

RETRIO DEL SERVICIO ACTIVO – Armada Nacional / ACTO DE RETIRO – Competencia para proferir acto de retiro del servicio

La Resolución No. 318 de 8 de junio de 2004 que dispuso el retiro de Nelson Blanco Rincón se expidió con fundamento en las previsiones consagradas en los artículos 99 y 104 del Decreto 1790 de 2000, preceptos que confieren a la autoridad competente la facultad para retirar de la institución, por razones del servicio y en forma discrecional a los oficiales y suboficiales con cualquier tiempo de servicios, previa recomendación del Comité de Evaluación. Por mandato del citado artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, el acto de retiro de los oficiales en los grados de oficiales generales y de insignia, coronel o capitán de navío, se produce por Decreto del Gobierno, y para los demás grados, por resolución ministerial facultad que se puede delegar en el Comandante General o Comandantes de Fuerza. Es por ello que el acto que retiró del servicio al actor, lo expidió el Comandante de la Armada Nacional, previo concepto del comité de Evaluación para el Retiro Discrecional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1790 DE 2000 – ARTICULO 99

RETIRO DE SERVICIO – Temporal o absoluto / REINCORPORACION – Competencia para determinar quienes son llamados al servicio / REINCORPORACION - Necesidades del servicio / ACTO DE RETIRO Expedido por funcionario sin capacidad legal / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – No accede. La condición debe ser resuelta por el funcionario competente

El retiro del servicio, en los términos del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, dejan de estar obligados a prestar sus servicios en actividad, por disposición de autoridad competente, quien determina igualmente si es temporal o absoluta. En esas condiciones, y teniendo en cuenta que la reincorporación implica un nuevo ingreso a las Fuerza Militares, es a los funcionarios anteriormente señalados a quienes corresponde determinar su procedencia o no, en concordancia con el artículo 115 del mismo Decreto 1790 que atribuye a las mismas autoridades la competencia de determinar quiénes serán llamados al servicio nuevamente. La competencia para la expedición del acto administrativo, entendida como la aptitud legal, constitucional o reglamentaria conferida a un determinado ente administrativo, para que ejecute y manifieste válidamente su voluntad, es un elemento de la esencia de los actos administrativos, en consecuencia es nulo el acto cuando ha sido expedido por un funcionario sin la capacidad legal para decidir el asunto planteado. Lo anterior quiere decir que para que proceda la reincorporación no basta con la sola solicitud para que se considere aprobada, se requiere que medien necesidades del servicio. La parte demandante formuló el cargo de falsa motivación argumentando entre otros aspectos, que no es cierto que como lo indica el acto acusado no se requiere personal en el rango de Suboficial Segundo como el que él ostenta. Sin embargo, no realizó ningún esfuerzo probatorio, tendiente a demostrar que tal afirmación no es cierta. En

esas condiciones si bien el acto demandado está viciado de nulidad, no es procedente acceder al restablecimiento del derecho solicitado, en el sentido de ordenar su reintegro, el cual está sometido a una condición que debe ser resuelta por el funcionario competente, cual es, la de determinar las necesidades del servicio. A lo anterior se agrega que los efectos de la nulidad implican retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes de la expedición del acto, y en el *sub examine*, es claro que el actor no se encontraba en servicio activo, sino en situación de retiro temporal. No obstante, dado que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 115 del Decreto 1790 de 2002 la solicitud de reintegro puede efectuarse en cualquier tiempo, el señor Nelson Blanco Rincón tiene la posibilidad de acudir nuevamente a la administración para presentar la petición de reincorporación, para que sea resuelta por el funcionario competente. Si es absoluta no podrá volver a pertenecer a la Fuerza Militar, mientras que si el retiro es temporal el funcionario puede eventualmente volver a hacer parte de la Institución.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2006-00784-01(2578-08)

Actor: NELSON BLANCO RINCÓN

Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 18 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

Nelson Blanco Rincón por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de

Atlántico, la nulidad del Acto Administrativo No 038 JHEDU-DIPER-DIAPE-109 de 17 de enero de 2006 expedido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional por medio del cual le negó la solicitud de reintegro a la Institución.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional su reintegro, en el mismo rango y cargo en que se encontraba, así como los ascensos, salarios, reajustes y prestaciones sociales, dejados de percibir desde la fecha en que le fue negado, esto es, desde el 17 de enero de 2006. Que para todos los efectos laborales se declare que no ha existido solución de continuidad y que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala:

El actor se vinculó a la Armada Nacional el 5 de agosto de 1991. Fue retirado en forma temporal con pase a la reserva mediante Resolución 318 de 9 de junio de 2004.

Al momento de su retiro se desempeñaba como suboficial segundo naval, en el cargo de comandante de Unidad Operativa de flote ARC “Vengadora”.

