



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 22 de agosto de 2022

MAGISTRADO PONENTE: OMAR EDGAR BORJA SOTO

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE	76109-33-33-003-2019-00090-01
DEMANDANTE	EVER DAVID OLIVERO CALIS ivcabogados10@gmail.com laurasolartem@gmail.com yuc_123@hotmail.com ivasquez@ivcabogados.com
DEMANDADO	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL notificaciones.buenaventura@mindefensa.gov.co
ASUNTO:	confirma auto que niega medida cautelar de suspensión provisional

ADVERTENCIA SOBRE PUBLICIDAD DEL EXPEDIENTE Y MEMORIALES.

En aras del cumplimiento del artículo 461 de la Ley 2080 de 2021 que modifica el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, las partes cuentan con los documentos necesarios para formular sus alegaciones en la medida en que fueron notificados de todas las actuaciones surtidas en el proceso y se surtieron los correspondientes traslados.

La **Ley 2080 del 2021**, vigente en materia procesal a partir del 26 de enero de este año, reformó el CPACA, por lo cual se hacen las siguientes precisiones:

El expediente físico fue digitalizado y puede consultarse en el repositorio MERCURIO, previa solicitud de acceso al siguiente link <https://bit.ly/3i5HGEU> . En el siguiente link encontrará un video tutorial para el ingreso: <https://bit.ly/3BQHMIln>.

El expediente digital está en la sede electrónica SAMAI, donde podrá consultar las actuaciones en el botón “CONSULTA DE PROCESOS” en el siguiente link <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

¹ **Artículo 186. Actuaciones a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones.** Todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtir en forma escrita deberán realizarse a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio.

Las partes y SIIS apoderados deberán realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Suministrarán al despacho judicial y a todos los sujetos procesales e intervinientes, el canal digital para que a través de este se surtan todas las actuaciones y notificaciones del proceso o trámite. Así mismo, darán cumplimiento al deber establecido en el numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso.

El Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en todas las actuaciones que deba conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para tal efecto, se deberá incorporar lo referente a la sede judicial electrónica, ; formas de identificación y autenticación digital para los sujetos procesales, interoperabilidad, acreditación y representación de los ciudadanos por medios digitales, tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, expediente judicial electrónico, registro de documentos electrónicos, lineamientos de cooperación digital entre las autoridades con competencias en materia de Administración de Justicia, seguridad digital judicial, y protección de datos personales.

Parágrafo. En el evento que el juez lo considere pertinente, la actuación judicial respectiva podrá realizarse presencialmente o combinando las dos modalidades.

En SAMAI también encontrará la VENTANILLA VIRTUAL, link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/> donde los sujetos procesales podrán solicitar ACCESO A LOS EXPEDIENTES para consultar documentos protegidos, pedir CITA VIRTUAL y además deberán RADICAR MEMORIALES Y ESCRITOS los cuales se gestionarán directamente al proceso, lo que garantiza celeridad, economía, eficiencia, transparencia y publicidad, por tanto, es el canal oficial para recibir memoriales a partir del 16 de mayo de 2022.

Para el ACCESO A LOS EXPEDIENTES debe ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Acceso a expedientes” aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo, anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso.

Para radicar memoriales debe ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Memoriales y/o Escritos”, aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso y cargar los archivos con destino al proceso en los formatos permitidos pdf,.docx,.doc,.xlsx. Tamaño máximo por cada archivo: 20 MB.
En el siguiente link podrá consultar un video tutorial que lo guiará en SAMAI VENTANILLA VIRTUAL

Solo de manera subsidiaria continuarán recibiendo escritos y memoriales en el correo electrónico: rpmemorialestadmvcuca@cendoj.ramajudicial.gov.co identificando la radicación completa del expediente, el magistrado ponente, el medio de control, las partes y el asunto so pena de no gestionar el memorial. Las partes darán cumplimiento al artículo 78.14 del CPG.

Auto Interlocutorio Nro. 337

I. ANTECEDENTES

La parte demandante instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Armada Nacional, para la declaratoria de nulidad de la orden administrativa de personal No. 1499 del 27 de noviembre de 2018 **“por la cual se retiró del servicio activo** por decisión del Comandante de la Fuerza a un Infante de Marina Profesional de la Armada Nacional.”

Solicitó como medida cautelar, la suspensión del mencionado acto administrativo argumentando que aquel salió del ordenamiento jurídico

*“al emitirse sentencia y /o audiencia de Juicio Oral de fecha 20 de noviembre de 2020, con **sentido de fallo absolutorio** en favor del señor EVER DAVID OLIVERO CALIS por los **delitos** de apoderamiento de hidrocarburos y concierto para delinquir agravado, proferida por el **Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado De Buga** bajo el número de radicado No. 76001-60-00-000-2018-01155 y radicado No.76001-60-99-030-2017-00065 SPOA MATRIZ, generando en consecuencia, el decaimiento del acto administrativo materia de análisis y la pérdida de fuerza de ejecutoria del mismo, por cuanto los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basó el citado acto desaparecieron del ordenamiento jurídico con ocasión al fallo absolutorio aludido.”*

Concluyó que el acto se encuentra viciado de falsa motivación por cuanto lo que sirvió de base para argumentar el retiro discrecional no existe, sumado a que se desconoció su presunción de inocencia al ser retirado sin existir condena en firme.

Por su parte, **el a quo profirió Auto No. 022 del 31 de enero 2022 negando la medida cautelar**, al considerar:

“... en las consideraciones consignadas en la Orden Administrativa de Personal No. 1499 del 27 de noviembre de 2018... se hace un recuento de las actuaciones realizadas por parte de la entidad demandada frente al caso del demandante, así como del análisis de las pruebas existentes en ese momento respecto del proceso penal iniciado en contra del actor, considerando como motivación del acto administrativo la afectación grave al servicio, la pérdida de la confianza y la mejora del servicio independientemente de la decisión que se fuese a tomar dentro del correspondiente proceso penal.

Finalmente debe señalarse que pese a que la accionante allegó como pruebas, copia del expediente administrativo o de documentos que tenía en su poder; dicha situación por sí sola no es indicativa de la urgencia o inminencia de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, que haga procedente la medida cautelar solicitada, tal como lo prescribe el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.”

En desacuerdo, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, reiterando que los fundamentos del acto acusado desaparecieron, sumado a que el perjuicio padecido se traduce en el desempleo pasando por una mala situación económica. Añadió que era deber de la entidad motivar siquiera en forma mínima la decisión, evitando al accionante la carga de demostrar que su retiro no obedeció a razones del servicio.

Mediante Auto No. 072 del 21 de febrero de 2022, el a quo desató el recurso de reposición reiterando que el análisis pretendido corresponde a la sentencia del proceso, al no ser ostensible vulneración alegada, máxime cuando en la audiencia de imputación del proceso penal, el señor Ever David aceptó los cargos que se le imputaban. No repuso la decisión y concedió el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con el literal h) del numeral 2° del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a las salas, secciones y subsecciones, dictar entre otras providencias, la que resuelva “la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.”

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”

La Corte Constitucional, en **sentencia C-834 de 2013** se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

“(…) **Las medidas cautelares, son** aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento **protege, de manera provisional**, y mientras dura el proceso, **la integridad de un derecho que es controvertido** en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)”².

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, creó un **moderno y amplio régimen de medidas cautelares**, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. Además, indicó que las medidas cautelares proceden: i) en cualquier momento; ii) a petición de parte -debidamente sustentada; y iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El CPACA en su **artículo 230 clasificó las medidas cautelares** como:

- i) **preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho;
- ii) **conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un statu quo;
- iii) **anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y
- iv) **de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 ibídem determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación: 11001-03-24-000-

² Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Exp. D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

2014-00682-00, recordó en cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para adoptar una medida cautelar lo siguiente:

“En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”³. No obstante lo anterior (sic), a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”.

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**.

El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]”⁴ (Negrillas fuera del texto).

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir **el fumus boni iuris y el periculum in mora**, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub **principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”⁵(Negrillas no son del texto).”

³ Artículo 229 del CPACA

⁴ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) *Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’* // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (**idoneidad**); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la

Se tiene entonces que, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada, debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho y el (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora.

2.2 DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ACUSADO.

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la C.P. y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”.⁶

Para la **suspensión provisional** de los efectos de los actos administrativos la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P., Roberto Augusto Serrato Valdés, anteriormente citada, recordó los postulados de la medida de suspensión provisional en providencia del 13 de mayo de 2015⁷ y señaló que:

“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro

menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (**necesidad**) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de **ponderación**, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes **condiciones**: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

⁶ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 13 de mayo de 2015. Radicación: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (...). ”.

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015⁸, en el cual subrayó lo siguiente:

“(...) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan **Fumus bonis iuris (apariciencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)**”.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

“(...) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una **confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**.

Este **análisis inicial** permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa **valoración inicial o preliminar**, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto”⁹.

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, CP: María Elizabeth García González. 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

⁹ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Exp. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negritas fuera del texto).

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

En el caso sometido a consideración, la parte actora pretende la suspensión provisional de la orden administrativa de personal No. 1499 de 2018 mediante la cual se retiró del servicio activo al Infante de Marina de la Armada, Ever David Oliveo Calis por Voluntad del Comandante de Fuerza.

En el acto acusado se narró que el 19 de octubre de 2018 en las instalaciones de la Brigada de Infantería de Marina No. 2 fue capturado el Profesional Ever David Olivero Calis, siendo puesto a disposición el mismo día ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, quien en audiencia **legalizó la captura, el registro y allanamiento, formuló la imputación de cargos e impuso medida de aseguramiento** por el delito de apoderamiento de hidrocarburos en concurso real con concierto para delinquir agravado.

Que los días 20 y 22 de octubre de 2018, **aceptaron cargos 11 de las personas imputadas, entre ellas, Ever David Oliveros Calis**; y que el 23 de octubre se dispuso detención preventiva en establecimiento de reclusión, librándose la orden de encarcelación para el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad - EPMSC de Buenaventura. Decisión que fuere apelada.

En razón de lo anterior, la entidad en el acto cuestionado consideró existir una grave **afectación a la prestación del servicio por la medida de aseguramiento y la imposibilidad material de la prestación del servicio, sumado a la contravención al principio a la moralidad** administrativa. Concluyó existir pérdida de confianza en el uniformado y en tal sentido, adoptarse la decisión de su retiro para el mejoramiento del servicio. En detalle:

En el caso que nos ocupa, en la actualidad existe una inferencia seria y razonable, toda vez que el Infante de Marina Profesional **OLIVERO CALIS EVER DAVID**, sin duda alguna genera una grave afectación al servicio, como quiera que el tripulante actualmente se encuentra privado de su libertad, sin poder cumplir las funciones para las cuales fue destinado en la institución (sic).

Que lo anterior sin duda contraviene el principio de interés general que prima en el servicio público, y este interés general a nivel de la Fuerza Pública cobra una alta relevancia al interior de la sociedad, como quiera que tenemos a cargo el cumplimiento del mandato constitucional del deber de protección de la vida, honra y bienes de la población, y para cumplir este mandato en las zonas rivereñas de la Brigada de I.M. No. 2, es indispensable contar con un eficiente personal que permita negar el acceso a los actores generadores de violencia, en el pacífico (sic) colombiano (sic).

Que la grave afectación del servicio no sólo se ve reflejada en estos aspectos que inciden en el cumplimiento de la misión constitucional y la defensa del interés general, sino también en la contravención al principio de la moralidad administrativa, puesto que esta conducta desplegada por el Infante de Marina Profesional **OLIVERO CALIS EVER DAVID** constituye un acto de corrupción que afectó la gestión pública de la institución (sic).

La conducta que es objeto de reproche, denota por parte del Infante de Marina Profesional **OLIVERO CALIS EVER DAVID**, una acentuada carencia de los principios y valores militares que por mandato de la Ley (sic), nos son exigidos para poder realizar las tareas que impone la vida militar, como lo son entre otros, la honestidad, el honor, la rectitud, la transparencia, el servicio y la lealtad, así tenemos que el artículo 5° de la Ley 1862 de 2017, al tratar el tema de los Principios de la Condición Militar, expresamente dejó consignado, lo siguiente:

“La condición del militar se sustenta en el acatamiento de la Constitución y las leyes, la total convicción por el respeto de la dignidad humana, la transparencia, veracidad y efectividad de sus actos, la unión, el mejoramiento continuo y la búsqueda de cooperación e integración interinstitucional”. Subrayado fuera de texto

Las actuaciones que están ligadas a la corrupción, generan un estado de zozobra, inseguridad y temor frente a las personas involucradas en estas prácticas contrarias a la ley, porque se pierde la credibilidad respecto de sus cualidades y condiciones tanto éticas como profesionales y por lo tanto se fractura la confianza requerida para llevar a cabo un trabajo en equipo que permita sacar adelante las tareas que demandan tanto las actividades logísticas, administrativas y operacionales al interior de la Institución.

Prescindir del servicio del Infante de Marina Profesional antes citado del cual ya se perdió la confianza y del cual se tiene total incertidumbre de qué acciones haga en el futuro, contribuirá en el mejoramiento continuo de la Institución por cuanto se estará depurando a la Fuerza de personas desprovistas de los valores, principios y cualidades requeridos al interior de la Armada Nacional para apalancar esfuerzos encaminados a realizar una excelente gestión pública en el marco de la misión Constitucional y legal que se nos ha encomendado.

Que el Señor Comandante de la Brigada de Infantería de Marina No. 2, recomendó retirar por razones del servicio y en forma absoluta al Infante de Marina Profesional **OLIVERO CALIS EVER DAVID**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 78.113.827.

Ahora, visto el **Decreto 1793 de 2000** “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, se encuentra que contempla varias **causales de retiro**, entre ellas la dada por la decisión del Comandante de la Fuerza, a saber:

“ARTICULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

ARTICULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva (...)

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.

2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.

ARTICULO 13. RETIRO POR DECISIÓN DEL COMANDANTE DE LA FUERZA. En cualquier momento, **por razones del servicio** y en ejercicio de su **facultad discrecional**, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva.”

De suerte que, constituye una causal válida el retiro del Soldado Profesional por voluntad del Comandante de Fuerza, decisión que es de índole discrecional, pero debe estar fundada en razones del servicio.

A su turno, el Consejo de Estado en reciente providencia del 07 de abril de 2022, de importancia jurídica, unificó los criterios para el retiro del servicio por voluntad del Gobierno nacional o discrecional¹⁰, indicando:

“...resulta menester armonizar el criterio de esta Corporación a la luz de los postulados constitucionales tendentes a proteger tanto el interés público como los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de quienes son separados del servicio militar y policial en ejercicio de la facultad discrecional, en la medida en que el «estándar mínimo de motivación» al que alude la Corte Constitucional, permite que el interesado pueda conocer los soportes que sirvieron de fundamento a la respectiva recomendación de retiro y el consecuente acto de desvinculación, para que posteriormente pueda ventilar sus inconformidades ante el juez de lo contencioso-administrativo, y este a su turno pueda valorar de manera objetiva si la motivación del acto administrativo estuvo inspirada en el mejoramiento del servicio público o encubre una finalidad contraria a las necesidades del servicio.

El «**estándar mínimo de motivación**», así denominado por la Corte Constitucional y que en este fallo se procura armonizar frente al criterio decantado por esta Corporación acerca de la no motivación expresa de actos discrecionales, busca que las razones de buen servicio, ínsitas en este tipo de decisiones, puedan ser controvertidas por el interesado en sede jurisdiccional de una mejor manera que garantice su tutela judicial efectiva, por lo que es necesario que sean conocidas por él, para poder determinar también por parte del juez si responden a un examen serio por la Administración respecto no solo de la hoja de vida del servidor, sino de su desempeño laboral durante el servicio y cualquier otra circunstancia que conduzca a tachar ante sus superiores y altos mandos su moralidad, eficiencia y disciplina en ejercicio de la función policial o militar.

(...) En el evento en que la correspondiente recomendación de retiro no esté expresamente sustentada o **no se permita al interesado conocer los hechos y razones** que le dieron lugar, vale precisar que esta sola circunstancia no conduciría de inmediato a la ilegalidad del acto de desvinculación, pues con los anteriores parámetros no se pretende vaciar de contenido la facultad discrecional, por lo que en sede judicial el juez deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, esto es, la coherencia y concordancia entre el ejercicio de la facultad discrecional y la finalidad perseguida (mejoramiento del servicio), que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de las respectivas evaluaciones, hoja de vida y demás documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad.

(...) **Reglas de unificación.** A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares (cuya normativa resulta materialmente igual para efectos de esta situación administrativa) por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, la Sala fija las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en **razones objetivas** (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

ii) En la diligencia de **notificación del acto de retiro** del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa.

iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las **condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión** administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022. 07 de abril de 2022. Rad. 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016)

valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad.”

Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia anotada estaba encaminada de forma específica al retiro de los miembros de la Policía Nacional, lo cierto es que, entre líneas señaló ser aplicable para los miembros de las Fuerza Militares en general por regirse el retiro de formas similares.

En consecuencia, por analogía se concluye su aplicabilidad para el sublite, por cuanto el retiro por decisión del Comandante de la Fuerza, atañe a **una facultad discrecional, que en todo caso, debe estar fundada en razones del servicio.**

De suerte que, con apego a las reglas jurisprudenciales se extrae que resulta necesario que el acto de retiro se base en razones objetivas, sin visos de capricho o arbitrariedad y le sean entregados al desvinculado los soportes de la recomendación de retiro a fin de que pueda controvertir la decisión ante el juez contencioso administrativo atacando las razones que fundaron la desvinculación; en caso contrario, corresponderá al juez realizar juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa.

Descendiendo nuevamente al sublite, se encuentra que a pesar de que la decisión fue adoptada por recomendación discrecional que hiciera el Comandante de Fuerza, lo cierto es que, en el acto de retiro se consignaron de forma amplia las razones para la separación del servicio, destacando la pérdida de confianza en el uniformado por su incursión en una conducta deshonrosa para la entidad, la contravención al principio a la moralidad administrativa y la imposibilidad material de prestar el servicio por la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

De modo que, no avizora esta Sala de Decisión que las razones que motivaron el retiro del servicio hayan sido caprichosas o arbitrarias y por el contrario estuvieron respaldadas con la respectiva argumentación, haciéndose entrega del acto de retiro al accionante contentivo de las razones de la institución para que pudieran ser controvertidas ante el juez contencioso, como en efecto lo hizo.

Ahora, indica la parte actora que al haberse proferido sentencia absolutoria en favor del señor Ever David Oliveros, se produce el decaimiento del acto del retiro del servicio, debiendo reintegrarse el demandante al cargo que ostentaba hasta tanto se resuelva de fondo la controversia, conclusión que no resulta acertada por cuanto **la facultad discrecional para el retiro del servicio no estaba supeditado a las resultados de proceso penal**, al no establecerlo así la normativa aplicable, destacando que la norma llanamente contempla fundarse la decisión en razones del servicio, basado en causas objetivas y lejos de la arbitrariedad.

Concluye entonces esta Sala que la decisión de la entidad castrense no se ve caprichosa ni injustificada, contrario a ello, se dilucida que se explicaron en detalle los motivos para considerar la pérdida de confianza en el uniformado y por tanto la imposibilidad de prestación del servicio para la defensa de los derechos y valores de la comunidad.

Todo lo anterior destacando **que el retiro discrecional tuvo por fecha el 27 de noviembre de 2018 y el fallo penal absolutorio data del 20 de noviembre de 2020**, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, lo que comprueba que al momento de adoptarse el retiro discrecional del servicio existían razones para afirmar la imposibilidad de prestación del servicio.

Ahora, lo dicho en modo alguno está dirigido al estudio de fondo de legalidad del acto acusado, por cuanto ese es un análisis que le corresponde efectuarlo al juez de instancia, quien deberá valorar a profundidad las pruebas obrantes en el proceso tanto administrativo como penal y las que resuelva decretar a fin de desatar la controversia, no obstante, las presentes consideraciones van encaminadas a concluir que no existen razones suficientes para decretar en este momento procesal la suspensión solicitada, máxime cuando el acto acusado -en su parte formal- se acompasa con los criterios jurisprudenciales para las decisiones del retiro del servicio, en tanto la decisión se produjo con base en una causal legal del retiro como lo es la decisión del Comandante de Fuerza y además se señalaron las razones por las cuales la entidad consideró que era necesario su relevo para el mejoramiento del servicio por la pérdida de confianza en el uniformado.

Finalmente, en cuanto a la manifestación de la parte actora de la grave situación económica que padece el señor Ever David Olivero por estar desempleado, se debe precisar que dicha situación per se no invalida la decisión adoptada por la entidad castrense y por tanto, no permita la suspensión del acto; ello sumado a que en todo caso, el fallo penal absolutorio data del año 2020, encontrándonos en el año 2022, luego entonces tampoco resulta atribuible su situación llanamente a la desvinculación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el Auto No. 022 del 31 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Buenaventura, mediante el cual se negó la suspensión provisional de la Orden Administrativa de Personal No. 1499 del 27 de noviembre de 2018, por las razones anotadas.

SEGUNDO: DEVUELVASE el expediente al juzgado de origen, previa anotación en SAMAI.

LOS MAGISTRADOS,

Firmado electrónicamente.
EDUARDO ANTONIO LUBO BARRO

Firmado electrónicamente.
OSCAR SILVIO NARVAEZ DAZA

Firmado electrónicamente.
OMAR EDGAR BORJA SOTO