Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-012-2017-00098-01**
Accionante	**SAMUEL CRIALES PEREZ** **Samcripe66@yahoo.es** **hcabog@gmail.com**
Accionada	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL** **Notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co** **apoyomindefensactg@gmail.com** **Susana-restrepo@hotmail.com**
Tema	**RETIRO DEL SERVICIO POR SOBREPASAR LA EDAD CORRESPONDIENTE AL GRADO.**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

TURNO AL DESPACHO: "REITERACIÓN LÍNEA - RETIRO FUERZAS MILITARES".

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)[1], proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.-ANTECEDENTES

1. DEMANDA[2].

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

[1] Folios 191-199 cdr.1
[2] Folios 2-19 cdr.1

- El señor SAMUEL CRIALES PEREZ, ingresó a la ESCUELA NAVAL DE CADETES ALMIRANTE PADILLA (Cartagena de Indias) el 1 de junio 1987.

- Mediante Decreto No. 1474 del 30 de mayo de 2003, el actor fue ascendido al grado de Mayor o Capitán de Corbeta con novedad fiscal 2 de junio de 2003.

- Mediante Resolución No. 0647 del 02 de mayo de 2006, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por facultad discrecional, fue retirado del servicio, fecha en la cual ostentaba el grado de Mayor de la Armada Nacional.

- Por medio de apoderado judicial, se interpuso demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del acto administrativo de retiro, siendo negadas las pretensiones de la demanda por el juez de primera instancia en sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, y posteriormente revocadas por el superior en providencia de fecha 19 de agosto de 2011.

- El Tribunal Administrativo de Bolívar en la providencia mediante la cual revoca la sentencia de primera instancia y resuelve declarar la nulidad de la Resolución No. 0647 del 02 de mayo de 2006, ordenó el reintegro del demandante al cargo que ocupada u otro de igual o superior categoría al que ocupada al momento en que fue retirado, sin solución de continuidad.

- El Gobierno Nacional ordenó el reintegro al servicio activo al señor SAMUEL CRIALES PEREZ, mediante Decreto No. 2046 del 02 de octubre de 2012.

- Con el fin de darle cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el demandante solicitó su ascenso al grado de Teniente Coronel con la antigüedad en el grado, teniendo en cuenta que la sentencia ibídem determinó que el demandante debía ser reintegrado al cargo que ocupaba, u otro de igual o superior categoría al que ocupada al momento de su retiro, sin solución de continuidad.

- Por medio de Oficio No. 17495/ MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-22 del 17 de diciembre de 2012, el Director de Personal de la Armada Nacional, niega la solicitud anteriormente referenciada, argumentando

que el Tribunal Administrativo de Bolívar no ordenó ascenso alguno al oficial, dado que resultaría contrario a la Ley, debido a que el ascenso no opera con el solo transcurrir del tiempo, pues debe cumplir con los requisitos de Ley, con los cuales no cumplía el demandante.

- Mediante Oficio de fecha 24 de abril de 2013, el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, comunica al Comandante de la Brigada de Infantería de Marina No. 3, que después de haber sido estudiada la hoja de vida del demandante, el Comité de Ascensos de Oficiales de Junio de 2013 no recomendó el ascenso del actor al grado de Teniente Coronel, pues no cumplía con los requisitos mínimos, conforme a lo establecido en el Decreto 1790 de 2000 artículo 53 literal c, y artículo 68.

- El demandante presenta derecho de petición, solicitándole al Director de la Armada Nacional que le indicara en que norma se amparó el Ministerio de Defensa Nacional para mantener al oficial en el grado de Mayor con 47 años de edad, debido a que en la normatividad se encuentra consagrado que no podía sobrepasar la edad de 45 años.

- El Director de Personal de la Armada Nacional, mediante oficio de fecha 20 de agosto de 2013 da respuesta a la petición anteriormente referenciada, argumentando que la norma en la que se amparó el reintegro y grado del demandante, se hizo en cumplimiento a la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

- Por medio de oficio de fecha 24 de octubre de 2013, el Jefe de la Jefatura Desarrollo Humano de la Armada Nacional, da respuesta a petición elevada por el actor para que fuera ascendido al grado de Teniente Coronel, manifestando que una vez verificados los antecedentes se estableció que para la fecha no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la Ley para ascenso.

- Mediante Decreto No. 2317 del 27 de noviembre de 2015, el Presidente de la República decretó el ascenso del demandante al grado de Teniente Coronel de Infantería de Marina, con novedad fiscal 1 de diciembre de 2015, sin reconocerle la antigüedad en el grado.

- Por medio del Decreto No 1714 de 2008, fueron ascendidos al grado de Teniente Coronel con fecha de 21 de mayo de 2008 sus compañeros de promoción.

- Mediante Decreto No. 1137 de 2013 fueron ascendidos al grado de Coronel con fecha de 1 de junio de 2013 sus compañeros de promoción.

- El Comandante de la Fuerza Naval del Caribe emite concepto positivo con relación al demandante, motivo por el cual recomienda el ascenso del oficial al grado inmediatamente superior.

- Durante el periodo comprendido entre los años 2013 y 2016 en que fue retirado por segunda vez de la Institución, el demandante asegura que recibió múltiples felicitaciones, anotaciones positivas y de mérito por parte de sus superiores.

- Posteriormente, mediante oficio de fecha 28 de abril de 2016 dirigido al Comandante de la Fuerza Naval del Caribe, el demandante informa acerca de las irregularidades que se han presentado desde el momento en que fue retirado del servicio activo y luego reintegrado, que a pesar de todas las solicitudes no fue reconocida la antigüedad, que estuvo en el grado de mayor durante 7 años, y no se dio cumplimiento integral a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

- A pesar de las reiteradas peticiones elevadas por el demandante, no fue reconocida la antigüedad en el grado, por lo tanto, quedo incurso en la causal de retiro forzoso por superar la edad en el grado de teniente coronel.

- Como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016, el Ministerio de Defensa Nacional ordenó "*retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva, por "sobrepasar la edad correspondiente al grado"* al señor demandante, por cumplir 50 años de edad, configurándose de esta manera la causal de retiro de que trata el numeral 4, del literal a) del artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016, mediante la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva al señor Teniente Coronel SAMUEL CRIALES PEREZ, por sobrepasar la edad correspondiente al grado, de acuerdo con lo previsto en el literal a) numeral 4 del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se solicita:

(i) Se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, reintegrar al demandante sin solución de continuidad, ostentando el grado y cargo que corresponda al mismo puesto dentro del escalafón de oficiales y compañeros de curso, de acuerdo a su antigüedad, para el momento de su reintegro y en el mismo cargo que desempeñaba o en otro de igual o superior categoría; (ii) se ordene a la entidad demandada a efectuar el pago de salarios, primas, subsidio familiar, subsidio de alimentación, reajustes, y demás emolumentos que dejó de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, disponiendo su ascenso en el grado que se encuentren sus compañeros de curso, una vez reúna los requisitos reglamentarios, diferentes al tiempo de servicio; (iii) que las sumas sean ajustadas tomando como base el IPC, y de conformidad con lo ordenado en el inciso 4 del artículo 187 y se reconozcan los interés liquidados de conformidad con el inciso 2 del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante afirma que el Ministerio de Defensa Nacional al expedir el acto administrativo acusado incurrió en las siguientes causales de nulidad: i) Infracción de las normas en que debía fundarse; ii) falsa motivación; y iii) desviación de poder.

De otra parte, señala como normas violadas las siguientes: artículos 2, 25, 53, 1, 13, 125 y 217 de la Constitución Política; Decreto 1790 de 2000, parágrafo artículo 52, artículo 53, artículo 55 literal a), numeral 4.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

[3] Folios 83-94 cdr. 1

La entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda, en la cual manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas, teniendo en cuenta que la entidad demandada ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso en concreto y el demandante no ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados.

Además, agrega que en el caso de marras, el señor Samuel Criales Perez cumplió la edad de 50 años en el grado de Teniente Coronel de Infantería de Marina, por lo tanto, se encontró incurso en la causal consagrada en el artículo 105 literal a) del Decreto Ley 1790 de 2000.

Así la cosas, al haber cumplido la edad de 50 años el 31 de agosto de 2016, sin haber ascendido, se encontró configurada la causal anteriormente citada, por lo cual la entidad procedió a darle cumplimiento a los mandatos legales que regulan la materia.

De otra parte, afirma que resulta claro que el Tribunal Administrativo de Bolívar, ordenó en primer lugar reintegrar al demandante al cargo que ocupaba y de no existir este, a otro de igual o superior categoría, lo cual no sucedió en su caso porque pudo ser reintegrado a su mismo cargo.

Con respecto a la expresión "sin solución de continuidad", asegura que no es para todos los efectos legales debido a que así no lo dijo el Tribunal Administrativo de Bolívar, sino que esa expresión se aplica para efectos de pagos de salarios, primas, bonificaciones, cesantías, entre otros derechos laborales de naturaleza económica.

Por último, argumenta que la causal de retiro del servicio activo se encuentra consagrada en la Ley y está relacionada con la edad del mismo en el grado que ostentaba; que queda claro que la Resolución atacada no se encuentra falsamente motivada ya que se fundó en las normas jurídicas en las cuales debía soportarse.

Excepciones de mérito o de fondo:

1. De presunción de legalidad del acto acusado.
2. Buena fe.
3. Prescripción de derechos laborales.
4. La innominada.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda, considerando que no resultaron acreditados los cargos de nulidad elevados por la parte actora contra el acto acusado, el cual mantiene íntegro la presunción de legalidad de la que gozan todos los actos administrativos.

3.2. Recurso de Apelación.[4]

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia proferida por el A quo, considerando que el procedimiento para resolver acerca del llamamiento a un curso para ascenso o retiro del personal de las Fuerzas Militares no es una facultad discrecional del Gobierno Nacional, ni de Ministerio de Defensa, ni de los Comandantes de Fuerza, sin que implique una violación al régimen especial al que están sometidos.

Agrega que no se le dio cabal cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que ordenó el reintegro del señor Samuel Criales Pérez sin solución de continuidad, pues su reintegro se llevó a cabo el 2 de octubre de 2012; sin embargo, no se tuvo en cuenta el tiempo en que estuvo por fuera de la institución para contabilizar el tiempo en el grado, viéndose obligado a permanecer un tiempo adicional en el grado de mayor y después ser ascendido sin reconocer la antigüedad en el grado, configurándose una discriminación frente a otros oficiales que si se les reconoce la antigüedad.

Aduce que resulta ilógico que aquellos oficiales que son retirados y permanecen varios años fuera del servicio y son reintegrados sin solución de continuidad se les obligue a permanecer en el grado, y ascenderlos sin reconocer la antigüedad en el grado para poder seguir ascendiendo en su carrera militar.

[4] Folios 201-211 cdr.2

Señala que el A quo acogió en su totalidad los argumentos esgrimidos por la entidad demandante sin ningún sustento probatorio para concluir que el demandante no fue ascendido por su propia culpa, contrario a lo probado en el expediente, ya que el oficial sí cumplió con todos los requisitos contemplados en el artículo 53 del Decreto 1799 de 2000 para ser llamado a curso de ascenso, incluyendo el tiempo en el grado en atención a la orden del Tribunal Administrativo de Bolívar; y por no haber dado cumplimiento integral a la misma fue que el oficial se vio incurso en una de las causales de retiro del servicio.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)[5], se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)[6], se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4 ALEGACIONES.

La parte demandante[7] presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada presentó alegatos de conclusión[8].

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. No se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo.

[5] Folio 3 cdr.2
[6] Folio 7 cdr.2
[7] Folios 10-11 cdr.2
[8] Folio 12-19 cdr. 2

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

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

En el caso concreto la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual "*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*".

2. ASUNTO DE FONDO

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿Se debe revocar el fallo de primera instancia, y por tanto declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016 por medio del cual se retiró del servicio al señor Samuel Criales Perez, por sobrepasar la edad correspondiente al grado?*

En Caso de ser afirmativo el problema jurídico anteriormente enunciado, deberá precisar la Sala *¿si el demandante, tiene derecho a ser reintegrado a la Armada Nacional sin solución de continuidad en el cargo que desempeñaba, y a aplicarle ascensos retroactivos por haber ordenado el Tribunal Administrativo de Bolívar su reintegro sin solución de continuidad?*

2.2. TESIS DE LA SALA.

La Sala sustentará que, debe confirmarse el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda; pues de conformidad con lo

expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, no le asiste razón a la demandante al pretender que se le reintegre a la entidad demandada sin solución de continuidad, ostentando el grado y cargo que correspondía al mismo puesto dentro del escalafón de oficiales y compañeros de su curso; toda vez que, el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio goza de plena legalidad al haber sido expedido de conformidad con la normatividad vigente, debido a que el actor sobrepasó la edad correspondiente al grado que ostentaba al momento del retiro.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. Del ascenso a los integrantes de las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en su artículo 217[9] establece que le corresponde a la Ley determinar lo concerniente a los reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los Miembros de las Fuerzas Militares, y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario.

El Decreto 1790 de 2000 desarrolla el artículo 217 constitucional, estableciendo las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, regulando lo concerniente a los ascensos.

Así mismo, el artículo 51[10] del Decreto ibídem, establece que para que un miembro de las Fuerzas Militares pueda ser promovido, debe satisfacer todos aquellos requisitos generales y especiales que se encuentran consagrados en la Ley; igualmente el artículo 53[11] establece que para poder ascender al grado superior, se debe cumplir con los requisitos señalados en dicha norma.

---

[9] ***"Artículo 217.*** *La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*
Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio".

[10] ***"Artículo 51.*** *Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de plata respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares"*

[11] ***"Artículo 53.*** *Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los requisitos mínimos:*
Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.
Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.
Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embargo o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalencias de la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.
Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.
Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

De otra parte, en los artículos 65, 66 y 67 del Decreto anteriormente mencionado, se establece la obligación de cumplir con todos los requisitos allí establecidos, los cuales resuelven que será el Gobierno Nacional el encargado de escoger entre los miembros de las Fuerzas Militares a quienes reúnan las condiciones generales y especificas establecidas por el Decreto.