El 17 de diciembre de 2005 le solicitó al Ministro de Defensa el reintegro y la reincorporación al servicio activo, petición que fue remitida por competencia a la Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, dependencia que el 17 de enero de 2006 a través de Acto No. 038 JEDHU-DIPER-DIAPE-109 lo negó, en consideración a su pérdida de capacidad, habilidad y falta de requerimiento de la Institución de suboficiales en el grado de suboficiales segundos.

Durante su desempeño en la Armada demostró grandes cualidades intelectuales y morales.

Normas Violadas.- Citó las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 5, 15, 16, 25, 29, 122 y 217.
- Decreto 1790 de 2000, artículos 115, 116, 118, 127 y 128.

Como concepto de violación expresa que con la expedición del acto acusado se desconoció la obligación de la administración de proteger derechos tales como el trabajo, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso, buen nombre, dignidad y de conocer los motivos por los cuales se le negó el reintegro a las filas.

El Decreto 1790 de 2002 establece quién es el funcionario competente para expedir el acto por el cual se decide sobre la reincorporación.

Siendo así, el Jefe de Recursos Humanos de la Armada desconoció las normas en que debía fundarse, pues no era el competente para el efecto. Igualmente, desconoció los derechos de audiencia y defensa y no motivó suficientemente el acto.

Para afirmar que el actor había perdido su habilidad y capacidad militar, por el hecho de haberse encontrado en "*estado de inercia*" por más de un año, era preciso iniciar un proceso de evaluación y calificación sobre su estado psicofísico, que sirviera de fundamento para emitir un juicio sobre su aptitud para el servicio.

No es de recibo el argumento según el cual no se requerían más suboficiales segundo, dado que las instituciones militares están reforzando su personal para implementar el programa de modernización de las Fuerzas Militares de Colombia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

Fundamentó la decisión en las razones que a continuación se resumen:

Mediante Resolución No. 318 de 8 de junio de 2004 se dispuso el retiro de Nelson Blanco Rincón de la Institución, sin embargo, no fue sino hasta el 17 de diciembre de 2005 que presentó la petición solicitando su reintegro.

Quiere decir lo anterior que pretendió revivir el término de caducidad establecido por la ley para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la

cual debió haber sido interpuesta contra el acto de retiro (Resolución No. 318 de 8 de junio de 2006) y no contra el oficio que le resolvió la petición de reintegro.

RAZONES DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la parte demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen:

La Ley 712 de 2003 permite presentar solicitudes ante las entidades del Estado con el fin de exigir sus derechos y el restablecimiento de los mismos. En virtud de dicha normatividad, el actor presentó reclamación ante la Armada Nacional por la indebida aplicación de la discrecionalidad para disponer su retiro del servicio activo.

Las razones por las cuales fue retirado no tienen sustento, de manera que no fue posible establecer la grave afectación del servicio que llevó a su desvinculación, con fundamento en la facultad discrecional.

El actor desconoce las razones que llevaron a tomar la determinación de su retiro, siendo así se ha dado un uso indebido de la facultad discrecional, con desconocimiento de sus excelentes capacidades, tal y como se desprende de su folio de vida.

Finalmente argumenta que el debate jurídico gira en torno a establecer la legalidad del Oficio No. 038 JEDHU-DIPER-DIAPE-109 de 17 de enero de 2006, puesto que la Administración expidió el acto sin la motivación que le corresponde, con desconocimiento del artículo 23 de la Constitución Política y no de la Resolución 318 de 2004 por la cual fue retirado, en consecuencia no es acertado declarar su caducidad.

Para resolver, se

CONSIDERA

Nelson Blanco Rincón, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demanda la nulidad del Oficio No. 038 JEDHU-DIPER-DIAPE-109 de 17 de enero de 2006, suscrito por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, por medio del cual le negó la petición de reintegro a la Institución.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reintegro al mismo rango y cargo en el que se encontraba en servicio activo, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de expedición del acto acusado (17 de enero de 2006) y hasta su reintegro y que se declare que para efectos laborales no ha existido solución de continuidad.

La Entidad demandada propuso la excepción de caducidad de la acción en consideración a que el retiro se surtió a través de la Resolución 318 de 8 de junio de 2004, acto contra el cual procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 4 meses siguientes a su comunicación, la cual se declaró probada por el Tribunal Administrativo del Atlántico al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

Por su parte el actor en el recurso de apelación manifiesta que el acto cuya legalidad debe ser examinada es el Oficio demandado y no la Resolución 318 de 2004 que determinó su retiro.

