

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “C”

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

R E F E R E N C I A S:

Expediente: 11001-33-35-029-2017-00171-01
Demandante: Didier Racero Noriega
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional
Providencia: **Sentencia segunda instancia.**
Resuelve recurso de apelación.
Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda¹

El señor **Didier Racero Noriega**, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, solicita declarar la nulidad de la resolución No. 1120 de 8 de noviembre de 2016 proferida por el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual fue retirado por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicita declarar que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y condenar a la entidad demandada a: i) reintegrarlo en el orden que le correspondía estar en el escalafón militar con relación a sus compañeros de curso; ii) cancelarle a título de daños materiales los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado; iii) cancelarle a título de daños inmateriales: daños a la salud por la suma de 400 smlmv; daños morales por la suma de 1000 smlmv e indemnización por despido sin autorización de autoridad competente (Ministerio del Trabajo) por la suma de 180 días de salario, establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; iv) ajustar la condena

¹ Folios 2 a 23

aplicando para los efectos el IPC ; y, v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

Sustentó sus pretensiones en los **hechos**² según los cuales el señor Didier Racero Noriega se desempeñó como militar desde el 7 de enero de 1994 y fue retirado el 9 de noviembre de 2016 cuando ostentaba el grado de Suboficial Sargento Primero de Infantería de Marina.

La entidad procedió a su retiro sin respetar la estabilidad laboral reforzada con que contaba por encontrarse enfermo, con limitaciones físicas y una discapacidad que no había sido decretada al estar en tratamiento médico, reubicado y laborando, condiciones que tuvieron su origen en las lesiones recibidas en marzo de 2002 cuando cayó en un campo minado en Montes de María.

Cuando iba a ascender al grado de Sargento Mayor fue retirado del servicio bajo el argumento que no tenía la aptitud psicofísica para desempeñar dicho grado. No se tuvo en cuenta los conceptos de los médicos especialistas tratantes y los grados en que se encuentran las lesiones y enfermedades que padece, como tampoco se le practicó Junta Médico Laboral Integral para establecer su verdadera discapacidad; sin embargo, la Junta Clasificadora y su Comandante lo declararon “no apto”, lo cual resulta inadecuado e incongruente si se tiene en cuenta que con anterioridad había sido ascendido.

La Corte Constitucional ha sentado jurisprudencia al sostener que un miembro de las FFMM no puede ser retirado cuando presenta una discapacidad menor del 50%.

El **fundamento jurídico de las pretensiones**³ se resume en que el acto de retiro deviene ilegal porque la autoridad nominadora desconoció la estabilidad laboral reforzada que le asistía al demandante dada su situación de salud psicofísica, los tratamientos que estaba recibiendo, la discapacidad que padecía y la vigencia de una incapacidad médica que le otorgaba especial protección para excusarse del servicio. Por tanto, su retiro debía estar precedido de una autorización previa por

² Folios 3 a 13

³ Folios 15 a 22 A

parte del Ministerio del Trabajo como lo indica el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la cual no se surtió y con ello generó la trasgresión al debido proceso.

La administración desconoció los protocolos de desvinculación institucional y médicos que correspondía acatar al tratarse de un servidor en estado de estrés postraumático clínico producto del servicio, problemas de oído y columna, que debía ser valorado por la Junta Médica Laboral.

Trascribió apartes de pronunciamientos de la Corte Constitucional que tratan sobre la estabilidad laboral reforzada que les asiste a las personas en situación de discapacidad (C-531 de 2000, T-1197 de 2001 y T-198 de 2006) y algunos mediante los cuales se accedió a reintegrar a la institución militar a servidores que habían sufrido disminución de la capacidad laboral y habían sido desvinculados.

2.- Contestación a la demanda⁴

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional contestó la demanda oportunamente. Se opuso a las pretensiones, se pronunció frente a los hechos y como razones de su defensa expuso que, el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, amparado por el régimen especial contenido en el decreto ley 1790 de 2000. Los presupuestos que dan razón a la aplicación de esta causal es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro. Cuando ésta es la causal que se invoca el acto de retiro no requiere motivación expresa.

El acto demandado se encuentra ajustado a la legalidad, tanto en su contenido como en el procedimiento que antecedió a su expedición, que tuvo en cuenta los derechos fundamentales del demandante.

⁴ Folios 54 a 63

Es conocido para todos, incluso para el actor, que la institución por su carácter piramidal presenta una rotación de personal constante, que se ve reflejada en continuos procesos de incorporación, llamamiento a cursos de ascenso y retiro de personal, que de ninguna manera es una sanción, sino una causa legal para el retiro y el consecuente reconocimiento de asignación de retiro.

No es una obligación para la institución militar llamar a curso de ascenso a todo su personal, sino que ello procede de acuerdo con el estudio de la hoja de vida, la capacidad profesional y las necesidades del país.

Excepcionó legalidad del acto definitivo demandado.

3.- Decisión judicial objeto de impugnación⁵

El Juzgado Veintinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de julio de 2019 negó las pretensiones de la demanda.

Expuso el marco jurídico de la figura de retiro por llamamiento a calificar servicios (artículo 217 de la Constitución Política, ley 578 de 2000 y decreto 1790 de 2000), el cual precisa que su ejercicio no obliga una motivación del acto, sino que exige simplemente el cumplimiento del tiempo de servicios para devengar asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, conforme lo expuso al Corte Constitucional en sentencia SU-091 de 2016.

La parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que cobija el acto acusado porque la entidad dio cumplimiento a las dos exigencias señaladas para proceder al retiro, no siendo de recibo las alegaciones según las cuales el actor gozaba de una estabilidad laboral reforzada al encontrarse incapacitado o haber desplegado labores meritorias.

No tiene asidero legal exigir la realización de una “Junta Médica Laboral Integral” para establecer el grado de su enfermedad previo al retiro. Para determinar lo que

⁵ Folios 78 a 90

el demandante pretende en relación con su estado de salud, especialmente psiquiátrica, el acto acusado ordena la realización de “*exámenes para retiro, los cuales son de carácter definitivo para todos los efectos legales*”.

A voces del artículo 107 del decreto 1790 de 2000 es facultativo del nominador mantener en servicio activo a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que por sus calificaciones lo merezcan.

4.- La apelación

La **parte demandante**⁶ interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la decisión.

Se encuentra probada dentro del proceso la condición médica especial del actor y la incapacidad médica que lo excusaba del servicio al momento de la notificación de retiro, hechos que implicaban una estabilidad laboral reforzada. Por tanto, para proceder a su retiro se debían cumplir las reglamentaciones adicionales señaladas en la ley 1306 de 2009 y 361 de 1997, contentivas de disposiciones normativas de protección a personas con discapacidad mental, dentro de ellas la que establece la previa autorización del Ministerio del Trabajo, so pena del reconocimiento de una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo.

Para proceder al retiro del actor correspondía a la demandada a través de Sanidad Naval verificar su aptitud psicofísica; realizar Junta Médica Laboral Integral para verificar su estado de salud por todas las especialidades médicas; y, conceptuar en qué grado se encontraba la enfermedad que padece.

La Dirección de Sanidad Naval violentó el ordenamiento jurídico al disponer que la Junta Médica de Aptitud Psicofísica realice el examen de aptitud psicofísica después del retiro y no antes.

⁶Folios 93 a 114

La sentencia objeto de apelación desconoce los principios de congruencia y legalidad al fundamentarse en normatividad y jurisprudencia no aplicables al caso concreto.

5.- Alegatos de conclusión

La **parte actora y la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional** no alegaron de conclusión.

El **representante del Ministerio Público** manifestó que, en su criterio, el recurrente no desvirtuó la presunción de validez del acto acusado, comoquiera que no probó la relación directa entre las condiciones particulares de salud y el llamamiento a calificar servicios, que permitan concluir razonadamente que la potestad de la administración se ejecutó con objetivos discriminatorios o fraudulentos.

El reproche del apelante relacionado con el desconocimiento de los principios de congruencia y legalidad no superan la órbita de las discrepancias interpretativas de una de las partes respecto del análisis efectuado por el *a quo*, pronunciamiento que da cuenta de una valoración adecuada de los hechos, las excepciones, las pretensiones y el material probatorio, de cara al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios.

La estabilidad laboral reforzada tiene por titulares a las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, los aforados sindicales y las madres cabeza de familia, respecto de quienes esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. De manera que, dicho fuero torna ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón de este es la condición especial que caracteriza al trabajador.

Para el caso se encuentra probado que el actor se vinculó al servicio de la Armada Nacional el 7 de enero de 1994, el accidente en servicio ocurrió el 26 de marzo de 2002, continuó prestando sus servicios hasta obtener el grado de Suboficiales

Sargento Primero y 14 años después fue retirado por llamamiento calificar servicios (9 de noviembre de 2016), de donde se infiere que esta actuación no obedeció a su situación particular, sino al cumplimiento de los requisitos para devengar asignación de retiro en atención a los 22 años, 10 meses y 2 días de servicio prestados y la existencia del concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, no de la Junta Médica, que no es procedente.

Por lo anterior, solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Problema Jurídico

El *sub lite* se contrae a determinar si el acto administrativo demandado, esto es la resolución No. 1120 de 8 de noviembre de 2016, por medio del cual la entidad demandada retiró del servicio activo por llamamiento a calificar servicios al Sargento Primero Didier Racero Noriega, se encuentra o no viciado de nulidad.

2. – Análisis crítico de los medios de prueba

Conforme al certificado suscrito por el Director de la Dirección de Personal de la Armada Nacional de 7 de julio de 2016, se conoce que el señor Didier Racero Noriega ingresó al servicio como Alumno el 7 de enero de 1994 y el 1º de septiembre de 1994 se graduó como Suboficial. Establece el certificado que para su fecha de expedición había cumplido 22 años y 6 meses de servicio.⁷ A través de resolución No. 629 de 30 de agosto de 2011 fue ascendido a Sargento Primero.⁸

El Comandante del Batallón de Contraguerrillas de IM No. 31 rindió informe administrativo por lesiones padecidas por el actor el 26 de marzo de 2002 cuando realizaba tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público en el sector general de El Salado, municipio de Carmen de Bolívar, quien fue víctima de cargas explosivas en un campo minado.⁹

⁷ Folio 28

⁸ Folios 43 a 45.

⁹ Folio 42

Por resolución No. 173 de 28 de abril de 2003 el Comandante de la Armada Nacional otorgó el distintivo “Heridos en acción” a un personal que resultó herido durante el desarrollo de operaciones contra el enemigo, donde se puso de manifiesto su arrojo y valentía. Entre el personal se encuentra el demandante.¹⁰

El 6 de septiembre de 2016 el actor solicitó a la Junta Clasificadora le informara las razones técnicas y de orden jurídico por las cuales no había sido considerado favorablemente para ascenso en las novedades fiscales de 2016 y cuáles fueron los parámetros de evaluación aplicados por dicho organismo en general y en particular en su caso.¹¹

La entidad emitió respuesta el 22 de septiembre de 2016 y le indicó que todo el personal que cumple tiempo para ascenso es considerado, por lo cual se realiza la verificación de los requisitos obligatorios consignados en el artículo 54 del decreto 1799 de 2000, modificado por la ley 1104 de 2008, y las condiciones de conducta, profesionales y psicofísicas suficientes para el nuevo grado según lo dispone el artículo 52 *ibídem*. En su caso, una vez analizada su hoja de vida, el Comité de Ascenso de Suboficiales no recomendó el ascenso, lo cual le fue debidamente comunicado a través del oficio No. 076/MD-CFGM-CARMA-SECAR.JEDHU-JUCLA- 2.25 de 25 de agosto de 2016.¹²

Mediante resolución No. 1120 de 8 de noviembre de 2016, suscrita por el Comandante de la Armada Nacional, se retiró al Sargento Primero Didier Racero Noriega por llamamiento a calificar servicios, de conformidad con lo establecido en el decreto ley 1790 de 2000.¹³ Esta decisión le fue comunicada el 9 de noviembre de 2016.¹⁴

Sobre el estado de salud del demandante las pruebas aportadas al proceso son: Certificado de incapacidad médica por 10 días (2 a 12 de mayo de 2016) en atención al diagnóstico M212 Lumbalgia.¹⁵ La fecha de esta incapacidad dista de la fecha en que ocurrió el retiro (noviembre de 2016).

¹⁰ Folios 40 y 41

¹¹ Folio 31

¹² Folio 32

¹³ Folios 24 y 25

¹⁴ Folio 26

¹⁵ Folio 32

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

En oficio de 17 de noviembre de 2016 el Jefe de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad le informó al demandante que *“una vez revisado su expediente médico laboral se pudo evidenciar que usted allegó a esta Dirección la ficha médica odontológica para ascenso en septiembre del presente año y luego de evaluada por el personal médico usted quedó APTO”*.¹⁶

3.- Fundamento jurídico de la decisión

3.1. Regulación legal de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios.

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución, el retiro de los servidores públicos procede por *“por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.”*

A su turno, el artículo 217 de la Carta establece que la ley determinará el sistema de reemplazos, ascensos, derechos, obligaciones, régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, quienes tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Teniendo en cuenta los referidos mandatos constitucionales, se expidió el decreto ley 1790 de 14 de septiembre de 2000¹⁷ *“Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*. Dicho estatuto señaló en su artículo 99¹⁸, que el retiro del servicio es aquella situación en la que los oficiales o suboficiales cesan en su obligación de prestar servicios en actividad, sin perder su grado militar.

¹⁶ Folio 36

¹⁷ Expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 578 de 2000. Publicado en el diario oficial No. 44.161 de 14 de septiembre de 2000.

¹⁸ Decreto Ley 1790 de 2000. 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.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

A su vez, el artículo 100¹⁹ del citado decreto modificado por el artículo 24 de la ley 1104 de 2006 y por el artículo 6º de la ley 1405 de 2010, clasifica las causales de retiro del servicio, entre las cuales se contempla el llamamiento a calificar servicios.

La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra establecida en el artículo 103 *ibídem* modificado por el artículo 25 de la ley 1104 de 2006²⁰ y tiene lugar solo cuando el oficial o suboficial ha cumplido los requisitos para acceder a una asignación de retiro.

En conclusión, para el retiro del servicio de un suboficial de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios con pase a la reserva, solo se exige haber cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

En ese orden y siguiendo con el análisis, es menester determinar cuántos años de servicio se exige al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para acceder a la asignación de retiro.

Sobre el particular, se encuentra que de conformidad con el artículo 163 del decreto 1211 de 1990, vigente para la expedición de los decretos 1790 y 1799 de 2000, para acceder a la asignación de retiro cuando el militar es desvinculado por llamamiento a calificar servicios, se deben acreditar 15 años o más de servicios²¹.

¹⁹ Ley 1405 de 2010. ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir dos (2) años en el grado de general o Almirante o General del Aire, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a de este decreto.

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

9. Por no superar el periodo de prueba.

b. Retiro absoluto

1. Por invalidez

2. Por conducta deficiente.

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.

4. Por muerte.

5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b y c.

6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.

²⁰ Ley 1104 de 2006. ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. - Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

²¹ **“ARTÍCULO 163. Asignación De Retiro.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

Posteriormente con la expedición de la ley 923 de 2004, se aumentó el tiempo para acceder a la asignación de retiro para el personal que se vincule a la institución a partir de su vigencia, pero se respetaron los límites máximos y mínimos exigidos por la norma anterior para acceder a la asignación de retiro en relación al personal que venía vinculado.

Esta ley fue reglamentada por el decreto 4433, que frente a los requisitos para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro a favor del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 14²² dispuso contar con 18 años de servicio, cuando la desvinculación se produzca por llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por disminución de la capacidad psicofísica o por incapacidad profesional.

El artículo 14 del decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014²³, por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años y vulnerar la cláusula de reserva legal. Bajo esa égida la alta corporación²⁴ también había declarado la nulidad del artículo 24 del decreto 4433 de 2004²⁵, norma de similar tenor, pero aplicable al personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

En consonancia con las decisiones reseñadas, el H. Consejo de Estado²⁶ ha

disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto”.*

²² **“Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta”.

²³ Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1551-2007.

²⁴ Sentencia Consejo de Estado – Sección Segunda, calendada el 28 de febrero de 2013, pon ponencia de la Consejera Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, N° interno 1238-2007.

²⁵ **ARTÍCULO 24.** *Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad.* Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: (...)”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2013, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero radicación 25000-23-41-000-2013-00659-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2017, Consejero Ponente William Hernández Gómez, radicación 27001 23 33 000 2013 00068 01 (4295 2013).

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

señalado que al ser declarados nulos los artículos que reglamentaron el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe acudir para el reconocimiento de la asignación de retiro a la ley reglamentada, es decir, a la ley 923 de 2004, la cual, se reitera, estableció una transición normativa en el numeral 3.1. de su artículo 3^o²⁷, según la cual a los oficiales y suboficiales que al momento de la entrada en vigencia de dicho estatuto se encontraran en servicio activo en las Fuerzas Militares, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho a la asignación de retiro, un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esa ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, tampoco inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. De este modo el legislador respetó los mínimos y máximos señalados en el decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro a favor del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

En ese sentido, al personal de oficiales y suboficiales que se encontraba en servicio activo en las Fuerzas Militares a la entrada en vigencia de la ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004), no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores para acceder a la asignación de retiro. Para el caso que nos ocupa, el precepto legal que corresponde aplicar se encuentra en el artículo 163 de decreto 1211 de 1990, en donde, tal y como se indicó en líneas atrás se exige acreditar 15 años o más de servicios para acceder a la asignación de retiro, cuando el militar es desvinculado por llamamiento a calificar servicios.

La exigencia del tiempo para acceder a la asignación de retiro, impuesta por el legislador ordinario, permiten entrever que para el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios la administración no tiene el deber de acudir a

²⁷ **Artículo 3º. Elementos mínimos.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (Se subraya)

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres. [...]»

motivaciones adicionales y diferentes a las consagradas expresamente en la ley, sino que únicamente debe verificar que el Oficial o Suboficial cumple los requisitos para la asignación de retiro.

En consecuencia, jurídicamente no es dable exigir a la administración invocar razones del servicio para proceder al retiro por llamamiento a calificar servicios, habida cuenta que la ley solo exige verificar que el uniformado cumplió los requisitos para la asignación de retiro.

3.2.- La orientación de la Corte Constitucional.

En sentencia SU-091 de 25 de febrero de 2016²⁸, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el retiro por llamamiento a calificar servicios, expresó que el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir así el ascenso y la promoción de otros funcionarios. En esa oportunidad, el alto Tribunal describió las siguientes características:

“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 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”.

²⁸ Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

Igualmente resalta la Corte, que la motivación del acto que retira a un servidor por llamamiento a calificar servicios es la contenida en la ley, esto es que el uniformado cumple los requisitos para la asignación de retiro. Como requisitos para la procedencia de la causal de retiro, la alta corporación mencionó:

“Para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

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”.

En la sentencia de unificación referida, la Corte Constitucional precisó además, que aun cuando el llamamiento a calificar servicios es una causa legal de retiro, no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, como una sanción encubierta para violentar los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso del servidor público.

3.3.- La orientación del Consejo de Estado.

Sobre el particular el Consejo de Estado²⁹ advierte que el llamamiento a calificar servicios es una herramienta que permite el relevo en la línea jerárquica de la entidad mediante el ascenso y promoción del personal, y es la forma corriente de culminar la carrera oficial, sin comportar sanción, despido ni exclusión denigrante.

²⁹ H. Consejo de Estado. 17 de noviembre de 2011 C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. No. 0779-11

Luego entonces, hoy es pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con la interpretación de las normas que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios, dado que los dos tribunales coinciden en orientar que el acto que retira a un servidor bajo esa causal, no requiere motivación adicional a la establecida en la ley, esto es que el uniformado cumpla los requisitos para la asignación de retiro y la Junta Asesora haya emitido concepto previo en los casos en que sea pertinente, pues como lo dispone la norma, el concepto previo de la junta, solo resulta exigible en el caso de los oficiales, **mas no de los suboficiales..**

3.4. El retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios y el ascenso en las escalas jerárquicas de la Fuerza Pública.

De conformidad con las normas citadas y la interpretación hecha tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, no queda duda en que el llamamiento a calificar servicios es un instrumento jurídico que permite a las instituciones de la Fuerza Pública, garantizar los derechos mínimos laborales de quienes no son ascendidos o promovidos al grado inmediatamente superior, dentro del marco ordinario de la renovación o el relevo del personal uniformado al interior de las escalas jerarquizadas de las instituciones las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Lo anterior obedece a la estructura jerárquica piramidal de las Fuerzas Militares, en donde es comprensible y lógico que no todos los servidores que ingresaron al escalafón de Oficiales o suboficiales pueden ascender hasta el grado de General, toda vez que en los grados superiores el número de vacantes dispuestas en la planta de personal de la institución siempre será menor a la cantidad de vacantes de los grados inferiores.

Por lo tanto, resulta necesaria y esencial la existencia de un mecanismo que permita la provisión de las pocas vacantes que se van presentando en los grados superiores, sin desconocer los derechos laborales de quienes no pueden ser promovidos.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

Así las cosas, el hecho de que algunos uniformados no sean ascendidos al grado inmediatamente superior y, en consecuencia, sean retirados por llamamiento a calificar servicios, no quiere decir que carecen de las condiciones personales y profesionales requeridas para desempeñar el cargo, tampoco que la administración los desconoció, habida cuenta que es imposible materialmente, ascender a todos los uniformados al grado inmediatamente superior y mantenerlos en servicio activo.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el ascenso a los grados superiores, es una expectativa, pero no un derecho, misma razón por la cual el decreto ley 1790 de 2000 en sus artículos 51, 52 y 53 establece que los oficiales y suboficiales en servicio activo, “**podrán**” ser ascendidos, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta, al escalafón de cargos y con sujeción al reglamento de evaluación y clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

Nótese que la norma dice que los uniformados del grado de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, “**podrán**” ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, siempre teniendo en cuenta las vacantes existentes en la planta de personal determinada por el Gobierno Nacional³⁰, cuya estructura jerárquica piramidal, conlleva necesariamente, por un lado, el ascenso de unos uniformados a las pocas vacantes que se presentan en el grado inmediatamente superior, y por otro, el retiro del servicio activo de quienes no son ascendidos y cumplen las condiciones para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, habida cuenta que los miembros del grado inmediatamente inferior, también deben ser promovidos con el fin de renovar el personal en servicio activo.

No resulta procedente exigir a la administración otorgar el ascenso a todos los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplen requisitos para ascenso, sin importar si hay vacantes o no en la planta de personal, toda vez que, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución, “*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de*

³⁰ Decreto ley 1790 de 2000. “ARTÍCULO 4o. DETERMINACIÓN DE LA PLANTA. La planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional revisado anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

En esas condiciones, se advierte relevante la exigencia de verificar que el uniformado cumple los requisitos para la asignación de retiro, para efectuar el retiro por llamamiento a calificar servicios, toda vez que en estos casos el legislador pretende proteger los derechos mínimos laborales conforme al artículo 53 de la Constitución.

En efecto, con el retiro por llamamiento a calificar servicios no queda desamparado el integrante de las Fuerzas Militares, toda vez que a través de la asignación de retiro que se reconoce, se garantiza el derecho al mínimo vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del servicio prestado, al igual que la seguridad social, por demás compatible con otros servicios al Estado como especialísima excepción que les otorga el artículo 19 de la ley 4ª de 1992.

Lo anterior, porque los miembros de la Fuerza Pública son beneficiarios de un régimen especial y quedan exceptuados de la prohibición consagrada en el artículo 128 constitucional, según la cual, *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.”* tal y como lo dispone la ley 4ª de 1992, en su artículo 19³¹.

Por lo tanto, los uniformados que son retirados del servicio por llamamiento a calificar servicios tienen derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro por el cumplimiento de los años de servicios que exija la norma aplicable, sin consideración a la edad, prestación que, además, es compatible con otra asignación proveniente del Tesoro Público o ejercicio de cualquier actividad económica del sector privado.

³¹ ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a) (...)

b) **Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;**

El análisis precedente permite entrever con claridad que la finalidad del retiro por llamamiento a calificar servicios no es otra que permitir a la administración, la renovación y relevo del personal uniformado en servicio activo, bajo la amparo del respeto de los derechos mínimos laborales de quienes son retirados mediante esta causa legal, lo cual implica que el acto administrativo por medio del cual se retira a un uniformado por llamamiento a calificar servicios no requiere motivación adicional a la establecida en la ley.

4.- Conclusiones del caso concreto.

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado que el señor Didier Racero Noriega ingresó a la Armada Nacional como Alumno el 7 de enero de 1994, se graduó como Suboficial el 1º de septiembre de 1994 y mediante resolución No. 629 de 30 de agosto de 2011 fue ascendido en la escala militar hasta el grado Sargento Primero, grado que ocupaba cuando fue retirado de la institución castrense con fundamento en la causal de llamamiento a calificar servicios, a través de la resolución No. 1120 de 8 de noviembre de 2016.

Del material probatorio allegado al expediente, de forma clara se evidencia el cumplimiento del tiempo de servicio requerido por el demandante para ser acreedor de la asignación de retiro, que a voces del artículo 163 de decreto 1211 de 1990 es de 15 años o más de servicios, habida consideración a que al momento del retiro acreditaba un tiempo total de **22 años, 10 meses y 2 días**, según el certificado expedido por el Director de la Dirección de Personal de la Armada Nacional. El cumplimiento de este requisito fue señalado expresamente en el acto acusado en sus consideraciones.

De la exigencia del tiempo para acceder a la asignación de retiro, impuesta por el legislador ordinario, se establece que para el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios la administración no tiene el deber de acudir a motivaciones adicionales y diferentes a las consagradas expresamente en la ley, sino que únicamente debe verificar que el servidor cumple los requisitos para la asignación de retiro, tal como la entidad demandada lo hizo en el caso bajo estudio.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

De otra parte, de la lectura de las consideraciones del acto y de la valoración del material probatorio allegado al plenario, no se advierte que el retiro haya tenido sustento en motivo diferente al sustento legal y jurisprudencial que se ha desarrollado en torno al llamamiento a calificar servicios. De la revisión del acervo probatorio no se evidencia un acto expedido con fines torticeros, ajenos al interés general y al buen servicio.

