

Cartagena de Indias D, T y C, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-007-2015-00478-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JESUS MARIA GARCES ZUÑIGA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<b>ASCENSO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES- facultad discrecional.</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ</b>

## **II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **III. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

#### **1. 1. PRETENSIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA, solicita la nulidad de los actos No 2015004237000613 –MD-CGFM-CARMA – SECAR – JEDHU-JUCLA 1.10 de fecha marzo 12 de 2015 y No 20150042370001533 –MD-CGFM-CARMA – SECAR – JEDHU-JUCLA 1.10 de fecha febrero 10 de 2015, el cual este último surgió primero y sirvió como fundamento para la expedición del acto administrativo No. 20150042370006013-MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-

<sup>1</sup> Folios 1-9

JUCLA 1.10 de fecha marzo 12 de 2015<sup>2</sup>, proferidos 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 laboral, solicita se ordene a la entidad demandada, LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA-ARMADA NACIONAL (i) ascender al demandante al cargo de Suboficial Jefe Técnico 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 Suboficial Jefe al de un Suboficial Jefe Técnico, desde la fecha en que se hizo efectivo el ascenso de sus demás compañeros con Resolución N° 0160 del 27 de febrero de 2015 hasta cuando se haga el respectivo ascenso y pago de las obligaciones salariales; (iii) se le condene al pago total de la diferencia resultantes y existente del salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de ascenso de sus compañeros de armas hasta cuando sea satisfecho el pago total de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios de carácter moral y material. (iv) 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.

## 1.2 HECHOS

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

- El señor JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA se encuentra vinculado sin solución de continuidad a la Armada Nacional desde el 01 de diciembre de 1991 como marinero segundo en el cargo de radarista.
- El señor JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA en desarrollo del Servicio militar y de sus funciones en el cargo, sufrió una descompensación transitoria de estrés postraumática y depresión declarada por las autoridades de sanidad naval de la armada nacional, pero que dicha situación fue

---

<sup>2</sup> Folio 14 cdr 1.

superada y que actualmente cuenta con las habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidad de orden físico y psicológico.

- Dentro del curso de ascenso para Suboficial Jefe Técnico de febrero de 2015, 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 JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA, pues el acto que toma tal determinación no fue motivado ni razonado, violando con ello el debido proceso.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>3</sup>**

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 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. INNOMINADA

## **3. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), negó pretensiones motivando su decisión señalando que el accionante no tiene derecho al ascenso dentro de la carrera militar porque no cumple con el requisito

---

<sup>3</sup> Folio 92-103 cdr.1.

establecido en el literal C del artículo 54 del Decreto 1428 de 2007, donde expresa que debe acreditar aptitud psicofísica de acuerdo el reglamento vigente, dado que se presenta una pérdida de capacidad del 11% debido a un trastorno de ansiedad y depresión. En criterio de ese Despacho la decisión del ascenso en la carrea militar es discrecional, pero debe responder a criterios objetivos y proporcionales y la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo no ha sido desvirtuada por el actor<sup>4</sup>.

Así las cosas, en la parte resolutive de la sentencia, estableció:

*“Primero. **NEGAR** las pretensiones de la demanda en virtud de lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia*

*Segundo. No se condena en costas*

*Tercero. Ejecutoriada esta providencia, expídase copia autentica para su cumplimiento y devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.”*

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN.**

**La parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia dentro del proceso de la referencia, dentro del término legal para ello, solicitando sea revocada, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio, esto es, el actor cumple con todos los requisitos objetivos para obtener el ascenso a jefe técnico, no existiendo una causal material que le impida por motivo de discapacidad ejecutar y realizar cualquier función propia del cargo o cualquier tipo de actividad militar administrativa y operativa por ausencia de destreza, aptitudes potencialidad de orden físico y psicológico, si el actor tuviera incurso en ese tipo de siniestro el demandante no podía estar en permanencia en el servicio activo.

Reitera, que si el demandante estuviera en la condición expuesta en la sentencia, debía ser retirado dentro de los tres meses siguiente que dispone

---

<sup>4</sup> Fls.253-257 cdr 2

la norma Decreto 1790 artículo 99 y 100, literal a numeral 5, serán retirados los militares por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar. Situación que nunca sucedió porque la institución militar consideraba que el actor podía realizar y desarrollar sus actividades militares.

Ahora bien, a la hora de analizar los conceptos emitidos por el médico psiquiatra del Hospital Naval de Cartagena reafirma su estado de salud compensado, funcional y puede laborar adecuadamente. Además, complementan los conceptos de desempeño laboral del actor, que respaldan las condiciones potenciales para desempeñarse en todas las actividades militares.

Es importante reiterar que la institución omitió practicar cada tres o seis meses como lo establece la norma de sanidad los exámenes médicos siquiátricos con el objeto de determinar la descompensación o compensación del actor. La sentencia se basó en exámenes viejos que no demuestran la salud psiquiátrica actual del demandante<sup>5</sup>.

## **5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de fecha 06 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante<sup>6</sup>. Mediante auto de fecha 11 de julio de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>7</sup>.

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación y la contestación de la demanda, respectivamente<sup>8</sup>.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD.**

---

<sup>5</sup> Fls.281-284 cdr2

<sup>6</sup> Fl.4 cdr3

<sup>7</sup> Fl.9 cdr 3.

<sup>8</sup> Fls.14-26 cdr3.

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

## **V. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

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

### **2. Problema jurídico.**

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

*¿Determinar si es procedente declarar la nulidad del acto enjuiciado, por encontrarse supuestamente incurso en la causal de nulidad, de falsa motivación?*

Si la respuesta al anterior problema es positiva, se deberá determinar

*¿si habría lugar a ordenar el ascenso al señor JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA, y al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el grado pretendido?*

### **3. Tesis de la sala.**

La sala revocará parcialmente la sentencia apelada; concretamente en cuanto negó declarar la nulidad de los actos demandados; pero la confirmará en todo lo demás.



A la anterior decisión arrima esta Corporación al considerar, que se encuentra estructurada la causal de nulidad de falsa motivación; no obstante no es posible acceder a la pretensiones de restablecimiento del derecho; debido a que la decisión de ascender a los miembros de la fuerza pública es una potestad discrecional que reposa en forma exclusiva en el ejecutivo; por lo que la nulidad del acto enjuiciado, no puede producir como consecuencia jurídica, el derecho al ascenso y a las prestaciones económicas que de él se derivan.

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 política<sup>9</sup> señala que corresponde a la ley no solo determinar lo relativo a los remplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los miembros de las FUERZAS 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”, el cual estableció en sus artículos 51<sup>10</sup>, 52<sup>11</sup>, 54<sup>12</sup> y 55<sup>13</sup> las condiciones para el

---

<sup>9</sup> “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, 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”

<sup>10</sup>“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.”

<sup>11</sup>“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.

(...)”

<sup>12</sup>“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.

(...)”

<sup>13</sup> ARTÍCULO 55. *TIEMPOS MÍNIMOS DE SERVICIOS EN CADA GRADO.* Fíjense 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.

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 Estado<sup>14</sup>, 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 2000<sup>15</sup>, modificado por el artículo 1 de 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.

---

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

<sup>14</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de febrero de 2017. Rad.25000-23-37-000-2016-02052-01.

<sup>15</sup> "ARTÍCULO 1o. Modifíquese el párrafo 2o del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000, el cual quedará así: 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."

Finalmente, cabe resaltar que el H. Consejo de Estado<sup>16</sup> 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 2000<sup>17</sup> que establece dentro de sus funciones la competencia para hacer la clasificación para ascenso de los suboficiales de las Fuerzas Militares<sup>18</sup>, 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 Política 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 Constitucional 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 alto<sup>19</sup>.

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

<sup>16</sup> Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de febrero de 2017.Rad.25000-23-37-000-2016-02052-01.

<sup>17</sup> "Ver Decreto 1799 de 2000 por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones."

<sup>18</sup> ARTICULO 44. FUNCIONES. La junta clasificadora tiene las siguientes funciones:

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

(...)"

<sup>19</sup> Ver artículo 47 del Decreto 1790 de 2000.

general, establezca cómo ejercer la competencia (facultad discrecional), cuestión que ha sido reiterada por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado<sup>20</sup>.

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 Estado<sup>21</sup>, 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 razonabilidad<sup>22</sup>, buscar la satisfacción del interés general<sup>23</sup>, consecución de los fines del Estado<sup>24</sup>, 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 2000<sup>25</sup> como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas

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

<sup>21</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha 03 de julio de 2015. Rad. 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

<sup>22</sup> Sentencia SU-053/2015. Corte Constitucional.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 27 de junio de 2012. Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01. (21023).

<sup>25</sup> "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"

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, el Decreto 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-Laboral Militar o de Policía<sup>26</sup>. Además, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, conocerá en última instancia de las decisiones que tomen dichas Juntas, a efectos de ratificarlas, modificarlas o revocarlas.<sup>27</sup>

Así las cosas, el literal c del artículo 54 del Decreto 1790 de 2000, establecen 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 1989<sup>28</sup> establece la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica en los siguientes términos:

<sup>26</sup> Ver artículo 21 del Decreto 94 de 1989 y el artículo 14 de Decreto 1796 de 2000

<sup>27</sup> Ver artículo 25 del Decreto 94 de 1989 y el artículo 21 de Decreto 1796 de 2000

<sup>28</sup> "Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, 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"



- 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 continúa 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 2000<sup>29</sup> 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.**

El Consejo de Estado<sup>30</sup> 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***

<sup>29</sup> "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"

<sup>30</sup> 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

***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". (Negrillas fuera del texto).***

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

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1. Hechos relevantes probados**

- Oficio No. 2015004237000613 –MD-CGFM-CARMA – SECAR – JEDHU-JUCLA 1.10 de fecha marzo 12 de 2015, por medio del cual se notifica al accionante que el comité de ascenso de suboficiales de marzo de 2015, no recomendó su ascenso al grado 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 1990<sup>31</sup>. (acto demandado)
- copia del Oficio No 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 10 de febrero de 2015, expedido por la

---

<sup>31</sup> Folio 14 cdr.1.



Dirección de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, por medio del cual se decidió no recomendar el ascenso al señor JESUS MARIA GARCES ZUÑIGA, de marinero primero a Sub Oficial Tercero, por 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 04 de marzo de 2015<sup>32</sup> (acto demandado)

- Acta de junta médico laboral No. 234 de fecha 3 de septiembre de 2014, realizada al accionante y registrada en la Dirección de Sanidad Nacional de la Armada<sup>33</sup>, por medio del se consideró lo siguiente:

### **"CONCLUSIONES**

#### **A- Antecedentes-Lesiones-Afecciones-secuelas**

*1.- trastorno mixto de ansiedad y depresión.*

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

*La(s) anterior(es) le determina INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. NO APTO.*

#### **C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.**

*Presenta una disminución de la capacidad laboral de ONCE PUNTO CERO POR CIENTO (11%). (...)"*

- Copia autenticada del programa de personal de desempeño en el cargo, teniendo como lapso evaluable 01/07/2013 al 30/06/2014, el cual tiene como objetivo y logros a alcanzar, los siguientes<sup>34</sup>: 1. MANTENIMIENTO Y RECUPERACION DEL SECTOR DE HOSPITALIZACION DEL HONAC. 2. AEDCUACION DE UN AREA PARA EL DESCANSO DEL PERSONAL CIVIL QUE LABORA EN EL HONAC. 3. RECUPERACION SISTEMA HIDROSANITARIO DEL HONAC EN EL SOTANO Y PISOS.
- Oficio de fecha 10 de febrero de 2015, expedido por el director de la junta calificadora de la Armada Nacional, a través del cual se

<sup>32</sup> Folio 11

<sup>33</sup> Folio 24-26, cdr 1 y 222-226-134 cdr.2.

<sup>34</sup> Folio 30-39 cdr.1.

determinó<sup>35</sup>: “Con toda atención me permito informarle que el Comité de Ascenso de Suboficiales de septiembre de 2014, no recomendó su ascenso al grado inmediatamente superior, al no cumplir con requisitos para su ascenso de acuerdo Decreto 1790 de 2000 artículo 54, literal “c”.

- Oficio de fecha 31 de julio de 2015 expedido por el jefe desarrollo humano y fuerza armada nacional 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 ascenso<sup>36</sup>.
- Hoja de vida del señor JESÚS MARÍA GARCÉS ZÚÑIGA <sup>37</sup>.

## **5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), negó las pretensiones de la demanda, motivando su decisión en que el accionante no tiene derecho al ascenso dentro de la carrera militar porque no cumple con el requisito establecido en el literal C del artículo 54 del Decreto 1428 de 2007, donde expresa que debe acreditar aptitud psicofísica de acuerdo el reglamento vigente, dado que se presenta una pérdida de capacidad del 11% debido a un trastorno de ansiedad y depresión. En criterio de ese Despacho la decisión del ascenso en la carrea militar es discrecional, pero debe responder a criterios objetivos y proporcionales y la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo no ha sido desvirtuada por el actor

La parte demandante, apeló la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y que en consecuencia se concedan las pretensiones; manifestando que cumple con todos los requisitos objetivos para obtener el ascenso a jefe técnico, no existiendo una causal material que le impida

---

<sup>35</sup> Folio 11 cdr.1.

<sup>36</sup> Folio 132-134 cdr.1

<sup>37</sup> Folio 138-168 cdr.1

por motivo de discapacidad ejecutar y realizar cualquier función propia del cargo o cualquier tipo de actividad militar administrativa y operativa por ausencia de destreza, aptitudes potencialidad de orden físico y psicológico, que si no tuviera derecho al ascenso dentro de la carrera militar porque no cumple con el requisito establecido en el literal C del artículo 54 del Decreto 1428 de 2007 como así lo señala el a-quo en la parte motiva de la sentencia , debía ser retirado dentro de los tres meses siguiente que dispone la norma Decreto 1790 artículo 99 y 100 , literal a numeral 5, la cual consagra: “5. *Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*”, Situación que nunca sucedió porque la institución militar consideraba que el actor podía realizar y desarrollar sus actividades militares.

En los alegatos de conclusión presentados por la Armada Nacional, afirma que el acto atacado no tiene ningún defecto sustancial ni formal que afecta la presunción de legalidad que lo reviste y lo contrario no fue probado por el demandante.

Afirma la parte demandada, que se probó que para el momento de la evaluación de ascenso del demandante por la Junta Clasificadores, no cumplía con los requisitos legales establecidos en la normatividad aplicable, esto es, *acreditar la aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.*

Asegura además, 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 Médicos Laboral Militar o de Policía.**

Precisa la Sala, que milita en el expediente el acta de la Junta Médico Laboral Militar No 234 Folio 103 de fecha 03 de septiembre de 2014 registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional; notificada el 03 de septiembre de 2014, en donde, entre otras cosas, se califica la capacidad psicofísica del señor JESUS MARIA GARCES ZUÑIGA, como NO APTO (fls.24-26 cd. 1. 222-226, 134 cd. 2).

Igualmente, se advierte que este acto administrativo no fue objeto de solicitud de revisión por parte del interesado; por lo que el mismo cobro ejecutoria el día 03 de enero de 2015.

Así mismo, se observa en el expediente copia de la Resolución No 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha 10 de febrero de 2015, expedido por la Dirección de la Junta Clasificadora de la Armada Nacional, por medio del cual se decidió no recomendar el ascenso al señor JESUS MARIA GARCES ZUÑIGA, 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 04 de marzo de 2015 (fl. 11).

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 diez (10) de febrero de 2015, fecha de expedición de la Resolución No 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 la calificación de la capacidad psicofísica de la Junta Médico Laboral 234 de fecha 03 de septiembre de 2014 y notificada en la misma fecha, se encontraba sin efecto legal.

El artículo 137 del 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.

En ese orden, la Resolución No. 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25, proferida por el Comité de Ascenso de Suboficiales de fecha diez (10) de febrero de 2015, se fundamentó en un dictamen médico que había perdido vigencia y la capacidad de producir efectos

jurídicos; pues el retiro del actor con fundamento en dicho dictamen, sólo se podía dar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le practicó la Junta Médico Laboral. De tal manera, que, como lo precisó el Consejo de Estado en la sentencia citada ut supra; transcurrido los tres meses después de haberse practicado la Junta Médico Laboral el militar o policía, el actor recobra el concepto de aptitud para la prestación del servicio, hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

En este sentido, la Armada Nacional, no podía soportar en un concepto 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. 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha diez (10) de febrero de 2015, por lo que procederá a declarar su nulidad.

### **5.2.2. Del restablecimiento del Derecho.**

En cuanto al restablecimiento del derecho solicitado por el demandante esta Sala se encuentra de acuerdo con la decisión del A-quo, en el sentido de NO reconocer el derecho a ascender al señor JESUS MARIA GARCÉS ZUÑIGA, como tampoco al pago de prestaciones económicas.

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 Estado<sup>38</sup>, 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

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247).

requisitos mínimos para el ascenso de Suboficiales utiliza la frase “podrán ascender”, de donde se infiere con claridad, que se trata de una facultad discrecional y no reglada.

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. 20150042370001533/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCL-2.25 de fecha diez (10) de febrero de 2015, no se desprende ese derecho.

#### **6.- Condena en Costas en segunda instancia**

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone abstendrá la Sala de condenar en costas en esta instancia, debido a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

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

### **VI. FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto negó declarar la nulidad de los actos demandados, y en su lugar **DECLARAR** la nulidad de dichos actos; por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

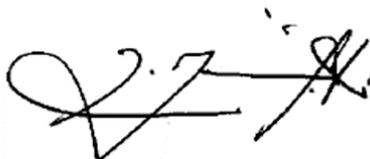
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: SIN CONDENA** en Costas en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**



**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**



**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

**Con salvamento de voto parcial**



**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**