Referente al tema de las obligaciones consagradas en la Ley, la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo[12] ha desarrollado el tema del paso del tiempo, destacando que el mismo no resulta ser un elemento suficiente para que un uniformado pueda ser ascendido.

Sin embargo, con respecto a la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para ser acreedor del ascenso, consagra una excepción la cual se encuentra establecida en el parágrafo 2 del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000[13], modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009 y el artículo 9 de la misma Ley, los cuales señalan que aquellos miembros de las Fuerzas Militares (Oficiales y Suboficiales) que hayan sido víctimas del delito de secuestro, o se encuentren secuestrados, serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que gozaban en el momento de los hechos, siempre y cuando hayan cumplido en cautiverio el tiempo mínimo de servicio exigido para ascender al grado correspondiente.

Así mismo, el Decreto 1790 de 2000 en su artículo 97 establece otra excepción, referente al ascenso de oficiales y suboficiales que han sido suspendidos de sus funciones, pero que posteriormente son restablecidos en sus cargos.

De otro lado, el Decreto ibídem en su artículo 68[14] ha establecido que para poder ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata resulta

---

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

[12] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá, D.C., tres (03) de julio de dos mil quince (2015). Radicado núero: 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247)

[13] ***"Artículo 52.*** *"Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad competente, serán ascendidos al Grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los Grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente"*

[14] *"**ARTÍCULO 68. CURSO DE ESTADO MAYOR.** Para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata; se requiere adelantar y aprobar un curso que se denominará «Curso de Estado Mayor», el cual se llevará a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia.*

necesario adelantar y aprobar un curso denominado "Curso de Estado Mayor", el cual se lleva a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia.

3.2. De la facultad para conceder los ascensos a los miembros de las Fuerzas Militares.

La Constitución Política y la Ley le ha otorgado al Ejecutivo la facultad discrecional para disponer de los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares. Es así como el artículo 189 Constitucional le entregó al Presidente de la República el servicio de conferir los grados a los integrantes de la Fuerza Pública.

De otro lado, el Decreto 1790 de 2000 en su artículo 33[15] establece que el Gobierno Nacional es quien dispone de los ascensos cuando se trata de oficiales, y que al Ministerio de Defensa le corresponde los comandos de las respectivas fuerzas para el caso de los suboficiales. Igualmente, los artículos

---

PARÁGRAFO. *Para ingresar al curso de que trata este artículo, los aspirantes seleccionados por los comandos de fuerza, deberán someterse a pruebas de admisión, de acuerdo con las disposiciones que para el efecto expida el Ministro de Defensa Nacional."*

[15] "***ARTÍCULO 33. INGRESO Y ASCENSO.*** *El ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional y el de los suboficiales por el Ministro de Defensa Nacional o los comandos de las respectivas fuerzas cuando en ellos se delegue, de acuerdo con las normas del presente Decreto.*

PARÁGRAFO 1º. *Para ingresar a las Fuerzas Militares como oficial o suboficial es condición mínima ser colombiano y soltero.*

PARÁGRAFO 2º. *Se exceptúa de la condición de soltería a los oficiales y suboficiales del Cuerpo Administrativo y del cuerpo de Justicia Penal Militar."*

47[16], 65[17], 66[18] y 67[19] del Decreto ibídem establecen la facultad del Gobierno Nacional para decidir en lo concerniente a los ascensos.

Con respecto a la facultad discrecional, el Consejo de Estado[20] ha señalado que constituye una herramienta que resulta necesaria para llevar a cabo los fines del Estado y el cumplimiento adecuado de las funciones que han sido asignadas a la administración, debido a que cuando se está inmerso en situaciones jurídicas cambiantes y complejas, resulta forzoso contar con instrumentos que permitan decidir con cierto grado de libertad como proceder.

Sin embargo, es importante hacer hincapié que dicha facultad discrecional no significa arbitrariedad, por lo que la autoridad administrativa se encuentra en el deber de ejercer la misma teniendo en cuenta los límites que han sido señalados por la Ley y la jurisprudencia.

---

[16] "***ARTÍCULO 47. APROBACIÓN DE GRADOS.*** *Los grados de oficiales generales y oficiales de insignia que confiera el Gobierno Nacional, se someterán a la aprobación del Senado de la República. Obtenida dicha aprobación, los ascensos producirán todos sus efectos desde la fecha señalada en el Decreto que los otorgó."*

[17] "***ARTÍCULO 65. ASCENSO DE GENERALES Y OFICIALES DE INSIGNIA.*** *Para ascender a los Grados de Mayor General, Teniente General y General o sus equivalentes en cada Fuerza, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Brigadieres Generales, Mayores Generales y Tenientes Generales o sus equivalentes respectivamente, que reúnan las condiciones generales y específicas que este decreto determina."*

[18] "***Artículo 66. Ascenso a Brigadier General, Contraalmirante o Brigadier General del Aire.*** *Para ascender al Grado de Brigadier General o su equivalente en cada Fuerza, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío, que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina, que posean el título de Oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el "Curso de Altos Estudios Militares" en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. "*
Parágrafo. *Para el ascenso al Grado de Brigadier General, Contraalmirante o Brigadier General del Aire del personal de Oficiales del Cuerpo Administrativo y de Justicia Penal Militar, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío, los Oficiales que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina, siempre y cuando exista la vacante en la planta de la respectiva Fuerza, que posean dos o más títulos de posgrado afines a su formación profesional, de los cuales uno por lo menos debe ser del Área Gerencial o de Alta Dirección, obtenidos de acuerdo a las normas de educación superior vigentes y además que hayan adelantado y aprobado el "Curso Integral de Defensa Nacional" en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*
Para efectos del presente parágrafo a los señores Coroneles y Capitanes de Navío del Cuerpo Administrativo y de Justicia Penal Militar, no se les exigirá el título de Oficial de Estado Mayor.

[19]"***ARTÍCULO 67. ASCENSO A CORONEL O CAPITÁN DE NAVÍO.*** *Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina.*
PARÁGRAFO 1°. *Los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que no fueren diplomados como oficiales de Estado Mayor, para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, deberán acreditar un título de posgrado en su especialidad, obtenido de acuerdo a las normas de educación superior.*
PARÁGRAFO 2°. *El requisito exigido en el parágrafo 1° del presente artículo será exigible transcurridos 2 años de la entrada en vigencia del presente Decreto, lapso durante el cual continuará vigente el consagrado en el parágrafo del artículo 63 del decreto 1211 de 1990.*
PARÁGRAFO 3°. *De acuerdo con las necesidades de las fuerzas y teniendo en cuenta la situación institucional, el Gobierno Nacional podrá exigir un curso como requisito para ascenso al grado de Coronel o Capitán de Navío."*

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

Así las cosas, el Código de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha establecido que cuando el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, se debe adecuar a los fines de la norma que autoriza a la misma facultad, y debe ser proporcional a la situación fáctica que ha servido de causa.

De la misma manera lo ha hecho la jurisprudencia, argumentando que dicha facultad debe basarse en los criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, buscando satisfacer el interés general, la consecución de los fines del Estado, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos.

3.3. De la facultad discrecional para el retiro del servicio activo de los miembros de las Fuerzas Militares.

Como ya ha sido mencionado anteriormente, la jurisprudencia y la Ley le ha otorgado al nominador la facultad discrecional para retirar del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares, basándose en criterios racionales, proporcionales y razonables.

Así las cosas, el artículo 99[21] del Decreto 1790 de 2000 establece que el retiro de las Fuerzas Militares es una situación en la cual los Oficiales y Suboficiales cesan su obligación de prestar servicios en actividad sin perder su grado militar, por disposición de la autoridad competente.

Que dicho retiro se debe someter a un 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 otra parte, el artículo 104[22] del Decreto 1790 de 2000 establece que por razones del servicio y de manera **discrecional** podrá disponer el retiro de los

[21] "***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."

[22] "***ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL.*** *Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector*

oficiales y suboficiales por cualquier tiempo de servicio, siempre y cuando exista una previa recomendación del Comité de Evaluación. En el caso de los oficiales se requiere concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Igualmente, el artículo 100[23] del Decreto ibídem establece las causales para retirar del servicio, evidenciándose en el literal a) el retiro temporal con pase a la reserva, y en su numeral 4, se configura una de las causales para retirar del servicio activo al personal de las fuerzas militares, siendo ésta sobrepasar la edad correspondiente al grado.

Posteriormente, el artículo 105[24] establece que el retiro es forzoso para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares con pase a la reserva, cuando

---

General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto."

[23] "***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 dos (2) años en el Grado de General, Almirante o General del Aire, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.
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." (Destacado fuera del texto)

[24] "***ARTÍCULO 105. RETIRO POR EDAD.*** *Es forzoso el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con pase a la reserva, cuando cumplan las siguientes edades en sus grados:*

a. Oficiales	
Subteniente o teniente de corbeta	*30 años*
Teniente o teniente de fragata	*35 años*
Capitán o teniente de navío	*40 años*
Mayor o capitán de corbeta	*45 años*
Teniente coronel o capitán de fragata	***50 años***
Coronel o capitán de navío	*55 años*
Brigadier general o contraalmirante	*58 años*

cumplan 50 años de edad y ostenten el grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata.

4. CASO CONCRETO.
4.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016 expedida por el Ministerio de Defensa (Acto acusado), por medio del cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por "sobrepasar la edad correspondiente al grado" al señor Teniente Coronel de Infantería de Marina Samuel Criales Pérez (Fls. 20, 22, 124 y 159).

- Formato de comunicación de retiro de personal al señor Teniente Coronel Samuel Criales Pérez expedida por la Armada Nacional; con fecha de notificación de 22 de noviembre de 2016 en la ciudad de Cartagena. (Fls. 23, 125 y 160)

- Certificación expedida por el Jefe de Departamento de Personal de la Base Naval A.R.C. "Bolívar", donde consta que el demandante fue miembro activo de la armada nacional, ingresando al escalafón de oficial el 1 de junio de 1991, y salió retirado con fecha 22 de noviembre de 2016, siendo su última unidad en la Fuerza Naval del Caribe, ubicada en la ciudad de Cartagena, Bolívar. (fl. 24)

- Copia de providencia de fecha 19 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Magistrado Ponente Luis Miguel

---

Mayor general o vicealmirante	*61 años*
General o almirante	*65 años*
b. Suboficiales	
Cabo Tercero, marinero segundo y aerotécnico	*30 años*
Cabo segundo, marinero primero o técnico cuarto	*34 años*
Cabo primero, suboficial tercero o técnico tercero	*38 años*
Sargento segundo, suboficial segundo o técnico segundo	*43 años*
Sargento viceprimero, suboficial primero o técnico primero	*49 años*
Sargento primero, suboficial jefe o técnico subjefe	*55 años*
Sargento mayor, suboficial jefe técnico o técnico jefe	*60 años"*

Villalobos Álvarez, en la cual declaró la unidad de la Resolución No. 0647 del 02 de mayo de 2006 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se retiró del servicio activo al Capitán de Corbeta de Infantería de Marina Samuel Criales Pérez, y se ordenó su reintegro al cargo que ocupada u otro de igual o superior categoría, al que ocupada al momento de su retiro, sin solución de continuidad. (Fls. 25-36 cdr.1)

- Decreto No. 1474 del 30 de mayo de 2003 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se ascendió a un personal de Oficiales de las Fuerzas Militares, y se evidencia que el señor demandante fue ascendido al Grado de Mayor o Capitán de Corbeta con fecha de dos (02) de junio de 2003. (Fls. 37-41 cdr. 1)

- Decreto 1714 del 21 de mayo de 2008 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se ascienden a unos Oficiales de las Fuerzas Militares, donde se evidencia que el demandante no fue beneficiario de ascenso alguno. (Fls. 42-46 cdr. 1)

- Decreto 2046 de 02 de octubre de 2012 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se da cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y se reintegra al servicio activo de la Armada al señor Capitán de Corbeta Samuel Criales Perez. (fl. 47)

- Oficio No. 7495 de fecha 17 de diciembre de 2012, mediante el cual se complementa el Oficio No. 16864/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-22, en el que se refiriere la administración, que la expresión "sin solución de continuidad" hace referencia a la inexistencia de la interrupción del tiempo aplicado a los aspectos que la ley permite, es decir, pago de haberes y reconocimiento de vacaciones, sin que se pretenda aplicar a situaciones administrativas contrarias a la ley como en el caso de los ascensos. Se indica además, que el reintegro del actor se llevó a cabo de conformidad con lo ordenado en fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, señalando que éste debía darse al mismo cargo u otro de igual o superior categoría, debiendo aclarar que el operador judicial no ordenó ascenso alguno a favor del señor Samuel Criales Perez. (Fls. 48-49)

- Decreto No. 1137 de 01 de mayo de 2013 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se ascendió a unos oficiales de las Fuerzas Militares, evidenciándose que el demandante no fue ascendido. (Fls. 50-57)

- Copia de petición de fecha 03 de septiembre de 2013 presentada por el demandante hacia la Dirección de Personal de la Armada Nacional donde solicita información acerca del fundamento legal para su reintegro a la Armada Nacional. (Fls. 58-60)

- Copia de oficio de fecha ilegible, expedido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, le informan al Comandante Brigada de Infantería de Marina No. 3, que después de haber estudiado la hoja de vida del demandante, el Comité de Ascenso de Oficiales de junio de 2013 no recomendó su ascenso al grado de Teniente Coronel de I.M., por no cumplir con los requisitos mínimos para su ascenso de conformidad con el Decreto 1790 de 2000 artículo 53. (Fl. 61)

- Copia de Oficio No. 12027 de fecha 20 de agosto de 2013 expedido por el Director de Personal de las Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional, por medio del cual da respuesta a petición presentada por el demandante, indicando que la norma en la que se amparó el reintegro y grado al actor obedeció al cumplimiento de una orden judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. (fl. 62)

- Copia de Oficio No. 14030 de fecha 20 de septiembre de 2013 expedido por el Director de Personal de las Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional, por medio del cual se da respuesta a petición presentada por el demandante, y se reitera el contenido de los oficios Nos. 17495 y 12027 en los cuales se indicó que el reintegro obedeció al cumplimiento del mandato proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar. (fl 63)

- Copia de Oficio No. 6163 de fecha 24 de octubre de 2013 expedido por la Jefatura de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional, mediante el cual se da respuesta negativa a la solicitud de ascenso al grado de Teniente Coronel de Infantería de Marina presentado por el demandante, al establecer que verificados los antecedes no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por la Ley para el ascenso. (fl. 64)

- Copia del Oficio No. 00295 de fecha 10 de enero de 2014 expedido por la Jefatura de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional, mediante el cual se da respuesta a solicitud de ascenso al próximo grado presentada por el demandante, donde reitera la respuesta dada en los oficios Nos. 17495 de 17 de fecha diciembre de 2012, 12027 de fecha 20 de agosto de 2013, 14030 de fecha 30 de septiembre de 2013, y 16163 de fecha 24 de octubre de 2013. (fl. 65)

- Copia del Oficio No. 14070812 de fecha 25 de julio de 2014 expedido por la Jefatura de Estado Mayor Comando Conjunto No. 3, mediante el cual se emite concepto favorable acerca del desempeño profesional y personal, de liderazgo y ejercicio del mando, en el cargo asignado y funciones inherentes al cargo, y una adecuada dirección de los esfuerzos y coordinación de las labores que desempeña el equipo de trabajo del demandante. (fl. 66)

- Copia de concepto personal militar propuesto para ascenso del señor Samuel Criales Pérez, expedido por el Comandante de la Fuerza Naval del Caribe, el cual establece:

  "El oficial se caracteriza por el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades propias de su cargo, demostrados en su permanente asesoría y representación de este comando en los diferentes comités operativos de restitución de tierras en la jurisdicción de Bolívar y Sucre, igualmente, en las reuniones de justicia transicional que realizan las gobernaciones de estos departamentos. Del mismo modo se destaca por el control y supervisión de la documentación de la Brim1 y el acompañamiento en materia de seguridad que se realiza a los funcionarios de restitución de tierras.

  De igual manera, se resalta su continuo y oportuno seguimiento a mantener actualizado el mapa de micro zonas y fallos emitidos por los jueces en materia de restitución de tierras.

  Finalmente se destaca por ser una persona analítica y consecuente con sus decisiones, manteniendo una personalidad definida de acuerdo a su grado, observándose un comportamiento adecuado en el ambiente militar y personal". (Fl. 67)

- Copia de Oficio No. 20160004140000673 de fecha 03 de febrero de 2016 expedido por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional,

mediante el cual se indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, a la fecha el oficial no cumple con los requisitos mínimos para ser considerado para el grado de Coronel. (Fl. 68).

- Copia de oficio No. 005 de fecha 28 de abril de 2016 dirigido al señor Contralmirante EVELIO ENRIQUE RAMÍREZ GAFARO, Comandante de la Fuerza Naval del Caribe, mediante el cual el actor solicita que se cumpla a cabalidad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar para poder ascender a Coronel con retroactividad. (Fls. 69-71)

- Copia de constancia de Nómina Mensual Activos octubre de 2016 de Teniente Coronel Samuel Criales Pérez, expedido por la División de Nóminas de la Armada Nacional. (fl. 72)

- Copia del Acta No. 008 del 14 de octubre de 2016 de sesión ordinaria de la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, donde se evidencia que, en decisión unánime, se recomendó retirar del servicio al señor Samuel Criales Pérez, por sobrepasar la edad correspondiente al grado. (fls. 126-154 y 161-175)

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente asunto la parte demandante pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016, mediante la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva al señor Teniente Coronel Samuel Criales Pérez, por sobrepasar la edad correspondiente al grado, de acuerdo con lo previsto en el literal a) numeral 4 del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que no resultaron acreditados los cargos de nulidad elevados contra el acto acusado, el cual mantiene íntegra la presunción de legalidad de la que gozan todos los actos administrativos; decisión ésta que es apelada por la parte actora, pues considera que no se le dio cabal cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que ordenó el reintegro del señor CRIALES PÉREZ sin solución de

continuidad, ya que afirma que, no se tuvo en cuenta el tiempo en que estuvo por fuera de la institución para su ascenso, lo cual a su juicio, configura una discriminación frente a otros oficiales que sí se les reconoce la antigüedad y pudieron recibir su ascenso.

Pues bien, revisado el caso de marras, se advierte *prima facie* que el acto administrativo que el demandante pretende atacar es como se dijo inicialmente, la Resolución No. 9945 del 15 de noviembre de 2016, por medio de la cual se retiró del servicio; decisión que obedeció al cumplimiento de la edad, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000 en su artículo 105, el cual consagra que es forzoso el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con pase a la reserva, cuando cumplan cierta edad.

Verificados los documentos allegados al proceso, se advierte que el demandante cumplió con el requisito establecido en los artículos 100 y 105 del Decreto 1790 de 2000 para ser retirado del servicio, por cuanto llegó a la edad de 50 años y se encontraba en el grado de Teniente Coronel de Infantería de Marina, por lo que correspondía el pase a la reserva, de conformidad con lo descrito en la norma en comento. Es de resaltar que, las dos condiciones exigidas por la normatividad se tratan de aspectos o requisitos que pertenecen a una dimensión objetiva y no podrían ser objeto de interpretación o valoración por parte del juez, simplemente requieren una constatación, como son el grado y la edad, los cuales como ya se dijo, se reunieron en el presente litigio.

En ese sentido, la decisión adoptada por la entidad demandada mediante el acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio al demandante, es decir, la Resolución 9945 del 15 de noviembre de 2016 estuvo ajustada a derecho, por lo cual el demandante no desvirtuó la legalidad que le correspondía con relación al acto acusado.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos del apelante, que hacen referencia a que la entidad demandada no le dio cabal cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que ordenó su reintegro sin solución de continuidad, puesto que afirma que no se le tuvo en cuenta el tiempo que éste estuvo por fuera de la institución para contabilizar el tiempo en el grado, lo que a su juicio fue discriminatorio, debe precisar la Sala lo siguiente:

De los elementos probatorios arrimados al plenario, se evidencia que en reiteradas ocasiones el demandante solicitó a la entidad demandada que le fuera permitido realizar el "curso de grado mayor", y se le tuviera en cuenta el tiempo en el cual estuvo retirado del servicio, dándole cumplimiento integral a una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, donde se ordenó su reintegro sin solución de continuidad, para así poder ascender al grado inmediatamente superior.

Las solicitudes anteriormente mencionadas no fueron ignoradas por la entidad, pues se evidencia que ésta resolvió sus peticiones a través de los Oficios No. 7495 de fecha 17 de diciembre de 2012, mediante el cual se complementa el Oficio No. 16864/ MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-22; No. 12027 de fecha 20 de agosto de 2013, No. 6163 de 24 de octubre de 2013; No. 00295 de 10 de enero de 2014; No. 20160004140000673 de 03 de febrero de 2016, en las cuales la administración expuso sus argumentos para no conceder el ascenso solicitado.

Así las cosas, esta Sala concluye que las respuestas emitidas al actor con relación al ascenso requerido, esto es (Oficio No. 7495 de fecha 17 de diciembre de 2012, mediante el cual se complementa Oficio No. 16864/ MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-22; No. 12027 de fecha 20 de agosto de 2013, No. 6163 de 24 de octubre de 2013; No. 00295 de 10 de enero de 2014; No. 20160004140000673 de 03 de febrero de 2016) no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala en esta oportunidad; puesto que aquellos son también actos administrativos creadores de una situación jurídica totalmente diferente al acto que dispone retirar del servicio al actor (acto acusado), y que, al no ser cuestionados en su momento, cumplieron su efecto y por consiguiente, gozan de la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Si bien la parte actora afirma que el acto administrativo enjuiciado (Resolución 9945 del 15 de noviembre de 2016), fue una situación que surgió con ocasión a la negativa del ascenso por no darle cumplimiento integral a la sentencia que ordenó el reintegro del mismo sin solución de continuidad; lo cierto es que el contenido de dicho acto lo que indica, es que se configuró el supuesto de hecho contenido en la norma (artículos 100 y 105 del Decreto 1790 de 2000) y que consagra el retiro forzoso con pase a la reserva del Oficial o Suboficial una vez llegado al grado de Teniente Coronel con 50 años de edad, situación que se cumplió en el presente caso.

Valga la pena aclarar que aun cuando los oficios por medio de los cuales se emitieron las respuestas negativas concernientes al ascenso del actor, fueron expedidos con anterioridad al acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio al mismo, no encuentra la Sala relación de aquellos con el acto que hoy se demanda; pues de las pruebas que se arrimaron y del propio acto acusado, lo que se concluye es que el actor debía ser retirado con pase a la reserva por llegar a la edad de 50 años y encontrarse en el Grado de Teniente Coronel.

Por lo anterior, se impone confirmar el fallo apelado de primera instancia, pues no desvirtuó el demandante la legalidad del acto administrativo que lo retiró del servicio por sobrepasar la edad correspondiente al grado; y en consecuencia, tampoco procede su reintegro al cargo que ostentaba sin solución de continuidad, toda vez que la resolución en mención fue expedida con base en la normatividad vigente, la cual fue previamente estudiada.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante dentro de la presente instancia, las cuales se liquidarán por el Juez 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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia, de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-012-2017-00098-01**
Accionante	**SAMUEL CRIALES PEREZ** **Samcripe66@yahoo.es** **hcabog@gmail.com**
Accionado	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL** **Notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co** **apoyomindefensactg@gmail.com** **Susana-restrepo@hotmail.com**
Tema	**RETIRO DEL SERVICIO POR SOBREPASAR LA EDAD CORRESPONDIENTE AL GRADO.**