

13001-33-33-013-2017-00149-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-33-013-2015-00149-01 |
| Demandante | EDISSON JOYA GRIMALDOS /edisson.joya@gmail.com / armaballestas1@hotmail.com |
| Demandado | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL |
| Tema | ASCENSO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES- facultad discrecional. |
| Magistrada Ponente | JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL |

TURNO AL DESPACHO: 19 DE FEBRERO DE 2019

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA².

1.1.1. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor EDINSSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS a través de apoderado judicial, solicita la nulidad del acto administrativo N° 15955-MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA 2.25 de fecha 08 del mes de agosto de 2014, proferida por la Dirección de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, por medio de la cual se resolvió negarle el ascenso al demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene la entidad demandada (i) ascender al demandante al cargo de Suboficial Tercero conforme al Sistema de Escalafón de la Armada Nacional; (ii) reconocer y pagar a favor del demandante la diferencia resultante del salario básico y las prestaciones sociales de un marinero primero y el de un suboficial tercero, desde la fecha en que se hizo efectivo el ascenso de sus demás compañeros con Resolución N° 0191 del 25 de febrero de 2014 hasta cuando se haga el

¹ Folio 512-520 cdr.3.

² Folio 1-51 cdr.1.

13001-33-33-013-2017-00149-01

respectivo ascenso y pago de las obligaciones salariales; (iii) se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, que se ajuste el valor de la condena y que se imparta cumplimiento a la misma en los términos de los artículos 189, 192 y 193 del CPACA.

1.1.2 HECHOS

Se señala como fundamentos facticos que la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS se encuentra vinculado sin solución de continuidad a la Armada Nacional desde el 11 de enero de 2006 como marinero segundo en el cargo de radarista.
- El señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS en desarrollo del Servicio militar y de sus funciones en el cargo, tuvo un accidente laboral sin complicación alguna, realizándosele una junta médica laboral por los representantes de Sanidad de la Armada Nacional del Hospital Naval de Cartagena, que lo declaró apto para el servicio y ordenó su reubicación laboral.
- Dentro del curso de ascenso para suboficial tercero de marzo de 2014, a pesar de cumplir con los requisitos que exige el Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el Decreto- Ley 1428 de 2007, la institución militar incurrió en un error por la vía de hecho al no ascender al señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS, pues el acto que toma tal determinación no fue motivado ni razonado, violando con ello el debido proceso.

2. Contestación de la demanda³

La entidad demandada contestó la demanda, dentro del término legal establecido para ello, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas, por considerar ha actuado conforme a la normatividad aplicable al demandante.

Así mismo, sostuvo que, en el proceso de la referencia, la parte accionante no ha probado la legalidad o nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia de ello no tiene derecho a ascenso alguno, ya que no cumplió con los requisitos establecidos

³ Folio 62-111 cdr.1.

13001-33-33-013-2017-00149-01

legalmente para obtenerlos, cuestión que mantiene incólume dicho el acto administrativo por medio del cual se le negó el ascenso. Propuso como Excepción, las siguientes:

1. PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO
2. COBRO DE LO NO DEBIDO
3. BUENA FE
4. PRESCRIPCION
5. INNOMINADA

3. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), accedió a las pretensiones de la demanda y en la parte resolutive estableció:

“PRIMERO. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 159555 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, en el sentido que el ascenso al grado de Suboficial Tercero del señor Edison Yobanny Joya Grimaldo, debió proceder desde el mes de septiembre de 2014.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional:

2.1 Tener para efectos de tiempo, antigüedad y ascensos futuros del señor Joya Grimaldos el grado de Suboficial Tercero de la Armada Nacional desde septiembre de 2014.

2.2 Pagar salarios y prestaciones legales con los incrementos de Ley, al señor Edison Yobanny Joya Grimaldos en el grado de Suboficial Tercero en la Armada Nacional dejados de percibir desde septiembre de 2014 hasta el día inmediatamente anterior a su ascenso ordenado en el acto administrativo N°.0889 de 31 de agosto de 2016.

Las sumas que se reconozcan al señor suboficial Edison Yobanny Joya Grimaldos, se ajustarán de conformidad a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde septiembre de 2014 hasta el día inmediatamente anterior a su ascenso ordenado en el acto administrativo N°. 0889 de 31 de agosto de 2016, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Para lo anterior se deberá tener en cuenta el sueldo básico mensual de acuerdo al grado y las prestaciones sociales, con los reajustes de Ley, causados desde septiembre de 2019 hasta el día inmediatamente anterior a su ascenso ordenado en el acto administrativo No. 0889 de 31 de agosto de 2016."

4. Recurso de Apelación⁴

La **parte demandada** presentó escrito contentivo del recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia en el proceso de la referencia, dentro del término legal para ello, solicitando la revocatoria de la misma y, que en su lugar sea absuelta de las declaraciones y condenas allí establecidas, por cuanto el demandante se encontraba bajo incapacidad laboral permanente, cuestión que impidió llevar su caso a comité hasta tanto no terminaran las incapacidades médicas o dicha condición cambiara, lo cual ocurrió el 15 de febrero de 2016, cuando al demandante le es notificada la incapacidad permanente del servicio por excusa de ejercicio, es decir que la autoridad médica consideró que ya estaba en condiciones para reintegrarse al servicio.

Posteriormente, el caso del accionante fue llevado al comité de reubicación laboral de la armada nacional el 19 de mayo de 2016, en el cual se acogió la recomendación de reubicación dada por las autoridades médicas laborales y se consideró su reubicación para desempeñar funciones de tipo administrativo logístico o de mantenimiento, dadas las limitaciones físicas que le impiden la ejecución y cumplimiento de los cargos y funciones asignadas en el cuerpo y especialidad al cual pertenecía.

Así mismo, en el acta del comité de reubicación, se determinó que por las limitaciones que el demandante presentaba no era viable su continuidad como suboficial de cuerpo de mar, por cuanto una de las limitaciones

⁴ Folio 522-541 cdr.3.

13001-33-33-013-2017-00149-01

dadas por el médico especialista en salud ocupacional era no ser embarcado en unidades de flote ni mayores ni menores y la capacidad psicofísica establecida en el artículo 2 del Decreto 1796 de 2000, está dado en consideración al cargo y funciones. Además, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de Decreto 1495 de 2002 para continuar ascendiendo debía cumplir tiempo de embarque, lo cual en el caso en particular no era viable.

Finalmente precisó que el demandante fue ascendido a Suboficial el 31 de agosto de 2016, fecha en la cual adquirió la aptitud para ascenso exigida en el artículo 54 de Decreto 1790 de 2000.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil dieciocho (2018)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada. Mediante auto del treinta (30) de noviembre dos mil dieciocho (2018)⁶.se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. Alegaciones

La entidad demandada⁷, presentó alegatos de conclusión.

La Parte Demandante no presentó alegatos finales.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

II. 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 ordenado por el artículo 207 CPACA. Sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como es esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

⁵ Folio 4 cdr.4.

⁶ Folio 8 cdr.4.

⁷ Folio 10-14 cdr.4.

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.

3.2. ASUNTO DE FONDO

3.2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que los problemas jurídicos, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si para la época en que se expidió el acto administrativo demandado, la calificación de la capacidad psicofísica en la que se fundamentó, producía efectos legales y en caso que fuera negativo, podría declararse su nulidad?

¿En caso que, la respuesta al primer problema jurídico, fuese la nulidad del acto administrativo, habría lugar a ordenar el ascenso al señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDO, y al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir?

3.3. Tesis de la Sala

La sala anulará el acto administrativo demandado por considerar que se encuentra estructurado en una falsa motivación y negará el restablecimiento del derecho invocado por considerar que la decisión de ascender a los miembros de la fuerza pública es una potestad discrecional que reposa en forma exclusiva en el ejecutivo.

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

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. Del ascenso de los miembros de las Fuerzas Militares.

El artículo 217 de la carta política⁸ señala que corresponde a la ley no solo determinar lo relativo a los remplazos, ascensos, derechos y obligaciones de

⁸ "ARTICULO 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,

13001-33-33-013-2017-00149-01

los miembros de las FUERZAS ARMADAS MILITARES, sino también lo referente a su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario.

El referido artículo se encuentra desarrollado en el Decreto 1790 de 2000 mediante el cual “se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las FUERZAS MILITARES”, estableció en sus artículos 51⁹, 52¹⁰, 54¹¹ y 55¹² las condiciones para el ascenso, requisitos comunes de ascenso, requisitos mínimos para ascenso de suboficiales y el tiempo de servicio en cada cargo.

De igual forma, la obligación de cumplir con la totalidad de los requisitos prescritos en la ley se colige también la lectura de los artículos 65, 66, y 67 del Decreto 1790 de 2000, los cuales establecen que el gobierno nacional escogerá para el ascenso entre quienes reúnan las condiciones generales y específicas establecidas por dicho Decreto.

Así mismo, dicha obligación ha sido igualmente reiterada por la jurisprudencia del H. Concejo de Estado¹³, la cual ha resaltado además que el ascenso de los miembros de las fuerzas militares no opera por el simple paso del tiempo, pues se requiere el cumplimiento de todos los requisitos y condiciones exigidos en la ley.

No obstante, la exigencia de cumplir con todos los requisitos dispuestos en el ordenamiento para ascender, hallan su excepción en los casos regulados en el artículo 52 del Decreto 1790 del 2000¹⁴, modificado por el artículo 1 de

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”

⁹“ARTÍCULO 51. *CONDICIONES DE LOS ASCENSOS*. 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 planta 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.”

¹⁰“ARTÍCULO 52. *REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO*. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.

(...)”

¹¹“ARTÍCULO 54. *REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE SUBOFICIALES*. Los suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

(...)

c. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.

(...)”

¹² ARTÍCULO 55. *TIEMPOS MÍNIMOS DE SERVICIOS EN CADA GRADO*. Fijanse los siguientes tiempos mínimos de servicios en cada grado como requisito para ascender al grado inmediatamente superior.

(...)

B) Suboficiales.

1. Cabo Tercero. Marinero Segundo o Aerotécnico tres (3) años.

2.- Cabo Segundo. Marinero Primero o Técnico Cuarto tres (3) años (...)

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de febrero de 2017.Rad.25000-23-37-000-2016-02052-01.

¹⁴ARTÍCULO 1o. Modifíquese el parágrafo 2o del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000, el cual quedará así:

13001-33-33-013-2017-00149-01

la ley 1279 de 2009 y el artículo 9 de la misma ley. En ese sentido, las normas señaladas establecen que los oficiales y suboficiales que hayan sido víctimas del delito de secuestro, o se encuentren actualmente secuestrados, serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro, en cuanto hayan cumplido en cautiverio con el tiempo mínimo de servicio exigido para el correspondiente grado.

Igualmente, otra excepción la establece el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, el cual dispone el ascenso de oficiales y suboficiales que han sido suspendidos de sus funciones, pero posteriormente restablecidos en sus cargos. En este caso, la norma exceptúa a estos uniformados de cumplir con el requisito de comando de tropas o el tiempo de embarco, mando u horas de vuelo.

Finalmente, cabe resaltar que el H, Consejo de Estado¹⁵ ha sostenido que siempre que existan vacantes y las necesidades o conveniencias institucionales que permitan que proceda el ascenso, se deberá contar con un concepto favorable de la junta clasificadora, pues teniendo en cuenta el artículo 44 del Decreto 1799 de 2000¹⁶ que establece dentro de sus funciones la competencia para hacer la clasificación para ascenso de los suboficiales de las Fuerzas Militares¹⁷, según su calidad y desempeño profesional.

4.2 DE LA TITULARIDAD PARA OTORGAR LOS ASCENSOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

Según lo establecido en la constitución y la ley, es la rama ejecutiva la que tiene la facultad para conferir los ascensos de los miembros de las fuerzas militares. En efecto, el ARTÍCULO 189 de la Constitución Política de Colombia concedió al Presidente de la Republica la función de otorgar grados a los integrantes de la Fuerza Pública, así como la obligación de someter a la aprobación del Senado los que corresponden a los oficiales generales y de insignia, hasta el grado más alto¹⁸.

Los Oficiales y Suboficiales de la 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."

¹⁵ Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de febrero de 2017. Rad.25000-23-37-000-2016-02052-01.

¹⁶ "Ver Decreto 1799 de 2000 por el cual se dictan se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones."

¹⁷ ARTICULO 44. FUNCIONES. La junta clasificadora tiene las siguientes funciones:

a. Clasificar para ascenso los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
(...)"

¹⁸ Ver artículo 47 del Decreto 1790 de 2000.

Por su parte, el artículo 33 del Decreto 1790 de 2000 establece que los ascensos son dispuestos por el Gobierno Nacional cuando se trata de oficiales, o por el Ministerio de Defensa Nacional, o los comandos de las respectivas fuerzas, para el caso de los suboficiales. Adicionalmente, la titularidad del Gobierno Nacional para disponer de los ascensos se encuentra también reconocida en los artículos 47, 65, 66 y 67 ibídem.

Ahora bien, en lo relacionado con la naturaleza de dicha facultad, es necesario determinar si se trata de una potestad reglada o discrecional.

Si bien en algunos casos la administración debe actuar de tal manera que esta no tiene otra alternativa que obrar en la forma indicada o establecida por el mandato legal (facultad reglada), en otros eventos, puede suceder que el ordenamiento le confiera la autonomía o libertad para que, de acuerdo con las circunstancias de hecho, la oportunidad o conveniencia general, establezca como ejercer la competencia (facultad discrecional), cuestión que ha sido reiterada por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado¹⁹.

Así las cosas, en lo que atañe a la facultad discrecional se ha determinado que esta constituye una herramienta necesaria para la consecución de los fines estatales y el correcto cumplimiento de las funciones que le han sido establecidas a la administración, pues esta, en un contexto de variables y complicadas relaciones jurídicas, debe contar con instrumentos que le permitan resolver con algún grado de libertad cómo proceder. De igual manera, la potestad discrecional permite a la administración solventar de mejor manera los casos particulares a los que debe enfrentarse.

En ese sentido, el H Consejo de Estado²⁰, ha resaltado que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo tanto, la autoridad administrativa debe ejercerla dentro los límites señalados por la ley y la jurisprudencia.

Así mismo, la jurisprudencia nacional ha señalado que la potestad discrecional debe adelantarse bajo criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad²¹, buscar la satisfacción del interés

¹⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha 03 de julio de 2015. Rad. 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

²⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha 03 de julio de 2015. Rad. 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

²¹ Sentencia SU-053/2015. Corte Constitucional.

13001-33-33-013-2017-00149-01

general²², consecución de los fines del Estado²³, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos.

4.3. De la acreditación de aptitud de capacidad psicofísica para ascenso de los miembros de las Fuerzas Militares y los organismos encargados de clasificarla

La capacidad psicofísica, es definida por el artículo 2 del Decreto-Ley 1796 de 2000²⁴ como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

De igual manera, tenemos que, la norma en cita, en su artículo 3 establece que la capacidad psicofísica se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto, la cual será emitida por los médicos de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional y, significan lo siguiente:

- i. Es **apto** quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.
- ii. Es **aplazado** quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.
- iii. Es **no apto** quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

El organismo médico-laboral encargado de clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio es la Junta Médico-Laboral²⁵. Además, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión, conocerá en última instancia de las decisiones que tomen dichas Juntas, a efectos de ratificarlas, modificarlas o revocarlas.²⁶

²² Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 09 de febrero de 2012. Rad.68001-23-15-000-2001-01079-02. (2190-10).

²³ Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 27 de junio de 2012. Rad.52001-23-31-000-1997-08715-01. (21023).

²⁴ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"

²⁵ Ver artículo 21 del Decreto 94 de 1989 y el artículo 14 de Decreto 1796 de 2000

²⁶ Ver artículo 25 del Decreto 94 de 1989 y el artículo 21 de Decreto 1796 de 2000

Así las cosas, el literal c del artículo 54 del Decreto 1790 de 2000, establece como requisito mínimo para el ascenso de suboficiales la acreditación de aptitud psicofísica, cuestión que indica que, sin ella, el Ejecutivo puede abstenerse de ascender al aspirante.

4.4. De la vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica

El artículo 4 del Decreto 94 de 1989²⁷ establece la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica en los siguientes términos:

- i. Los exámenes médicos, sociológicos y de laboratorio para ingreso tienen una validez máxima de 60 días a partir de la fecha en que fueron practicados.
- ii. El concepto de capacidad psicofísica es válido por un término de 90 días, durante el cual dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales y, posteriormente continua vigente hasta cuando se presenten circunstancias del servicio que obliguen a efectuar una nueva calificación de la capacidad psicofísica.
- iii. El examen para retiro tiene carácter definitivo y debe practicarse en todos los casos.
- iv. El examen médico de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los 60 días anteriores a su desacuartelamiento.

En el mismo sentido, se estableció en el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000²⁸ que los exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados a los miembros de la Fuerza Pública, tienen validez de 2 meses contados a partir de la fecha en que fueron practicados y, que, el concepto de capacidad psicofísica es válido por un término de 3 meses y sobrepasado dicho término, el concepto continuará vigente hasta que, por circunstancias del servicio, sea necesaria una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

²⁷ "Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional"

²⁸ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"

13001-33-33-013-2017-00149-01

El Consejo de Estado²⁹ sobre la vigencia de los conceptos de las Juntas Médico Laborales ha dicho:

“En el caso concreto al actor se le practicó Junta Médico Laboral, el 17 de enero de 2003, mediante la cual se le señaló un porcentaje de disminución de su capacidad sicofísica equivalente al 49%, con incapacidad permanente parcial, y declaración de no apto para desempeñar satisfactoriamente las funciones propias de la vida militar. No obstante, lo anterior, se advierte que el acto por medio del cual se le retiró del servicio, esto es la Resolución No. 01118 de 28 de mayo de 2004, fue expedida catorce meses después de la realización de la citada Junta Médico Laboral que determinó su incapacidad sicofísica (fls. 8 a 9 y 11, cuaderno No.1). Bajo este supuesto, y de acuerdo con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, la administración no podía fundamentar el retiro del actor con base en el dictamen de una Junta Médico laboral que no tenía validez debido a su ineficacia por el transcurrir del tiempo. En efecto, la expedición de la Resolución No. 01118 de 28 de mayo de 2004, vulneró el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 toda vez, que el retiro del actor sólo se podía dar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le practicó la Junta Médico Laboral. A lo antes expuesto, se suma el hecho de que, según la norma en cita, una vez transcurrieron los tres meses después de habersele practicado al actor la Junta Médico Laboral este recobró el concepto de aptitud para la prestación del servicio policial, hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica. Así las cosas, la Dirección de la Policía Nacional tampoco podía retirarlo del servicio, y mucho menos invocar como causal la disminución de su capacidad sicofísica, cuando quedó visto que se encontraba apto para la prestación del servicio policial, sin incurrir como lo hizo en el vicio por falsa motivación al expedir la Resolución No. 01118 de 2004... En esa medida se observa que queda desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto demandado que se basó en la causal de disminución de la capacidad sicofísica, lo que impone revocar el fallo de primera instancia. “

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados

- Oficio No. 15955 de fecha 08 de agosto de 2014, por medio del cual se notifica al accionante que el comité de ascenso de suboficiales de septiembre de 2014, no recomendó su ascenso al grado

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 7 de octubre de 2010. Expediente con radicación interna 0319-09. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve

13001-33-33-013-2017-00149-01

inmediatamente superior, toda vez que no cumplió con los requisitos mínimos para ascenso establecidos en el literal c del artículo 54 del Decreto 1790 de 1990³⁰. (acto demandado)

- Acta de junta médico laboral No. 20 de fecha 29 de enero de 2014, realizada al accionante y registrada en la Dirección de Sanidad Nacional de la Armada³¹, por medio del se consideró lo siguiente:

“CONCLUSIONES

A- Antecedentes-Lesiones-Afecciones-secuelas

1.- *Reconstrucción de ligamento cruzado anterior, remodelación meniscal, condroplastia patelar, deja dolor con el uso de escaleras y marchas prologadas.*

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísicas para el servicio.

La(s) anterior(es) le determinan INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. NO APTO – SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de la capacidad laboral de DIECIOCHO PUNTO CERO POR CIENTO (18%). (...)

- Copia autenticada del programa de personal de desempeño en el cargo, teniendo como lapso evaluable 05/07/2013 al 28/02/2014, el cual tiene como objetivo y logros a alcanzar, los siguientes³²: 1. OBTAR POR EL TITULO DE ESPECIALISTA TECNOLOGICO ACUERDO A MI ESPECIALIDAD, CUMPLIENNDONDO CON TODOS LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ICFES Y LA E.N.S.B. PARA TAL FIN. 2. CULMINAR CON LOS CURSOS Y PROYECTOS ESTIPULADOS POR LA DIRECCION DE E. N. S. B.
- Copia autentica de acta de grado No. 3170 del 14 de diciembre de 2012, en el cual consta que se le confirió título de TECNOLOGICO NAVAL. EN ELECTRONICA con énfasis en RADAR AL SEÑOR EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS³³.
- Oficio de fecha 21 de agosto de 2015, expedido por el director de la junta calificadora de la Armada Nacional, a través del cual se

³⁰ Folio 12 y 87 cdr.1.

