



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
Valledupar, veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015).

ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE : JHON JAIRO BERDUGO VELASCO  
DEMANDADO : LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL  
RADICACIÓN : 20-001-33-33-001-2013-00278-00

**I. ASUNTO**

JHON JAIRO BERDUGO VELASCO en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrada en el artículo 138 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda en contra del LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

**II. DEMANDA**

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre los siguientes:

**III. PRETENSIONES**

**PRIMERO:** Declarar que es nula la Resolución No. 1992 de fecha 12 de octubre del año 2012, notificada el día 12 de octubre del año 2012, acto mediante el cual el demandante JHON JAIRO BERDUGO VELASCO fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional. (sic)

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración anterior se ordenará el reintegro del demandante al cargo que ocupaba, o a otro de igual o mayor jerarquía, teniendo en cuenta los ascensos a que tenga derecho.

**TERCERO:** Se ordenará pagar todos los emolumentos (sueldos, sobresueldos, bonificaciones, primas, cesantías, subsidios, etc.), que deje de devengar desde el día de su desvinculación hasta cuando se produzca el reintegro.

**CUARTO:** Se declarará que para todos los efectos legales y en especial para prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad durante el tiempo que el demandante ha permanecido fuera del servicio.

**QUINTO:** Se ordenará que el monto a que ascienda la condena por concepto de los emolumentos dejados de percibir, sea reajustado en su valor para el momento del fallo, conforme a los índices de precios al consumidor certificados por EL DANE.

**SEXTO:** Se condenará en costas a la entidad demandada.

#### IV. HECHOS

Se sustenta esta demanda en los siguientes:

1. El señor Jhon Jairo Berdugo Velazco, ingresó al servicio del Ejército Nacional en el mes de marzo del año de 1998.
2. Posteriormente sigue sus funciones ininterrumpidamente hasta el día 12 de octubre del año 2012, en el grado de Sargento Viceprimero, fecha en que le notifican su desvinculación con fundamento por retiro discrecional, a través de la Resolución No. 1992 de la misma fecha (octubre 12 de 2012).
3. En el mes de agosto de 2012 en la ciudad de Bogotá, D.C., se reunió el comité de evaluación conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General de Ejército Nacional y el Jefe de la Décima Brigada Blindada de Valledupar, mediante Acta No. 619 de fecha 29 de Agosto de 2012, habiendo recomendado por razones del servicio y en forma discrecional, el retiro del servicio activo del demandante.
4. La facultad por retiro discrecional, aplicada al demandante, se produce por voluntad del Señor Comandante General de las Fuerzas Militares de Colombia, cuando se encontraba desempeñando sus funciones como Sargento Viceprimero.
5. Las razones que originan una recomendación para la aplicación de retiro discrecional al demandante, se infunde como principal medida en una orden de captura No. 20-001-3-2-618 de febrero 2012 emanada del Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías Ambulante BACRIM, quien impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario por el presunto delito de concierto para delinquir y extorsión agravada.
6. En este sentido se nota como la entidad demandada viola flagrantemente los Derechos Fundamentales establecidos en la Carta Política como lo es el debido proceso.
7. Siendo así, no es razonable las razones argumentadas por el Comité Evaluador del Ejército Nacional, en el sentido de expedir un Acta que lleve como motivo la aplicación de la Facultad Discrecional al demandante, sin permitirle defenderse y que a la postre no existe providencia en que se fije condena alguna.
8. Decisión está que atropella de una forma diáfana reitero derechos fundamentales, derecho al trabajo, valores, convicciones, principios en la carrera militar y como persona al demandante Jhon Jairo Berdugo Velasco.
9. El Señor Jhon Jairo Berdugo Velasco, al momento de ser retirado del servicio activo, contaba con 16 años y 6 meses, de estar prestando sus servicios al Ejército Nacional de Colombia, nunca registró en su hoja de vida, ninguna anotación

negativa, ni llamados de atención y sanciones, que transgrediera el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, contrario a ello si existen muchas anotaciones, conceptos y felicitaciones de carácter positivo.