Como cuestión previa, considera la Sala necesario señalar que dado que el presente asunto gira en torno a establecer la legalidad del acto que negó su reintegro, y pese a que en el escrito de apelación expone razones de inconformidad contra el acto de retiro no será materia de estudio en esta oportunidad, toda vez que no fue demandado.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

El 8 de junio de 2004¹ el Comandante de la Armada Nacional expidió la Resolución No. 318 en la que resolvió lo siguiente:

¹ Folio 14

“ARTÍCULO 1º. RETIRAR del servicio activo de la Armada Nacional por “RETIRO DISCRECIONAL”, en forma temporal con pase a la reserva, al siguiente personal de Suboficiales de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000, artículos 99 y 104.

(...)

Con fecha diecinueve (19) de julio de 2004

S2MQM 17344525 BLANCO RINCÓN NELSON”

Transcurrido más de un año, 17 de diciembre de 2005, el actor solicitó su reincorporación al servicio en los siguientes términos:

De manera comedida reclamo y pido del señor Ministro de Defensa Nacional, se sirva disponer, ordenar y resolver se me reincorpore y reintegre al grado y cargo que ostentaba cuando se tomo(sic) la decisión de retirarme del servicio activo, en razón a que cumplía y cumplo con el perfil de los Militares que esto(sic) momento reclama la institución Militar Naval Armada nacional(sic).

La anterior solicitud fue resuelta a través del Oficio No. 038 de JEDHU-DIPER-DIAPE-109 de 17 de enero de 2006, en el cual el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional manifestó:

“(...) Desde el 19 de julio de 2004, fecha fiscal de su retiro, ha transcurrido más de un año, lo que implica una pérdida de la capacidad y habilidad como Suboficial Naval, lo que implica una pérdida de la capacidad y habilidad como Suboficial Naval, lo que haría necesario un proceso de reentrenamiento, que en el momento no es posible efectuar.

De igual manera, actualmente la Institución no requiere de Suboficiales en el grado de Suboficial Segundo. Por las razones antes expuestas, se le comunica que su solicitud de reintegro es considerada no viable.”

Examinada la demanda observa la Sala que lo pretendido es que se declare la nulidad del acto que negó el reintegro del actor, esto es, del Oficio No. 038 de 17 de enero de 2006, y en consecuencia se ordene su reincorporación al grado y cargo que corresponda, y no contra el acto que lo retiró del servicio en forma temporal con pase a la reserva la Resolución 318 de 2004.

Es claro que no pretende revivir términos respecto de la decisión de retirarlo como lo indica la demandada, pues incluso solicita el restablecimiento del derecho desde la fecha en que se le negó la reincorporación y no desde el retiro.

El numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de 4 meses, contado a partir del día siguiente de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la acción no se encontraba caducada, pues la demanda fue interpuesta el 4 de abril de 2006, (folio 8 vuelto) cuando aún no había transcurrido el término de 4 meses desde la expedición del acto demandado (17 de enero de 2006) y menos aun desde su notificación al interesado.

En esas condiciones se revocará la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró probada la excepción de caducidad para en su lugar emitir un pronunciamiento de fondo.

Argumenta la parte actora que el acto acusado está afectado por falta de competencia, puesto que la reincorporación fue negada por un funcionario que no tenía la facultad para hacerlo en los términos del Decreto 1790 de 2000.

Asimismo está viciado por falsa motivación, en consideración a que para negar su reincorporación al servicio activo, el acto señaló que en razón al tiempo transcurrido desde el retiro, la pérdida de la habilidad como Suboficial Naval ameritaba un proceso de evaluación y calificación sobre su estado psicofísico para que se determinaran sus condiciones de aptitud. Además, no es cierto que no se requerían grados de Suboficial Segundo, pues el programa de modernización de las Fuerzas Militares implicaba incremento del ingreso de personal.

Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

La Resolución No. 318 de 8 de junio de 2004 que dispuso el retiro de Nelson Blanco Rincón se expidió con fundamento en las previsiones consagradas en los artículos 99 y 104 del Decreto 1790 de 2000, preceptos que confieren a la autoridad competente la facultad para retirar de la institución, por razones del

servicio y en forma discrecional a los oficiales y suboficiales con cualquier tiempo de servicios, previa recomendación del Comité de Evaluación.

Por mandato del citado artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, el acto de retiro de los oficiales en los grados de oficiales generales y de insignia, coronel o capitán de navío, se produce por Decreto del Gobierno, y para los demás grados, por resolución ministerial facultad que se puede delegar en el Comandante General o Comandantes de Fuerza. Es por ello que el acto que retiró del servicio al actor, lo expidió el Comandante de la Armada Nacional, previo concepto del comité de Evaluación para el Retiro Discrecional (folio 57).

Igualmente se precisa que son numerosos los pronunciamientos de esta Corporación en los cuales se ha advertido que el acto de retiro expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume expedido en beneficio del buen servicio público o interés general, y quien pretenda desvirtuar esa presunción, está obligado a aducir y allegar la prueba que así lo demuestre.

Por su parte, el artículo 115 ibídem dispone que la reincorporación de oficiales o suboficiales retirados en forma temporal se puede dar en cualquier tiempo, a solicitud de parte o por voluntad del Gobierno o Comando de Fuerza respectivo, atendiendo para el efecto las necesidades del servicio.

De la falta de competencia

El retiro del servicio, en los términos del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, dejan de estar obligados a prestar sus servicios en actividad, por disposición de autoridad competente, quien determina igualmente si es temporal o absoluta.

Si es absoluta no podrá volver a pertenecer a la Fuerza Militar, mientras que si el retiro es temporal el funcionario puede eventualmente volver a hacer parte de la Institución.

En en relación con el ingreso o ascenso de oficiales y suboficiales el mismo estatuto prevé:

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

De la norma transcrita se infiere que es al Gobierno Nacional a quien corresponde determinar el ingreso y ascenso de los Oficiales de las Fuerzas Militares, y tratándose de Suboficiales la decisión corresponde al Ministro de Defensa o a los Comandantes de Fuerza cuando les haya sido delegada la función.

En esas condiciones, y teniendo en cuenta que la reincorporación implica un nuevo ingreso a las Fuerza Militares, es a los funcionarios anteriormente señalados a quienes corresponde determinar su procedencia o no, en concordancia con el artículo 115 del mismo Decreto 1790 que atribuye a las mismas autoridades la competencia de determinar quiénes serán llamados al servicio nuevamente.

En el asunto en estudio el acto administrativo demandado, Oficio 038 de 17 de enero de 2006, fue expedido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, funcionario que al tenor de las normas aludidas no tenía la competencia para definir sobre la reincorporación o no de Nelson Blanco Rincón, pues como se vio, dicha atribución fue atribuida por el Decreto 1790 de 2002, particularmente para los suboficiales, al Comandante de la Fuerza y no al encargado de la División de Recursos Humanos.

La competencia para la expedición del acto administrativo, entendida como la aptitud legal, constitucional o reglamentaria conferida a un determinado ente administrativo, para que ejecute y manifieste válidamente su voluntad, es un elemento de la esencia de los actos administrativos, en consecuencia es nulo el acto cuando ha sido expedido por un funcionario sin la capacidad legal para decidir el asunto planteado.

En esas condiciones por encontrarse demostrado el cargo de falta de competencia el Oficio demandado debe ser declarado nulo.

Ahora bien, el artículo 115 señalado, además de determinar la autoridad competente para efecto de decidir acerca de la incorporación, establece un condicionamiento, cual es el de que existan necesidades del servicio.

En efecto, textualmente dispone:

ARTÍCULO 115. LLAMAMIENTO AL SERVICIO. Los oficiales y suboficiales retirados en forma temporal podrán ser reincorporados en cualquier tiempo, a solicitud de parte, por voluntad del Gobierno o del respectivo comando de fuerza, según las necesidades del servicio.

Lo anterior quiere decir que para que proceda la reincorporación no basta con la sola solicitud para que se considere aprobada, se requiere que medien necesidades del servicio.

La parte demandante formuló el cargo de falsa motivación argumentando entre otros aspectos, que no es cierto que como lo indica el acto acusado no se requiere personal en el rango de Suboficial Segundo como el que él ostenta. Sin embargo, no realizó ningún esfuerzo probatorio, tendiente a demostrar que tal afirmación no es cierta.

En esas condiciones si bien el acto demandado está viciado de nulidad, no es procedente acceder al restablecimiento del derecho solicitado, en el sentido de ordenar su reintegro, el cual está sometido a una condición que debe ser resuelta por el funcionario competente, cual es, la de determinar las necesidades del servicio.

A lo anterior se agrega que los efectos de la nulidad implican retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes de la expedición del acto, y en el *sub examine*, es claro que el actor no se encontraba en servicio activo, sino en situación de retiro temporal. No obstante, dado que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 115 del Decreto 1790 de 2002 la solicitud de reintegro puede efectuarse en cualquier tiempo, el señor Nelson Blanco Rincón tiene la posibilidad de acudir nuevamente a la administración para presentar la petición de reincorporación, para que sea resuelta por el funcionario competente.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró probada la excepción de caducidad de la acción, para en su lugar declarar la nulidad del Oficio No. 038 JEDHU-DIPER-DIPAE-109 de 17 de enero de 2006 expedido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, pero no hay lugar a restablecimiento del derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 18 de junio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró probada la excepción de caducidad de la acción. En su lugar, se dispone:

Declárase la nulidad del Oficio No. 038 JEDHU-DIPER-DIPAE-109 de 17 de enero de 2006 expedido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, por el cual negó el reintegro a la misma Institución.

No hay lugar al restablecimiento del derecho de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE**.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO