

Conforme lo anterior, se confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone

Código: FGA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017



condenar en costas a la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8° del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas de segunda instancia a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP, dentro de las que se incluirán las agencias en derecho.

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 treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Segundo 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.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MANO CHAVARRO COLPAS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL