

13001-33-33-001-2018-00101-01

**Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)**

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-001-2018-00101-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>FABIO LUIS MERCADO ÁVILA</b>
<b>Accionada</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA</b>
<b>Tema</b>	<b>RETIRO DEL SERVICIO-FACULTAD DISCRECIONAL</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala<sup>1</sup> de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación presentado por el señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA contra la sentencia de veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019)<sup>2</sup>, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

**III.- ANTECEDENTES**

**3.1. LA DEMANDA<sup>3</sup>.**

**3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.**

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, mediante la Orden Administrativa de Persona ARC No. 002 del 06 de febrero de 2007 ingresó a la escuela de Formación de Infantería de Marina en calidad de alumno-suboficial y al terminar dicho ciclo académico fue dado de alta como cabo Tercero mediante la Resolución No. 394 del 26 de junio de 2008.
- Que posteriormente por su buen desempeño laboral y distintas condecoraciones recibidas el señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA fue ascendido por medio de la Resolución No.0832 del 28 de agosto de

<sup>1</sup> Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folio 382 al 387 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>3</sup> Folios 1 al 114 387 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado



13001-33-33-001-2018-00101-01

2014 al grado de Cabo Primero siendo destinado a prestar sus servicios en el Batallón de Infantería de Marina No.12

- Que para el día 26 de julio de 2017 el infante de marina regular GERSON DUVAN MARTÍNEZ JAIMES presentó informe de novedad ante el comandante del Batallón de Infantería de Marina No. 12 porque consciente y voluntariamente quiso quitarse unos tatuajes que tenía en su piel al parecer con ayuda del Cabo Primero FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, resultando con quemadura en su piel como consecuencia de dicho procedimiento.
- En vista de lo anterior, el señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA en calidad de cabo primero de infantería presentó informe de novedad el día 01 de agosto de 2017, aclarando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que resultó con quemaduras el Infante de Marina GERSON DUVAN MARTÍNEZ JAIMES.
- Por lo ocurrido, la oficina de control disciplinario del Batallón de Infantería No. 12 decidió aperturar investigación No. 376-DIS-2017-SCBIM12 contra el Cabo Primero de Infantería FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, como también lo hizo el Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar de dicho Batallón.
- Por los hechos ocurridos, el Teniente Coronel de Infantería de Marina Jairo Mauricio Zapata Valencia, Comandante Batallón de Infantería de Marina No. 12 por medio del Oficio No. 045/MD-CGFM-CARMA-SECAR-CFNC-CBIM12-OFJURFNC-29 del 12 de agosto de 2017, solicitó el retiro discrecional del Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS MERCADO ÁVILA.
- Posteriormente el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Armada Nacional, mediante Acta No. 463 del 12 de octubre de 2017 recomendó el retiro discrecional del Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS MERCADO ÁVILA.
- Que para la fecha 2 de noviembre de 2017, el Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, fue notificado personalmente de la Resolución No. 1352 de fecha 2 de noviembre de 2017, través de la cual el Vicealmirante ERNESTO DURÁN GONZÁLEZ, Comandante de la Armada Nacional, resolvió "retirarlo del servicio activo de las fuerzas militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por "facultad discrecional", de conformidad con lo establecido en los artículos 100 literal a) numeral 8°, (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000."

### 3.1.2. Las pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

*PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1352 de fecha 2 de noviembre de 2017, mediante la cual el Comandante de la Armada Nacional, resolvió retirar del servicio activo de la Armada Nacional, al Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, "(...) por "facultad discrecional", de conformidad con lo establecido en los artículos 100 literal a) numeral 8°, (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000..."*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL, a reintegrar y reincorporar al Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS, MERCADO ÁVILA, al servicio activo en el grado que de acuerdo con la antigüedad debiera corresponder, para la fecha en que quede ejecutoriado el auto que conceda las pretensiones de esta demanda.*

*TERCERO: Condénese a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL, a pagar al Cabo Primero de Infantería de Marina FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.*

*CUARTO: Los pagos de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos que resulten a favor del señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, deben ser indexados y ajustados de acuerdo a los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), dando aplicación a la siguiente fórmula:*

$$R=RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

*En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto del salario mensual a la fecha de retiro, hasta la fecha en que quede ejecutoriado el auto que conceda las pretensiones de esta demanda, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria del auto que conceda las pretensiones, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.*

13001-33-33-001-2018-00101-01

*QUINTO: Ordénese que para todos los efectos legales se debe entender que no ha existido solución de continuidad desde la fecha de retiro del servicio del accionante, hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.*

*SEXTO: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL, a pagar las sumas de dinero que ordene el auto que conceda las pretensiones de esta demanda en los términos 192 y Ss. de ley 1437 de 2011.*

*SÉPTIMO: Actualizar todas las sumas dinerarias reconocidas de conformidad con el índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE.*

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala que el acto administrativo acusado es contrario a la Constitución y a la Ley, vulnera lo contenido en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 21, 25, 29, 53, 61, 83, 125, 209, 216, 217, 277 y 275 de la Carta Política; Artículos 2,3,4 de la Ley 1437 del 2011; Artículo 100 literal A numeral 8, modificado por la Ley 1104 de 2006 y artículo 104 de la Ley 1790 de 2000; Artículo 55 del Decreto 1799 del 2000, argumentando que el acto administrativo carece de motivación y que la conducta reprochada no afectó de manera contundente el cumplimiento de los objetivos funcionales de la entidad.

Así mismo, señala que la entidad emitió el acto administrativo acusado orientado a castigar al actor por la conducta investigada disciplinaria y penal militarmente, lo que pone en evidencia la relación de causalidad entre la ocurrencia de tal procedimiento y la expedición del acto de retiro lo que vulnera los derechos de defensa y debido proceso del accionante.

### **3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>.**

La NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, en escrito de contestación de demanda manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda señalando que la entidad ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso, indica además que, de las pruebas obrantes en el plenario el accionante no logra desvirtuar la legalidad con la que cuenta el Acto administrativo acusado por lo que no tiene derecho a ser reincorporado.

<sup>4</sup> Folios 146 al 200 387 01 Cuaderno Principal Primera Instancia, y Folio 201 al 374 02 Cuaderno, expediente digitalizado

13001-33-33-001-2018-00101-01

De igual forma la entidad arguye que, el retiro discrecional del señor Suboficial FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, se funda en una causa real y concreta quien debía velar por la seguridad e integridad de los soldados regulares que tenía bajo su mando, quien lesionó la integridad física de uno de sus conscriptos además montó todo un entramado de mentiras para engañar a sus superiores y evitar las investigaciones disciplinarias y penales que le podrían abrir por sus irresponsables actos.

Por lo anterior, la Armada Nacional indica que los actos acusados fueron emitidos con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, de los cuales no se advierte causal de nulidad alguna y por tanto están amparados de presunción de legalidad por lo que se invierte la carga de la prueba y corresponde a la parte actora demostrar alguna causal de nulidad y en el caso en concreto no se encuentra probado, por lo tanto, solicita se denieguen las suplicas de la demanda.

Se propusieron las siguientes excepciones:

- De presunción de legalidad del acto acusado.
- Buena fe.
- Prescripción.
- La innominada.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>5</sup>.**

Mediante sentencia de fecha del 29 de octubre de 2019 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda argumentando que en el caso en concreto la parte actora no logro desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1352 de fecha 2 de noviembre de 2017.

Resalta el *a quo* que, el acto administrativo acusado que ordenó el retiro de del demandante se encuentra ajustado a lo preceptuado en los artículos 100 y 104 del Decreto 1790 del 2000, que el mismo se encuentra debidamente motivado pues su expedición se encuentra fundamentado en hechos ciertos que produjeron una afectación al servicio, lo que conduce a descartar la falsa motivación.

Así mismo indica que, la entidad puede ejercer la facultad de retiro discrecional aun cuando los hechos reprochados estén siendo investigados

<sup>5</sup> Folios 377 AL 387 02Cuaderno, expediente digitalizado

13001-33-33-001-2018-00101-01

disciplinaria o penalmente y que para controvertir un acto del cual se ha hecho uso de la facultad discrecional no hace basta con demostrar un buen desempeño o buena hoja de vida, si no que se hace necesaria la existencia de pruebas sobre motivos diferentes que se aparten de la finalidad de presunción de legalidad.

### **3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>.**

El señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena con fecha del 29 de octubre de 2019, argumentando que la entidad utilizó como medio precipitado la Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017, para sancionarlo anticipadamente, sin que se comprobara en las investigaciones disciplinaria y penal su culpabilidad.

Manifiesta que, es evidente dentro del plenario la no existencia de una real relación entre el retiro y los fines de eficacia y eficiencia de la Armada Nacional, lo cual se confronta con los motivos, evaluaciones, hoja de vida, felicitaciones y demás documentos relevantes, concluyendo que el acto administrativo acusado no hace referencia alguna a razones objetivas y hechos ciertos y verificables relativos al mejoramiento de servicio, pues en dicho acto solo se hace una exposición general de los hechos ocurridos, los cuales no afectaron de forma contundente el cumplimiento de los objetivos funcionales de la entidad.

Conforme a lo anterior, la parte actora solicita a esta Sala revocar la sentencia de primera instancia apelada y en consecuencia conceder las pretensiones de la demanda, por encontrarse que el acto administrativo atacado, incurrió entre otras causales, en falsa motivación y desvío de poder.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Con auto de fecha dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 5 Cdr. 4). Mediante auto de fecha veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Índice 05 del expediente digital).

### **3.6. ALEGACIONES.**

<sup>6</sup> Folios 390 al 400 02Cuaderno y Folios 401 al 429 03Cuaderno, expediente digitalizado

### **3.6.1. DEMANDANTE FABIO LUIS MERCADO ÁVILA<sup>7</sup>.**

Manifiesta el accionante que, el acto administrativo acusado no se fundó y motivó en razones objetivas y hechos ciertos, pues de la lectura del mismo se infiere que los hechos reprochados se refieren en cuanto a la investigación disciplinaria adelantada por la Armada Nacional, investigación que llegó a la conclusión que la conducta que desplegó el Cabo Primero de Infantería de Marina Fabio Luis Mercado Ávila era atípica y se ordenó el archivo de la investigación disciplinaria.

Argumenta también que, al Juez de primera instancia no evaluó en debida forma la motivación contenida en el acta emitida por el comité de evaluación respecto al caso, pues si bien si existió un concepto previo el mismo no se encuentra motivado con relación a la mejora del servicio. De igual forma, señala que el acto administrativo que ordenó el retiro del actor no cumple con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad.

Finalmente indica que los actos administrativos enjuiciados carecen de motivos y argumentos, pues solo se señalan hechos generales de los cuales no se refleja nada relativo en cuanto al mejoramiento del servicio como tampoco afecta el cumplimiento de los objetivos funcionales de la entidad.

En virtud de lo anterior, solicita a esta Magistratura revocar la sentencia de fecha de 29 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar, conceder las pretensiones de la demanda.

### **3.6.2. NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL<sup>8</sup>.**

Argumenta la entidad accionada que en los hechos en los que se vio involucrado el señor FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, generaron una evidente pérdida de confianza, más aún cuando este Suboficial por su grado, por su antigüedad, así como su especialidad dentro de las filas de la Armada Nacional, tiene conocimiento de primera mano de los cuidados, usos y condiciones mínimas de seguridad, las responsabilidades y las obligaciones que implica el control de personal bajo su mando, hechos por los cuales el mando naval pierde la confianza para tenerlo dentro de sus filas.

<sup>7</sup> 08AlegatosConclusionDte, expediente digitalizado

<sup>8</sup> 07AlegatosConclusionDda, del expediente digitalizado

13001-33-33-001-2018-00101-01

Así mismo argumenta que, el acto administrativo con el que se decidió retirar del servicio activo al demandante se generó por parte de la administración con el lleno de los requisitos legales exigidos, situación que hace que el acto sea legítimo y además desprovisto de características que lo puedan viciar; De igual forma indica que, la noción de buen servicio no solo está relacionada a las calidades laborales del servidor, sino que también comprende aspectos de convivencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador, de las cuales se generaron las consideraciones del buen servicio que dieron origen al acto administrativo acusado.

En virtud de lo anterior, solicita a la Sala se mantenga incólume la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, dado a que no se encuentra probado que la entidad haya actuado ilegalmente y por ende el acto administrativo demandado fueron emitidos de conformidad con la normatividad aplicable y vigente al caso en concreto.

### **3.7. MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio público no rindió concepto de fondo.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. COMPETENCIA.**

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

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos*

13001-33-33-001-2018-00101-01

por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la Ley”.

## 5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Se encuentra viciada de nulidad la Resolución No 1352 del 02 de noviembre de 2017 mediante la cual se retiró de la Armada Nacional al Cabro Primero FABIO LUIS MERCADO ÁVILA, aduciendo la parte accionante las causales de falsa motivación y desviación de poder?*

### 5.2.3. TESIS DE LA SALA.

Esta Magistratura considera que dentro del expediente no existen elementos probatorios con los cuales la parte actora pueda desvirtuar la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017, por lo que no es posible determinar que el acto acusado hubiese perseguido un fin distinto a lo consagrado en el Decreto 1790 del 2000 con fundamento en la afectación del servicio, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia con fecha del 29 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda.

## 5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

### 5.4.1. Del retiro activo de los miembros de la fuerza pública.

El Gobierno Nacional haciendo uso de las facultades otorgadas por la Constitución y la Ley expide el Decreto 1790 del 2000<sup>9</sup>, por medio del cual se regulan las normas de carrera profesional de los miembros de las fuerzas militares, en el que se regularon diferentes asuntos, entre estos el retiro de oficiales y suboficiales, al respecto el artículo 99 de la norma en comento dispuso:

**“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

<sup>9</sup> “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”



13001-33-33-001-2018-00101-01

*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."*

Con relación al retiro de los miembros de la fuerza pública el Consejo de Estado ha indicado que *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*<sup>10</sup>.

De lo anterior se puede concluir, que el retiro de los miembros de las fuerzas militares puede efectuarse en cualquier momento, pero dicho proceder se encuentra condicionado a contar con un concepto previo expedido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; así mismo, se indica que se encuentra en cabeza de la entidad determinar si dicho retiro es de forma temporal o absoluta.

#### **5.4.2. Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional con respecto al retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública.**

La Corte constitucional por medio de Sentencia de Unificación SU 91 del 25 de febrero de 2016<sup>11</sup>, indicó que la facultad otorgada a la administración para hacer uso del retiro discrecional en miembros activos de la Fuerza Pública cuenta con una serie de características importantes, determinadas por la Corporación de la Siguiente manera:

**RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES**

<sup>10</sup> Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección 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)

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia De Unificación SU-091 Del 25 De febrero De 2016. Ponente: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. Ref.: Expedientes T-4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.



13001-33-33-001-2018-00101-01

1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.
2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a la asignación de retiro. En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el comité de evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.
3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón.
4. Este retiro **es de carácter definitivo**, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.
5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.
6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales, así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.
7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.
8. El único requisito de esta causal es el 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). Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa, 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. Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en

13001-33-33-001-2018-00101-01

la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.

Indica además que, dicha facultad ha sido instituida con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a una asignación de retiro<sup>12</sup>.

#### 5.4.3. De las causales de retiro de los miembros de la fuerza pública y uso de la facultad discrecional.

En cuanto a las causales de retiro de los miembros de la fuerza pública el artículo 100 del Decreto 1790 del 2000, modificado por la Ley 1792 de 2016<sup>13</sup>, enlista los motivos por los cuales resulta procedente el retiro del servicio activo para el personal compuesto por oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, preceptuando lo siguiente:

**“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 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
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.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> “Por medio de la cual se modifican algunos artículos de los Decretos-ley 1790 y 1791 de 2000, modificados por la Ley 1405 de 2010 y se dictan otras disposiciones.



13001-33-33-001-2018-00101-01

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 período 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) del presente decreto.

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

Con respecto al numeral 8 del literal A, se establece que procede el retiro de los miembros de la fuerza pública por retiro discrecional, causal que se encuentra regulada por el artículo 104 del mismo Decreto, que dispone:

**"ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL.** Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto"

Con respecto a esta facultad otorgada a la administración, la Corte Constitucional<sup>14</sup> ha señalado que:

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 053/15. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., febrero doce (12) de dos mil quince (2015).



13001-33-33-001-2018-00101-01

*“De esta manera, cuando se produce un retiro discrecional, por razones del servicio, el mismo “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”*

Conforme a lo anterior, se puede establecer que la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que trae consigo el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados; Así, el poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir del análisis de los elementos fácticos se activa a adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA, establece la regla general de las decisiones discrecionales y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o la razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión<sup>15</sup>.

En concordancia con lo anterior, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se conserva incólume ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté sustentada en supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta manera ejecutable lo consagrado en el artículo 44 del CPACA.

#### **5.4.4. Del ejercicio simultáneo de la facultad discrecional, en el retiro de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, de la acción penal y disciplinaria.**

Para la Sala resulta pertinente señalar, la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional, de la acción penal y disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio de

<sup>15</sup> ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

13001-33-33-001-2018-00101-01

una indagación de carácter penal o disciplinaria, y sólo cuando estos impliquen una grave afectación del servicio.

En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional, penal y disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta delictiva o disciplinaria, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional.

Así las cosas, considera la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como el diligenciamiento de carácter penal y/o disciplinario en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida<sup>16</sup>.

Además, no es necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario y/o penal para hacer uso de la facultad discrecional, pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido.

En conclusión la actuación disciplinaria y/o penal y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria /o penal tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio<sup>17</sup>.

## **5.5. CASO EN CONCRETO.**

### **5.5.1. Hechos probados**

En el presente proceso, quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

<sup>16</sup> Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B". Sentencia De Fecha 01 De marzo De 2012. Radicado: 05001-23-31-000-2002-03530-01(1613-09)

<sup>17</sup> Ver sentencia de fecha 19 de febrero de 2018, emitida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el proceso con radicado: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16)



13001-33-33-001-2018-00101-01

- Copia de la cedula de ciudadanía del señor Fabio Luis Mercado Ávila<sup>18</sup>.
- Certificación laboral del señor Fabio Luis Mercado Ávila expedida por la Armada Nacional con fecha del 17 de noviembre de 2017<sup>19</sup>.
- Extracto de hoja de vida del señor Fabio Luis Mercado Ávila expedida por la Armada Nacional con fecha del 03 de enero de 2016<sup>20</sup>.
- Informe de novedad suscrito por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes<sup>21</sup>.
- Informe de novedad suscrito por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes con fecha del 31 de julio de 2017<sup>22</sup>.
- Informe de novedad suscrito por el Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila con fecha del 01 de agosto de 2017<sup>23</sup>.
- Formato de apertura de procedimiento ordinario, control disciplinario y administrativo con fecha de 11 de agosto de 2017<sup>24</sup>.
- Oficio No. 045 /MD-CGFM-CARMA-SECAR- CFNC- CB1M12-OFJURFNC-29 del 12 de agosto de 2017, contenido de solicitud de retiro de facultad discrecional suscrito por el Teniente Coronel Jairo Mauricio Zapata Valencia<sup>25</sup>.
- Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017 expedida por la Armada Nacional, por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares por facultad discrecional a un suboficial de la Armada Nacional<sup>26</sup>.
- Formato de notificación y comunicación de actos administrativos con fecha de 02 de noviembre de 2017<sup>27</sup>.
- Copia de derecho de petición elevado por el señor Fabio Luis Mercado Ávila ante el Batallón De Infantería De Marina No.12, con fecha del 20 de diciembre de 2017<sup>28</sup>.
- Oficio No. 011 MD-CGFM-CARMA-SECAR-CIMAR-CBRIM1-CBIM12-JOFJUR 1.10 del 15 de enero de 2018, por medio del cual se da respuesta a la petición elevada por el señor Fabio Luis Mercado Ávila<sup>29</sup>.
- Certificación de nómina del señor Fabio Luis Mercado Ávila con fecha de 05 de noviembre de 2017<sup>30</sup>.

<sup>18</sup> Folio 49 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>19</sup> Folio 50 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>20</sup> Folio 51 al 60 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>21</sup> Folio 61 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>22</sup> Folio 62 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>23</sup> Folio 63 al 64 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>24</sup> Folio 65 al 69 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>25</sup> Folio 70 a 73 01 Cuaderno Principal Primer Instancia r. 1, expediente digitalizado

<sup>26</sup> Folio 74 a 83 01 Cuaderno Principal Primer Instancia, expediente digitalizado

<sup>27</sup> Folio 84 , 01 Cuaderno Principal Primer Instancia expediente digitalizado

<sup>28</sup> Folio 85 a 93 , 01 Cuaderno Principal Primer Instancia expediente digitalizado

<sup>29</sup> Folio 94 a 95, 01 Cuaderno Principal Primer Instancia expediente digitalizado

<sup>30</sup> Folio 96 a 97, 01 Cuaderno Principal Primer Instancia , expediente digitalizado

13001-33-33-001-2018-00101-01

- Declaración juramentada realizada por los señores Fabio Luis Mercado Ávila y Julieth María Ascanio Arias ante la Notaria Única del círculo de Lórica con fecha de 06 de julio de 2015<sup>31</sup>.
- Oficio No 1160 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-CIMAR-CBRIM1-CBIM12-SCBIM12-F/I-41.1 del 11 de enero de 2018<sup>32</sup>.
- Oficio No. 0048 MD-CGFM-CARMA-IGAR-OFJPM-J104IPM del 06 de febrero de 2018 por medio del cual se da respuesta a un derecho de petición<sup>33</sup>.
- Acta No. 463 del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional del 12 de octubre de 2017<sup>34</sup>.
- Solicitud de retiro por potestad del comandante, contenida en el oficio No. 1128 del 16 de agosto de 2017<sup>35</sup>.

### **5.5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el presente asunto, la demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de la Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017 expedida por la Armada Nacional, por la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por facultad discrecional al Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila y, en consecuencia, se ordene su reincorporación y se condene a la entidad a realizar el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por el accionante.

Argumenta el accionante que, el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio no se encuentra ajustado a derecho, dado a que no se encuentra debidamente motivado y se evidencia una desviación de poder por parte del comandante de la Armada Nacional, quien en uso de sus facultades expidió el acto acusado con el ánimo de sancionar al señor Fabio Luis Mercado Ávila, decisión que se tomó estando en curso las respectivas investigaciones de tipo disciplinaria y penal, desconociendo con ello la presunción de inocencia de las que gozan las personas en este tipo de investigaciones.

En virtud de lo anterior, procede la Sala a verificar si la conducta del señor Fabio Luis Mercado Ávila como Cabo Primero de Infantería de Marina, y por la cual se le investigó penal y disciplinariamente, afectó gravemente la actividad funcional de dicha institución y, en consecuencia, justificó el

<sup>31</sup> Folio 98 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>32</sup> Folio 11201CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>33</sup> Folio 11301CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>34</sup> Folio 176 a 179 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>35</sup> Folio 180 a 181 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

13001-33-33-001-2018-00101-01

ejercicio de la facultad discrecional, mediante la cual se dispuso su retiro del servicio de manera temporal con pase a reserva.

De cara al caso en concreto y conforme a las pruebas obrantes en el plenario, advierte la Sala que obran en el expediente dos informes de novedad suscritos por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes e informe de novedad suscrito por el Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila con fecha del 01 de agosto de 2017, en los que se detallan los hechos ocurridos el 26 de julio de 2017 en los que se relatan que, el Cabo Primero Mercado Ávila pidió un monto de dinero al Infante de Marina Duván Martínez con el fin de adquirir un caufín y medicamentos para retirarle unos tatuajes de su piel, procedimiento en el que resultó gravemente herido el señor Duván Martínez<sup>36</sup>.

Así mismo, obra dentro del expediente prueba que acredita la apertura de una investigación disciplinaria 376-DISC-2017-SCBIM12 iniciada 11 de agosto de 2017 en contra del accionante por los hechos registrados en informe con fecha del 31 de julio de 2017<sup>37</sup>.

De igual forma, consta en la hoja de vida del accionante la situación administrativa catalogado como retirado y como causal del mismo se señala retiro discrecional con fecha de 02 de noviembre de 2017<sup>38</sup>.

Del contenido del acto administrativo acusado se puede evidenciar que, en primera medida la entidad demandada realiza un análisis normativo y jurisprudencial con respecto a la facultad discrecional, posteriormente procede abordar el caso en concreto iniciando con el Oficio No. 045 /MD-CGFM-CARMA-SECAR-CFNC-CBIM12-OFJURFNC-29 de fecha 12 de agosto de 2017 suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería de Marina No. 12, el cual solicita dar aplicación a la medida de retiro discrecional, acto seguido analiza y pone de presente los informes de novedad presentados por los señores Fabio Luis Mercado Ávila y Gerson Duván Martínez Jaimes con fechas del 31 de julio y 01 de agosto de 2017 y por ultimo indica que conforme a concepto previo emitido por el comité de retiro de la Armada Nacional procede a retirar del servicio al cabo Primero Mercado Ávila señalando:

*“Los hechos claramente narrados y descritos con suficiencia de detalle, conllevan a que la institución pierda la confianza hacia un Suboficial al*

<sup>36</sup> Folios 61 a 63 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado

<sup>37</sup> Folios 65 a 69, 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia ,expediente digitalizado

<sup>38</sup> Folio 51, 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado



13001-33-33-001-2018-00101-01

*cual se ha formado con los mayores estándares de calidad, ya que la conducta por el predicada y la información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar, dan cuenta del cómo participó en hechos gravísimos y totalmente contrarios a la misión encomendada por la Constitución y la Ley a la Armada Nacional, y mediante Orden de Operaciones al infractor, haciendo que su actual desvinculación de filas produzca una consecuente mejora del servicio, al apartar de las Unidades Militares a un funcionario que protagonizó y produjo lesiones físicas a uno de sus subalternos, Infante de Marina Regular GERSON DUVAN MARTINEZ JAIMES, separándose de las Políticas y Directrices emitidas por el Comando de la Armada Nacional, y en general por la cabeza de la Rama Ejecutiva del Poder Público, generando con dicho accionar ausencia de ética y valores para la prestación de su servicio como garante institucional.*

*El personal uniformado, estructurado sólo con servidores públicos, tienen la responsabilidad no solo que sus actuaciones se enmarquen dentro de la Ley, sino de velar por la aplicación y cumplimiento de las normas que aplican en el territorio nacional, pues de no ser así sufriría gran perjuicio la imagen y la legitimidad de la institución, contrariando el buen nombre de la actividad estatal y sus intereses para con la Patria y sus ciudadanos."*

Ahora bien, del procedimiento realizado por la entidad para proceder con el retiro del servicio activo del accionante se tiene que, la Armada Nacional expidió el acto acusado con el lleno de los requisitos legales exigidos por el artículo 104 del Decreto 1790 del 2000, que indica que para que el Comandante de la Armada Nacional haga uso de la facultad discrecional debe contar con un concepto previo, razonado y suficiente del respectivo comité de evaluación al tratarse de un Suboficial, el cual debe estar debidamente sustentado; evidencia la Sala que, en el caso en concreto el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Armada Nacional por medio de acta No. 463 del 12 de octubre de 2017<sup>39</sup> expidió dicho concepto, en el que en síntesis se indica:

*"...la afectación a la correcta prestación del servicio predicable del Cabo Primero de L.M. MERCADO ÁVILA FABIO LUIS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.075.726, se, configura por los hechos descritos en los documentos relacionados, comportamiento y conducta desplegada por el suboficial que es totalmente incompatible con el buen nombre y prestigio de la Institución, más aún cuando, predicamos que la carrera militar exige el más alto grado de principios y virtudes militares; una conducta de este tipo afecta el servicio y pone en*

<sup>39</sup> Folio 176 01 Cuaderno Principal Primera Instancia, expediente digitalizado



13001-33-33-001-2018-00101-01

*evidencia la ausencia de confianza, del sentido de responsabilidad, lealtad para con la Institución y sus miembros, compromiso que demanda el honor militar, situación por la cual el Mando Naval pierde por completo la confianza para poder otorgarle tareas inherentes a las funciones propias de todo militar, toda vez que su proceder derivó en el incumplimiento de las Políticas y Directrices emitidas por el Comando de la Armada Nacional en cuanto a que el comportamiento de un miembro de la Armada Nacional debe ceñirse dentro valores morales, éticos y profesionales, siendo la confianza y la ética tesoros que se deben poseer, más aún cuando media una condición jerárquica, donde el suboficial debe observar una conducta intachable, por ser el faro que ilumina el norte a seguir por parte de sus subalternos."*

Posterior a la expedición de dicho concepto, la Armada Nacional emite la Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017, por la cual retira del servicio activo al Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila, estima la Sala que de la lectura y análisis del acto administrativo acusado, se evidencia que el mismo se encuentra debidamente motivado y justificado, en el que quedó consignado el análisis de la afectación funcional debido a los hechos ocurridos, acto que además cuenta con un concepto previo que permite a la administración aplicar la facultad discrecional para el retiro del miembro de la fuerza pública.

De acuerdo a lo probado en el expediente y lo contenido en el acta del Comité de retiro de la Armada Nacional se tiene que, en efecto el señor Fabio Luis Mercado Ávila prestó un servicio médico sobre un subalterno sin contar con la competencia legal, capacitación profesional, ni contar con los elementos adecuados para el procedimiento que adelantó, además percibió dinero por ese servicio, y adelantó tal actividad mientras desarrollaba funciones propias de su competencia o en las misionales de la entidad, y todavía cabe señalar que como resultado de esa conducta ocasionó lesiones en la integridad física del Infante de Marina Regular Martínez Jaimes, lo que produjo una afectación al servicio dado a que, los hechos ocurrieron en actos de servicio bajo la orden de operaciones No. 005/GBIM12-SCBÍM12/17, lo que produce según la entidad, una pérdida de confianza del mando naval para con el señor Mercado Ávila, quien en su calidad de Cabo Primero tenía bajo su mando personal subalterno, quienes ven a su superior como un ejemplo a seguir; adicionalmente, considera esta Magistratura que, de acuerdo al informe de novedad, el señor Fabio Luis Mercado Ávila adquirió con antelación los elementos médicos y herramientas con las que resulto herido el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes de lo cual se puede inferir fue una actividad planeada.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que la administración, en el caso en concreto, utilizó de manera adecuada la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante, al tiempo que en contra de él se adelantaban investigaciones de carácter penal y disciplinario, pues el retiro se encuentra debidamente motivado y justificado, dado a que los hechos por los que fue retirado afectaron la prestación del servicio y el buen funcionamiento de la entidad.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos contenidos dentro del recurso de apelación y alegatos de conclusión en los que expone la parte actora que, el retiro discrecional del accionante obedeció a motivos sancionatorios y precipitados en los que no se tuvieron en cuenta el buen desempeño y hoja de vida del señor Fabio Luis Mercado Ávila, resalta la Sala que, dichos argumentos no están llamados a prosperar dado a que una buena hoja de vida, condecoraciones y felicitaciones no enervan el uso de la facultad discrecional por parte de la administración, máxime cuando se denota dentro del informe de novedad presentado por el Infante de Marina Regular Gersón Duván Martínez Jaimes que, posterior a los hechos y al observar la gravedad de las heridas, el Cabo Primero Mercado Ávila conminó a mentir al Infante de Marina para que reportara ante sus superiores que, las heridas se las había auto infringido con una cuchara caliente<sup>40</sup>.

Así mismo, esta Sala resalta que un buen desempeño laboral y una buena hoja de vida no deben traducirse en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para retirar de manera discrecional a sus miembros<sup>41</sup> ya que tal y como lo indicó el *a quo* el buen rendimiento, condecoraciones y felicitaciones corresponden al comportamiento normal que debe asumir todo servidor público, por lo tanto dicha prueba no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, el cual se encuentra debidamente fundamentado en hechos ciertos, los cuales afectaron la prestación del servicio de la entidad.

En cuanto la expedición del acto administrativo de retiro en concomitancia con la investigación disciplinaria en contra del Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila, manifiesta la Sala que conforme a la tesis acogida por el Consejo de Estado<sup>42</sup> se señala que *la facultad discrecional debe ejercerse*

<sup>40</sup> Folio 61, 01CuadernoPrincipalPrimerInstancia, expediente digitalizado, expediente digitalizado

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia De Unificación 237/19. Referencia: T-6.530.835 Y T-6.695.687. Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO. Bogotá, D.C., Treinta (30) De Mayo De Dos Mil Diecinueve (2019).

<sup>42</sup> Sentencia Del 25 De noviembre De 2010, Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero

13001-33-33-001-2018-00101-01

*de manera que pueda distinguirse si la decisión de desvincular al uniformado se produce por razones de mejoramiento del servicio, pues lo contrario supondría, un uso desproporcionado de la figura y orientado a eludir el juzgamiento de la conducta del servidor a través de los trámites sancionatorios.*

Contrario sensu a lo manifestado por el demandante, la Sala considera que su retiro si obedeció a la mejora en la prestación de servicios en tanto el comportamiento y acción emprendida por el demandante aquí descrita deterioró la confianza en que como miembro de la institución militar va a desarrollar las misiones y ordenes encomendadas de forma ajustada a la ley y la constitución política, de forma honesta, con dedicación, compromiso, profesionalismo, disciplina y responsabilidad, valores que son inherentes al servicio militar y su desconocimiento sin ninguna duda afectan el servicio.

Con relación a la falta de proporcionalidad y razonabilidad en la decisión, se tiene que como se explicó al inicio del proyecto, el retiro no constituye una sanción, sino un mecanismo para asegurar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento, en ese orden de ideas, la Sala considera que la conducta aquí analizada sin entrar en mayores elucubraciones si afectó el buen servicio institucional, pues como ya se dijo desconoció valores propios de la institución militar y en general desconoció el ordenamiento jurídico, hasta el punto de poner en riesgo la vida y afectar la integridad física de un miembro de la institución así como deterioró la confianza que se requiere al interior de ese cuerpo militar para lograr los objetivos y metas propios de esa entidad, así las cosas la decisión aquí cuestionada fue proporcional y razonable frente a lo perseguido bajo esa figura.

De lo anterior, reitera la Sala que la facultad discrecional empleada por la Armada Nacional no se evidencia que se encuentra fundada en falsos motivos, por hechos distintos o no tenga el carácter u aplicación jurídica correspondiente al caso en concreto, por lo que resulta forzoso para esta Magistratura declarar que el acto administrativo enjuiciado fue resultado o consecuencia de la vulneración de principios éticos de la institución por parte del aquí demandante así como resultado de la pérdida de la confianza de los otros integrantes hacía él, aspectos que son indisolubles a la hora de desarrollar el servicio militar, siendo estos motivos válidos para la expedición del acto administrativo aquí analizado.

---

Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado Interno (0938-10). Expediente: 50-001-33-33-004-2015-00067-00

13001-33-33-001-2018-00101-01

En virtud de lo anterior, esta Magistratura considera que dentro del expediente no existen elementos probatorios con los cuales la parte actora pueda desvirtuar la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017, por lo que no es posible determinar que el acto acusado hubiese perseguido un fin distinto a lo consagrado en el Decreto 1790 del 2000 con fundamento en la afectación del servicio, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia del 29 de octubre de 2019 que denegó las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto con precedencia.

#### **5.6. CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso numeral 3, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante que resultó vencida dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

#### **5.7. LA DECISIÓN.**

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 de fecha veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

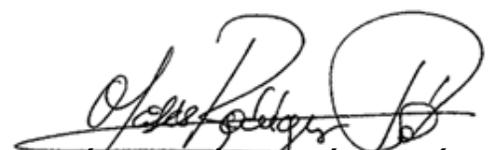
*Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.*



LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-33-33-001-2018-00101-01