En este orden de ideas, la resolución demandada se ajusta a derecho, pues el único requisito legal para su expedición, como se vio, es el cumplimiento por parte del uniformado del requisito para acceder a la asignación de retiro, presupuesto que la demandada cumplió. Este hecho está demostrado.

Ahora bien, señaló la parte actora que el retiro debía estar precedido de protocolos de desvinculación institucional y médicos que contuvieran la autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo, la verificación de su aptitud psicofísica y la realización de una Junta Médica Laboral Integral, dada la estabilidad laboral reforzada que le asiste debido a su situación de salud psicofísica, los tratamientos que estaba recibiendo, la discapacidad que padecía y la vigencia de una incapacidad médica que le otorgaba especial protección para excusarse del servicio.

Sin embargo, no aportó al plenario las probanzas correspondientes. Sobre la condición de salud del actor solo se conoció dentro del proceso que en marzo de 2002 resultó herido en actos del servicio cuando realizaba tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público en el sector de El Salado, municipio de Carmen de Bolívar y que durante el 2 al 12 de mayo de 2016 estuvo incapacitado por una lumbalgia.³² Este diagnóstico no evidencia una discapacidad como lo hace ver el actor y por el contrario dista a la fecha de su retiro (noviembre de 2016), por lo cual no resulta cierto que para la fecha de su desvinculación se encontrara incapacitado.

³² Real Academia Nacional de Medicina de España, https://dtme.ranm.es/buscador.aspx?NIVEL_BUS=3&LEMA_BUS=lumbalgia
Lumbalgia (*lumb(um)*- lat. 'lomos', 'zona lumbar' + *-algia* gr. 'dolor'; docum. en al. desde 1917; véase también → *-algia*) [ingl. **low back pain**] 1 s.f. [CIE-10: M54.5] Dolor agudo o crónico localizado en la parte baja de la espalda, a nivel de la región lumbar, sin irradiación a los miembros inferiores. Puede tener múltiples orígenes: espondiloartrosis, hernia discal, lesiones inflamatorias, reumáticas, traumáticas, infecciosas, sobrecarga funcional, etc.

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

No se ocupó la parte actora de traer al plenario las pruebas que demuestren que con ocasión de los hechos ocurridos en 2002 se encuentra en una situación especial de protección al momento del retiro (2016), ni se dio a conocer la condición de su salud psicofísica, ni los tratamientos que recibe o la discapacidad alegada, que permitan realizar un pronunciamiento al respecto.

En todo caso, tiene la Sala que aclarar que en el caso de autos el retiro del suboficial se produjo con fundamento en la causal de llamamiento a calificar servicios y no por disminución de la discapacidad psicofísica, razón por la cual como se ha insistido en el transcurso de esta providencia, para disponer el retiro el nominador únicamente debe constatar que el Suboficial cumple los requisitos para acceder a la asignación de retiro, es decir, que no necesita valoraciones médicas previas, ni que se establezca la situación médica del militar, pues ello es propio cuando la desvinculación de la institución castrense tiene su origen en la causal de retiro por disminución de la capacidad psicofísica, que tiene características propias y requisitos para su procedencia diferentes a los exigidos para la aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, como viene de exponerse.

No significa lo anterior que el hecho de la desvinculación del suboficial con el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, desligue a la entidad de su responsabilidad en torno a la situación médica del militar, pues en los términos legales y jurisprudenciales sigue siendo responsable por las lesiones que aquel haya sufrido en el servicio, pero ello debe determinarse por el organismo médico competente y para tal efecto es que en el acto de retiro se ordenó al actor la realización de los exámenes pertinentes, los cuales son definitivos para todos los efectos legales y deben realizarse dentro de los dos meses siguientes. Una vez practicados los exámenes de retiro, si es del caso se continuará con el procedimiento pertinente para su valoración ante los organismos médicos de la institución.

Se probó que mediante oficio de 17 de noviembre de 2016 el Jefe de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad le informó al demandante que *“una vez revisado su expediente médico laboral se pudo evidenciar que usted alegó a esta*

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

Dirección la ficha médica odontológica para ascenso en septiembre del presente año y luego de evaluada por el personal médico usted quedó **APTO**". Este concepto de aptitud no enerva la facultad del nominador para decidir la desvinculación del suboficial con fundamento en la causal por llamamiento a calificar servicios, toda vez que para su aplicación se exigen requisitos diferentes y el concepto de aptitud no obliga a la permanencia del militar como sí ocurre cuando la causal de desvinculación invocada es la disminución de la capacidad psicofísica. El concepto de aptitud no exige a la entidad mantener al militar en servicio activo, tan es así que una de las características de la causal de retiro invocada para la desvinculación del demandante es que, el suboficial deja de ser activo para pasar a la reserva, por lo tanto, cuando las necesidades del servicio lo requieran puede ser llamado nuevamente a la actividad militar, y para ello se requiere contar con la aptitud para el servicio.

Nótese que el acto acusado ordenó la realización de los exámenes para retiro, los cuales son definitivos para todos los efectos legales y deben realizarse dentro de los dos meses siguientes, cuyo fin no es otro que conocer la condición psicofísica del personal desvinculado y adelantar las gestiones necesarias tendientes a la protección de sus derechos fundamentales.

De todas formas, a voces del artículo 19 del decreto 1796 de 2000, el actor puede solicitar la convocatoria de la Junta Médico Laboral³³ e iniciar con ello una actuación administrativa tendiente a determinar su estado psicofísico actual, debate que se escapa a la controversia entablada en el *sub lite*, que se contrae únicamente a determinar si el retiro del actor con fundamento en la causal por llamamiento a calificar servicios se encuentra o no ajustado a derecho.

Visto está que el actor estuvo vinculado a la institución castrense por más de 22 años y, que al momento del retiro le fueron concedidos los 3 meses de alta estipulados en la ley para efectos de conformar el expediente administrativo y

³³ **ARTÍCULO 15. JUNTA MÉDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA.** Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.

proceder al reconocimiento de la asignación de retiro correspondiente, de donde se infiere que no quedó desprotegido, pues la institución a través de la respectiva caja de previsión le garantiza su ingreso mensual para el uso del buen retiro.

No existe en este caso algún motivo para recurrir a razones de protección de los derechos de la persona que sufrió disminución de su capacidad psicofísica, primero, porque esta condición no fue probada y segundo, porque si lo fuera, sus derechos fundamentales están a salvo con la asignación de retiro, mientras que adelanta el trámite previsto en la legislación vigente para determinar su estado de salud psicofísica y las prestaciones a que tenga derecho, si a ello hubiere lugar.

Las situaciones administrativas en las que se presenta disminución de la capacidad laboral que exigen protecciones transitorias para la permanencia en el servicio lo son en contextos distintos al que se examina; esa protección está soportada constitucional y jurisprudencialmente para los casos de garantizar el mínimo vital porque no han alcanzado los requisitos de pensión de vejez. Este, como queda visto, no es uno de esos casos para el que se haga obligatoria la protección temporal, porque de ella ya disfrutó el oficial demandante, que después del accidente aquí referido, permaneció en servicio activo hasta que cumplió los requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro, y a él no le es aplicable el Código Sustantivo del Trabajo que rige para trabajadores particulares. Las normas que regulan la función pública en general y particular de las fuerzas militares, son estrictas y específicas.

Deviene de lo anterior, en concordancia con el concepto del Ministerio Público, que debe confirmarse la decisión que negó las pretensiones.

5.- La decisión

En virtud de lo analizado, la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda, toda vez que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado y, por tanto, debe permanecer incólume en el ordenamiento jurídico.

6.- Sobre la condena en costas

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

En consideración a que se planteó una discusión de buena fe y que la parte vencida en segunda instancia no incurrió en conductas dilatorias o temerarias, la Sala considera que no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

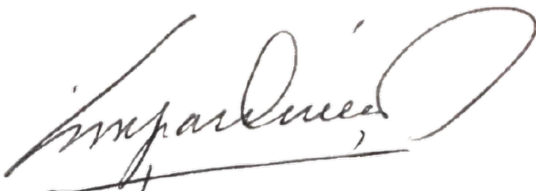
FALLA:

Primero. – Confirmar la sentencia de 26 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Veintinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en cuanto negó las pretensiones dentro del proceso promovido por el señor **Didier Racero Noriega** en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Segundo. – Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE AL JUZGADO DE ORIGEN Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha


AMPARO OVIEDO PINTO

CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL**IMPEDIDO**

SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

11001-33-35-029-2017-00171-01	Correos electrónicos*
Demandante	marycorrales1@yahoo.es
Demandado	notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co gloria.duran@mindefensa.gov.co
Agencia Nacional de Defensa Jurídica	procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
Procurador Judicial Administrativo	damezquita@procuraduria.gov.co

*O a cualquier otra dirección de correo electrónico que se encuentre acreditada en el expediente o en la base de datos de la Secretaría.