³¹ Folio 24-27, 94-97 y 130-134 cdr.1.

³² Folio 31-46 cdr.1.

³³ Folio 47 cdr.1.

13001-33-33-013-2017-00149-01

determinó³⁴: “Con toda atención me permito informarle que el Comité de Ascenso de Suboficiales de septiembre de 2015, no recomendó su ascenso al grado inmediatamente superior, acuerdo Decreto 1790 de 2000 artículo 54, literal “c”, ACREDITAR ACTITUD PSICOFISICA REGLAMENTO VIGENTE”. (modificado por el artículo 12 de la ley 1104 de 2006), de conformidad a oficio No. 20150423670216301 (...) del 27 de julio de 2015”.

- Oficio de fecha 23 de julio de 2014 expedido por el subdirector de servicios de salud de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares por medio del cual se realizó en informe de aptitud psicofísica para ascenso en el mes de septiembre de 2014 de un personal de suboficiales, en el cual se determinó que de acuerdo con los antecedentes médicos laborales realizado a un personal de Suboficiales, el demandante, entre otros, no estaba apto para el ascenso³⁵.
- Hoja de vida del señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS³⁶.
- Acta de Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía de fecha 17 de febrero de 2016, realizada al accionante y registrada el libro del Tribunal Médico³⁷.
- Acta No. 029 comité de reubicación laboral del señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS de fecha de 19 de mayo de 2016, del cual podemos resaltar que se acataron las recomendaciones dadas por la Junta Médico Laboral, en el sentido de reubicar al accionante para desempeñar funciones de tipo administrativo, logístico y / o mantenimiento³⁸
- Resolución No. 0889 de 31 de agosto de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, se dispuso ascender al señor EDINSSON YOBANNY JOYA GRIMALDOS al grado de Cabo Primero o Suboficial Tercero desde el 1 de septiembre del 2016³⁹.

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

³⁴ Folio 83 cdr.1.

³⁵ Folio 88-90 cdr.1

³⁶ Folio 105-111 cdr.1

³⁷ Folio 136-142 cdr.1

³⁸ Folio 504-505 cdr.3.

³⁹ Folio 507-509 cdr.3.

13001-33-33-013-2017-00149-01

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de la Resolución No. 159555 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, en el sentido que el ascenso al grado de Suboficial Tercero del señor Edison Yobanny Joya Grimaldo, debió proceder desde el mes de septiembre de 2014.

Lo anterior, por cuanto en opinión del A quo para el momento en que el comité de ascenso tuvo en cuenta el concepto de no aptitud emitido por la junta médico laboral de las fuerzas militares de Colombia – Armada Nacional, ya no se encontraba vigente, toda vez que el mismo tenía una vigencia para tomar decisiones de 3 meses, los cuales se cumplieron el 31 de mayo de 2014.

El escrito de apelación suscrito por la Armada Nacional, afirma que el señor Edison Yobanny Joya Grimaldo, se encontró bajo incapacidad laboral permanente durante los años 2014, 2015 y primer semestre del año 2016, por lo que no fue considerado para ascensos en los períodos de marzo y septiembre de los 2014 y 2015 y en marzo de 2016, por cuanto su calificación de aptitud psicofísica siguió siendo de NO APTO.

Asegura la parte demandada que el mero paso del tiempo no es suficiente para el ascenso de la fuerza pública y reclama que los mismos son una potestad discrecional de la entidad y solo es procedente en el evento que se cumplan todos los requisitos legales.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

En el análisis a proveer, la Sala abordará en primer orden la validez en el tiempo de los conceptos sobre la capacidad psicofísicas de las Juntas Médicas Laborales, para luego determinar si hay lugar a un reconocimiento de derecho en el caso aludido.

5.2.1. Validez en el tiempo de los conceptos de las Juntas Médicas Laborales.

Al respecto se precisa en el expediente el acta de la Junta Médico Laboral No 20 de fecha 29 de enero de 2014 registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, notificada el 31 de enero de 2014, en donde, entre

13001-33-33-013-2017-00149-01

otras cosas, se califica la capacidad psicofísica del señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDO, como NO APTO y se recomienda su reubicación laboral.

Se evidencia en el plenario que este acto administrativo no fue objeto de solicitud de revisión por parte del interesado luego, debió quedar ejecutoriado el día 31 de mayo de 2014.

Se observa igualmente que obra en el proceso la Resolución No. 15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, expedida por la Dirección de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, por medio del cual se decidió no recomendar el ascenso al señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDO, de marinero primero a Sub Oficial Tercero, pues no cumplía con los requisitos del artículo 54 literal c) del Decreto 1790 de 2000, esto es “acreditar aptitud psicofísica de acuerdo a reglamento vigente”, acto administrativo que le fue notificado el día 21 de agosto de 2014.

Ahora bien, de acuerdo al contenido del artículo 7 del Decreto 1790 de 2000, que establece la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica para producir efectos legales en tres (3) meses contados desde que le fueron practicados, se deduce que para el ocho (08) de agosto de 2014, fecha de expedición de la Resolución No.15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25, la calificación de la capacidad psicofísica de la Junta Médico Laboral No 20 de fecha 29 de enero de 2014 y notificada el día 31 de enero de 2014, se encontraba sin efecto legal.

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), señala que será nulo todo acto administrativo cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

La Resolución No.15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25, proferida por el Comité de Ascenso de Suboficiales de fecha ocho (08) de agosto de 2014, se fundamentó en un dictamen médico que, si bien conservaba su vigencia hasta cuando se presente un evento del servicio que imponga una nueva calificación de la capacidad psicofísica, también es irrefutable su incapacidad para producir efectos jurídicos, por expresa disposición legal.

En este sentido, la Armada Nacional, no podía soportar en un concepto

13001-33-33-013-2017-00149-01

médico sin efectos legales, una decisión llamada a producir efectos jurídicos, como sería, la no recomendación para ascender a uno de sus miembros, so pena de incurrir en falsa motivación.

En este orden de ideas, la Sala considera que se encuentra probada la falsa motivación en la Resolución No.15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, por lo que procederá a declarar su anulación.

5.2.2. Del restablecimiento del Derecho.

En cuanto al restablecimiento del derecho solicitado por el demandante esta Sala se aparta de la decisión del Aquo, en el sentido de reconocer el derecho a ascender al señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDO, y al pago de prestaciones económicas como consecuencia de haberse declarado la anulación de la resolución que le negaba la recomendación para ascender al grado inmediatamente superior.

En este sentido, se hace necesario precisar que la potestad de ascender a los miembros de la fuerza pública, que cumplan con los requisitos de ley, es una facultad discrecional, así lo ha reconocido el Consejo de Estado⁴⁰, cuando dice: *“la entidad militar goza de una facultad discrecional que se materializa en el hecho que este no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de la fuerzas militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las respectivas promociones.”*

Asimismo, el artículo 54 de la Ley 1790 de 2000 cuando al referirse a los requisitos mínimos para el ascenso de Suboficiales utiliza la frase “podrán ascender”, para dar a entender que nos encontramos ante una facultad discrecional y no una obligación.

Corolario de lo anterior, resulta el hecho que, bien podría el comité de ascenso de Suboficiales de septiembre 2014, haberle dado la recomendación para ascender al señor EDISSON YOBANNY JOYA GRIMALDO, y ello no significaría el ascenso a Suboficial Tercero, pues como quedó demostrado, tal promoción es netamente discrecional del ejecutivo.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

13001-33-33-013-2017-00149-01

Así las cosas, no resulta posible reconocer por esta Corporación, el derecho a un ascenso y sus consecuencias prestacionales, cuando de la anulación de la Resolución No.15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, no se desprende ese derecho.

En consecuencia, esta Magistratura deberá revocar los reconocimientos hechos por el Aquo en la sentencia de primera instancia y desestimar las pretensiones de la parte demandante en tal sentido.

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 condenar en costas a la parte *“a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”* o *“a quien resulte vencido en el proceso”* y de conformidad con el numeral 8º del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

No se condenará en costas a las partes en esta instancia, debido a que fueron reconocidas parcialmente las pretensiones de la apelación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR** administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No.15955 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 08 de agosto de 2014, expedida por la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR no condenar en costas a las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

13001-33-33-013-2017-00149-01

QUINTO: 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



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

| | |
|------------------|---|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-33-013-2015-00149-01 |
| Demandante | EDISSON JOYA GRIMALDOS /edisson.joya@gmail.com / armaballestas1@hotmail.com |
| Demandado | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL |
| Tema | ASCENSO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES- facultad discrecional. |