

Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dos mil veintiunos (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00128-01
Demandante	HENRY ANTONIO RIVERO ROSALES
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	<i>Retiro por llamamiento a calificar servicios – facultad discrecional de la administración – no desvirtúa la legalidad del acto administrativo demandado.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver la apelación interpuesta, por HENRY ANTONIO RIVERO, parte demandante en este asunto, contra la sentencia del 19 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1 Pretensiones³

PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0183 del 28 de febrero de 2017, por medio de la cual se retira del servicio activo de la Armada Nacional al actor, por llamamiento a calificar servicios.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la entidad demandada disponer el reintegro del señor HENRY ANTONIO RIVERO ROSALES, al cargo de Suboficial Jefe de la Armada Nacional que venía ocupando antes de su retiro.

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-14 cdno 1

³ Folio 5 cdno 1

13-001-33-33-013-2017-00128-01

TERCERA: Adicionalmente, se ordene el pago de todos los salarios, y prestaciones sociales dejadas de percibir con los respectivos ajustes, desde la fecha de retiro del servicio hasta el día que se verifique su reintegro.

CUARTO: Que, para todos los efectos legales, se declare que no ha existido solución de continuidad.

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se expuso que el señor HENRY ANTONIO RIVERO ROSALES laboró como Suboficial Jefe de la Armada Nacional desde el 1 de diciembre de 1998, hasta el momento en el que fue retirado del servicio mediante la resolución que se demanda, de fecha 28 de febrero de 2017, mediante la figura del llamamiento a calificar servicios.

Manifestó que se desempeñó en el cargo de Inspector de alojamiento en la Base Naval ARC Bolívar, pero, fue comisionado para laborar en el ARC Gloria con el objetivo de desarrollar funciones de mantenimiento, con personal a su cargo, por lo que manifestó a su jefe inmediato que prefería desempeñarse en labores que no implicaran manejo de personal en el buque y solicitó su reubicación en otra función para poder desempeñarse mejor; por lo anterior, sospecha que la decisión de retirarlo del servicio obedeció a dicha solicitud.

Explicó, que no conoce otras razones de servicio que hubieran llevado a que la accionada tomara la decisión de retiro, pues se encontraba a punto de ser ascendido a Suboficial Técnico; indicó que existe violación al derecho a la igualdad, debido a que hay otros miembros de la institución que son más antiguos y aún se encuentran en servicio activo.

Informó que, otro hecho que pudo ser a razón del retiro del actor fue que presentó algunas quejas contra sus superiores por acoso laboral, ante la Procuraduría General de la Nación, y otros hechos que no fueron bien recibidos por la Institución. Dichos sucesos todavía son materia de investigación.

Por último, resaltó que, durante sus 18 años de servicio prestó un buen servicio, con muchas felicitaciones, sin procesos disciplinarios ni penales en contra, tal como consta en su excelente hoja de vida.

⁴ Folio 2-4 cdno 1

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se cita como normas violadas los artículos 1, 2, 5, 15, 16, 25, 29, 122 y 217 de la Constitución Nacional, así como el Decreto 1799 del 2000 y la Ley 836 de 2003.

Como concepto de violación se expuso que, el acto administrativo demandado desconoció las obligaciones dispuestas en las normas antes mencionadas, así como el deber de dar protección al trabajo, al debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, buen nombre y dignidad, al derecho de defensa y contradicción, por cuanto el actor desconoce las causas o motivos que llevaron a las Fuerzas Militares a disponer su retiro del servicio.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL⁵

Al contestar la demanda la entidad accionada manifestó que se oponía a todas las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos expuso que, desde el primero hasta el cuarto se deducían como ciertos, pero los demás constituían apreciaciones subjetivas del actor.

Sostuvo que la característica de la discrecionalidad es el elemento clave en el estudio de la pretensión del demandante toda vez que, en estricto sentido, la decisión contenida en el acto administrativo de marras es facultativa y está en cabeza del Ministerio de Defensa, como quiera que así lo establece el Decreto 1790 de 2000.

Afirmó que el acto administrativo atacado es legal y no existe prueba en el plenario que demuestre la falsa motivación del mismo, además, no procede el pago de los salarios y las prestaciones dejadas de percibir, como quiera que el actor se encuentra devengando una asignación de retiro.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

El Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, afirmando que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional que no requiere explicaciones frente a los propósitos de la misma, y se presume adoptada en virtud del buen servicio.

⁵ Folio 127-129 c. 2

⁶ Folios 144-156 cuaderno No. 2

13-001-33-33-013-2017-00128-01

Expuso que, una vez verificadas las pruebas, se encontró demostrado que el actor contaba con más de 18 años de servicios, lo cual coincidía con la motivación expuesta en el acto demandado, por lo que podía concluirse que el retiro del servicio del actor sí obedeció a la figura del llamamiento a calificar servicios, establecida en los artículos 100 y 103 del Decreto 1211 de 1990; lo cual se encuentra amparado por la facultad discrecional, pues el único requisito que se exige para este tipo de retiros es que el implicado cuente con los requisitos para obtener una asignación de retiro.

Explicó que, de acuerdo con la hoja de vida del accionante se podía deducir que éste era un buen servidor, sin embargo, ello no le daba prerrogativas para la permanencia en el cargo que desempeñaba, pues lo normal, es que preste un buen servicio a la institución en la cual cada persona desarrolla sus labores; en ese sentido, quien pretenda desvirtuar la legalidad de un acto de este tipo, tiene la carga de probar la existencia de móviles diferentes al buen servicio.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, manifestando que la figura de llamamiento a calificar servicios no aplica porque el beneficiario haya cumplido el tiempo para obtener una asignación de retiro; sino que, la misma es procedente cuando el implicado haya llegado a la máxima jerarquía militar en calidad de Suboficial Jefe Técnico y cuente los 25 años de antigüedad.

Manifiesta que el actor tiene una hoja de vida con calificaciones buenas en sus últimos años, sin antecedentes que indiquen que se haya afectado el buen servicio, ni razones que indiquen una causación de un perjuicio a la Nación, por ello, asegura que el Estado no tiene pruebas que soporten la adopción de la decisión de retiro del servicio, como el mal servicio, llamados de atención o sanciones.

Alega que, para hacer uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios, se deben valorar situaciones personales, morales y disciplinarias de quien sea objeto de la medida, de modo que pueda inferirse, con base en los antecedentes comprobables, que la permanencia del servidor en la institución militar resulta contraria al interés general.

⁷ Folio 158-166

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

El presente asunto, fue repartido a este Tribunal por medio de acta del 17 de septiembre de 2018⁸, siendo admitido el mismo el día 12 de diciembre de 2018⁹; y el 5 de febrero de 2019 se procedió a correr traslado para alegar de conclusión¹⁰.

3.6 ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.6.1. Parte Demandante¹¹: Insistió en los argumentos esbozados en la demanda y el recurso de apelación.

3.6.2. Parte Demandada¹²: Ratificó en los argumentos expuesto en la contestación de la demanda.

3.6.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos del recurso de apelación, le corresponde a esta Corporación proceder a:

¿Determinar si la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, actuó ilegalmente al proferir el acto administrativo que decidió retirar del servicio al Suboficial Henry Rivero Rosales?

⁸ Folio 2 c. 3

⁹ Folio 4 c. 3

¹⁰ Folio 8 c. 3

¹¹ Folios 11-18 Ibidem

¹² Folios 19-20 Ibidem

5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de decisión considera que no es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 0183 del 28 de febrero de 2017, como quiera que en la misma se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, actuación que se encuentra plenamente amparada por la ley, que no necesita motivación, y que tampoco obedece a la mala, defectuosa o indebida prestación del servicio. Por otra parte, el actor no logró demostrar que el acto administrativo en cuestión hubiera sido expedido por motivos ajenos a los enunciados. En virtud de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 1790 de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el Grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

3. Por llamamiento a calificar servicios

(...)

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.

9. Por no superar el período de prueba; (...)

ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas

13-001-33-33-013-2017-00128-01

Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

Al respecto, se debe indicar que el Consejo de Estado ha adoptado una posición pacífica, en cuanto ha considerado que el llamamiento a calificar servicios, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por ello, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad; al respecto, ha precisado lo siguiente:

*"El "llamamiento a calificar servicios" es una situación que, de acuerdo con el marco normativo expuesto, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad. Consecuente con lo anterior, se aparta la Sala de los argumentos que expone el recurrente en cuanto no se advierte que con la expedición del acto impugnado se encuentren vulnerados derechos de rango constitucional, pues la decisión obedece, como ya se dijo, al ejercicio de una facultad permitida por el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, cuyas disposiciones se presumen ajustadas al marco constitucional que fija el ejercicio de la función pública. (...) **Cabe advertir de una parte, que la idoneidad y buen desempeño en el servicio, no le otorgan per se, inamovilidad al servidor en el cargo público...**"¹³.*

De igual forma, en sentencia del 30 de octubre de 2014, la Corporación mencionada expuso lo siguiente:

*"...El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, **se presume ejercida en aras del buen servicio** y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre. (...) Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público"¹⁴.*

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-091 de 2016, hizo la diferenciación entre la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro discrecional, respecto de lo cual precisó:

3.9.1. De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 55 y el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000 "Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional", la Corte Constitucional consideró en la sentencia **T-265 de 2013** que el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: **(i)** la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, once (11) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación No. 250002325000200101287 01.Expediente: No. 2368-2008. Actor: Antonio José Navarro Arango. Autoridades Nacionales.

¹⁴ Sección segunda, subsección "A", sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 015/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-013-2017-00128-01

del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; **(ii)** esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; **(iii)** la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; **(iv)** el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; **(v)** existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; **(vi)** es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos^[61].

Así bien, para hacer uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios se deben cumplir los siguientes requisitos: "El primero, que el funcionario satisfaga los condicionantes para adquirir la asignación de retiro y el segundo, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares".

En este entendido, el cumplimiento de un determinado número de años al servicio de la institución no garantiza per se el llamamiento a calificar servicios, ya que la Fuerza Pública tienen la potestad de ejercer o no dicha facultad.

Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia - pues se mantiene el rango y los honores - que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.

3.9.7. Se tiene entonces, que, la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquél, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá



hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

3.9.9. Según lo expuesto en esta sentencia y con fundamento en la función que desempeña la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Militar y Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio, no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

3.9.10. De esta manera, **el llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.**

3.9.11. Diferente es el caso, en que el retiro del servicio activo de la Fuerza Pública se da en aplicación de la causal de retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, ya que para producirse el mismo, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o el Director General, previa recomendación realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esta facultad está orientada al "mejoramiento del servicio", forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general, la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad por parte de los miembros de la Fuerza Pública, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de estas Instituciones para el desempeño de sus funciones enmarcadas dentro del artículo 218 de la Constitución Política, generando lógica y consecuentemente, la decisión de retirarlos del servicio activo, mediante esta causal de retiro.

3.9.12. Es importante llamar la atención que, **si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal a que se ha hecho referencia, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a estos organismos en la Constitución Política de Colombia.**

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

Al proceso se trajeron como pruebas las siguientes:

- Resolución 0183 del 28 de febrero de 2017, por medio de la cual se resuelve retirar del servicio en forma temporal con pase a reserva "Por llamamiento a calificar servicios", al señor Suboficial Jefe Rivero Rosales Henry Antonio¹⁵.
- Formato de notificación de fecha 3 de marzo de 2017, por medio del cual se le comunica al actor la decisión anterior¹⁶.
- Oficio del 14 de septiembre de 2016, de "pase con apoyo" a la solicitud de reubicación laboral presentada por el actor; en dicho documento se indica que el mismo considera que en empleo asignado se esta subutilizando su conocimiento y solicita su traslado a otro puesto en el que se pueda aprovechar mejor su experiencia¹⁷.
- Solicitud de reubicación presentada por el actor el 8 de septiembre de 2016¹⁸.
- Folio de vida – extracto de hoja de vida - del señor Henry Rivero Rosales, en el que se destaca que el actor sirvió a la Armada Nacional por un tiempo de 18 años, 6 meses y 4 días (incluyendo en periodo que cursó como alumno); que durante su servicio tuvo buena conducta, se le reconocieron distinciones y múltiples felicitaciones; no tuvo ninguna sanción disciplinaria, ni anotaciones negativas, sanciones u otros¹⁹.
- Se cuenta con 3 cuadernos de pruebas, en los que reposa la hoja de vida del señor Henry Antonio Rivero.

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

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad de la Resolución No. No. 0183 del 28 de febrero de 2017, por medio de la cual la Armada Nacional retiró del servicio activo al señor Henry Rivero Rosales, por llamamiento a calificar servicio; al respecto, el actor considera que es procedente su petición, toda vez que la entidad accionada afectó sus derechos al retirarlo del servicio sin

¹⁵ Folio 16-17

¹⁶ Folio 18

¹⁷ Folio 24

¹⁸ Folio 25

¹⁹ Folio 28-34

tener en cuenta su hoja de vida y sin razones que fundamentan la mala prestación del servicio.

La Juez de primera instancia, resolvió de forma negativa las pretensiones del actor, al considerar que el llamamiento a calificar servicios se entiende como una medida natural de renovación del personal, instrumento que es esencial para mantener una estructura piramidal y jerarquizada como lo es el de las Fuerzas Militares; además, que el acto administrativo de retiro no amerita una motivación adicional, porque los requisitos están dados por la misma ley, de manera que una excelente hoja de vida de un uniformado, no impide su llamamiento a calificar servicios que opera casi que de manera automática cuando se ha cumplido el tiempo mínimo de servicio y se tiene el derecho para acceder a la asignación de retiro.

En efecto, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-091, la aplicación de la causal de retiro de personal de la Armada Nacional, por llamamiento a calificar servicios, solo debe cumplir los requisitos establecido en la norma, es decir, solo es procedente cuando los Oficiales y Suboficiales tengan derecho a adquirir una asignación de retiro, lo cual sucede a los **15 o 18 años** de servicio, dependiendo la norma que le sea aplicable²⁰; además, debe existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, dependiendo del caso.

Así las cosas, en el caso de marras se tiene por demostrado que el señor Henry Rivero Rosales²¹, prestó sus servicios en la Armada Nacional por un término **de 18 años, 6 mes y 4 días**, por lo cual debe concluirse que cumple con el primero de los requisitos establecidos en dicha norma, y es el de tener derecho al reconocimiento de una asignación de retiro; por otra parte, en lo que se refiere a la necesidad del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, se advierte que el mismo no aplica para este evento, como quiera que el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000 establece que este es un requisito para el retiro de los oficiales, no para los suboficiales, como es el caso del actor.

Ahora bien, en lo que se refiere a las situaciones planteadas por el señor Rivera Rosales como fundamento de su reclamación, respecto a que en el acto administrativo demandado no se evaluó en debida forma su hoja de vida y

²⁰ Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990

²¹ Folio 28- y 29

no se explicaron las razones por las cuales su retiro contribuía al mejoramiento del servicio, debe recordarse que la sentencia de constitucionalidad en cita explica que, los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios no requieren motivación alguna, como quiera que *"tienen una motivación expresa y extra textual que se encuentra claramente contenida en la misma ley, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en ella"*; por el contrario, el acto de retiro por voluntad del gobierno sí se exige un *"concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal)"*²², que debe cumplir con un estándar mínimo de motivación.

En ese orden de ideas, encuentra esta Judicatura que el actor confunde la figura del llamamiento a calificar servicio, con el retiro por voluntad del gobierno que sí amerita una motivación, puesto que el mismo corresponde a la necesidad de mejorar el servicio, en atención de ciertas condiciones particulares que puedan afectar los principios éticos y morales de la institución o generar pérdida de la confianza en el personal uniformado; por el contrario, tal y como argumenta la entidad accionada en este evento, y la sentencia de la Corte, el llamamiento a calificar servicios es una forma normal de terminación de la carrera activa, que a su vez corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica.

Por otra parte, advierte esta Sala que el acto demandado se encuentra motivado, tanto que en sus considerandos se cita de manera textual la norma en la que se fundamenta dicho acto, entre ello, el hechos de que los Oficiales y Suboficiales que tengan 15 años de servicio avala a la institución para retirarlos del servicio; sumado a ello, expone la imposibilidad de que todos los miembros asciendan a los grados superiores, dada la estructura jerarquizada de la institución; igualmente se expone que la decisión que se adopta no depende de su hoja de vida, del hecho de que esta tenga o no anotaciones disciplinarias o de la revisión de los conceptos favorables o desfavorables obtenidos por el interesado antes del retiro, sino que la misma se da por necesidad de la fuerza. Además, cita la sentencia SU-091 de 2016, para terminar que el actor tiene un tiempo de servicio superior a 15 años, y por ello lo llaman a calificar servicio.

²² Sentencia SU-091 de 2016

La anterior motivación del acto, se encuentra acorde con lo probado en el proceso, por lo cual, le correspondía al demandante probar la falsa motivación o la desviación de poder a la que hacía alusión en la demanda, a fin de demostrar que el motivo de su desvinculación había sido diferente a las razones expuestas en el acto. En esta instancia es necesario recordar que, el artículo 167 del CGP que establece que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; en ese orden de ideas, como quiera que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, no es procedente acceder a su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia.

Es preciso señalar que el Consejo de Estado defiende la postura de que las instituciones militares y de policía tienen competencia para retirar a miembros activos por cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro (llamamiento a calificar servicios) o por razones del servicio (retiro discrecional o por voluntad del gobierno), y que dado que efectuar el retiro es una facultad normativa que obedece al fin legítimo de garantizar el adecuado funcionamiento de la Fuerza Pública, la autoridad no tiene que exponer las razones de la desvinculación y, por el contrario, es *"libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades"*²³

Teniendo en cuenta lo anterior se procederá a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.5 De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al señor HENRY ANTONIO RIVERO, como quiera que el recurso presentado por él presentado fue decidido en forma adversa a sus intereses.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección a sentencia del 19 de octubre de 2006, expediente No. 4013-05 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado).

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

VI.- FALLA:

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

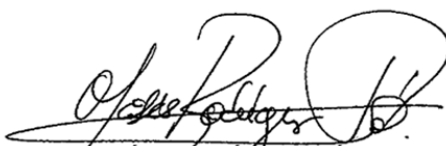
SEGUNDO: CONDENAR en costas al señor HENRY ANTONIO RIVERO, como quiera que el recurso por él presentado fue decidido en forma adversa a sus intereses.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, procédase a **REMITIR** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 013 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