10. Todas estas anotaciones, conceptos y felicitaciones se encuentran anotadas en su folio de vida, legalizadas por los Señores Comandantes de la Décima Brigada Blindada con sede en la ciudad de Valledupar y los diferentes Jefes y Segundos Jefes de Estado Mayor, a la cual pertenecía Berdugo Velasco.
11. Jhon Jairo Berdugo Velasco, se ha destacado por ser un excelente Suboficial, exaltando siempre en mantener y preservar la disciplina y la seguridad, tanto del personal y la comunidad en General, en aras del empeño personal, el cumplimiento de todas las labores encomendadas y la misión Institucional.
12. No está por demás precisar que existe en su historia laboral, registros varias Ginetas de buena conducta, el cual son otorgadas al personal de Suboficiales después de haber clasificado por la excelente disciplina y por no registrar ninguna clase de llamado de atención, ni sanciones disciplinarias.
13. En este sentido, el contenido de la hoja de vida del demandante Jhon Jairo Berdugo Velasco, no tienen ningún asidero su desvinculación, toda vez que posee una excelente hoja de vida, y durante su tiempo de servicio por más de 16 años en la Institución, no figura ninguna amonestación referente a su mal comportamiento, mala prestación del servicio o algún acto que represente un peligro para la sociedad y el Estado.
14. Por otro lado no existe ningún tipo de conducta que diere lugar a los lineamientos que amerita un retiro por facultad discrecional a Berdugo Velasco, solo excusado por el poder discrecional, que además tiene límites y que no debe violar los principios constitucionales.
15. Es menester relacionar un extracto de todas las excelentes anotaciones y el comportamiento de Jhon Jairo Berdugo Velasco y que se prueban en su hoja de vida
16. Como se aprecia en el extracto de la hoja de vida, la aplicación de la Facultad discrecional debió ser concomitante y proporcional tanto su contenido con los hechos que sirvieron de causa, relación que a las claras se nota que no existe en el presente caso.
17. Y si por alguna investigación penal se trata, en contra de del demandante no existe condena alguna en la que se le pueda imputar algún delito, por lo tanto Jhon Jairo Berdugo Velasco se presume inocente mientras no se le haya demostrado lo contrario.

18. Presunción esta, que el Ejército Nacional debió tener en cuenta, y no atropellar de una forma ligera todos los derechos fundamentales, legales, morales al demandante, dejándolo sin trabajo y sin cómo mantener a su familia.
19. En este mismo sentido Jhon Jairo Berdugo Velazco, formaba parte del Grupo del Programa de Becas otorgadas para el Personal Herido en Combate, según lo certifica el Acta de Junta Médica No. 3461 de fecha 15 de noviembre del año 2003, proferida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, y de conformidad con la Directiva Permanente No. 0188 de fecha 12 de junio del año 2009, proferida por el Comandante de Ejército Nacional de la fecha, General Oscar Enrique González Peña.
20. Beneficio al que el Ejército Nacional, por aplicar la facultad discrecional, también lo deja por fuera, perjudicando aún más sus estudios Universitarios; toda vez que el demandante cursa octavo semestre de derecho en la Universidad UDES con sede en la ciudad de Valledupar.
21. Por otro lado podemos afirmar y traer a colación una serie de hechos que originan además una clara violación a las normas legales y constitucionales con un retiro discrecional como lo es la desviación de poder.
22. Para el mes de enero del año 2012 el citante Jhon Jairo Berdugo Velasco, fue llamado personalmente a las oficinas de Sr. Coronel Segundo Comandante de la Décima Brigada Blindada, Coronel Jaime Alberto Muñoz Mariño, y en donde recibe por parte de éste varias amenazas de forma verbal, manifestándole que él era un bandido que pertenecía a las Bandas Criminales y que por ende iba a hacerlo trasladar o echar de la Institución.
23. Amenazas que efectivamente se materializaron en menos de un mes, cuando se le notifica al citante, el Radiograma de fecha 10 de febrero del año 2012, con Radicado No. 20125640126681 MDN-CGFM-CE-JEDEH DIPER-TRAS-SUB, mediante la cual se ordena su traslado para el Batallón o Grupo de Caballería Grupo Mecanizado Cabal con Sede en Ipiales - Nariño, Radiograma suscrito por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, Brigadier Gral. Fernando Cabrera Artunduaga.
24. Para esta fecha, ya existía una orden por acto administrativo de fecha noviembre 11 del año 2011 de acuerdo a OAP, que quien debía cubrir ese traslado era el SP Jiménez Abendaño Oscar Darío, del arma de caballería orgánico oficina control comercio de armas.
25. Si existía un Acto administrativo legalmente constituido, para surtir un traslado de un miembro de la Fuerza Pública-Ejército Nacional (SP JIMENEZ ABENDAÑO), quien ya tenía sus dos (2) años de permanencia en un Batallón y no pertenecía a ningún

Grupo de becas para estudio, como se explica que de forma inesperada se aplique a este mencionado acto pérdida parcial fuerza ejecutoria para expedir y comunicar un radiograma que viola flagrantemente derechos fundamentales del citante.

26. Con la orden del traslado del citante Berdugo Velasco, se violan sus derechos fundamentales como a la igualdad y a la educación, y se desconoce el fundamento legal de la Directiva Permanente No. 0188 de fecha 12 de junio del año 2009, mediante la cual se dictan procedimientos para la administración de personal de las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, suscrita por el Comandante de las Fuerzas Militares y autenticada por el Jefe de Personal Humano de las Fuerzas Militares, Directiva que ampara al citante.
27. El día 11 de febrero del año 2012, el Sr. Coronel Jaime Alberto Muñoz Mariño, quien además de amenazar con el traslado o el retiro del citante, de las fuerzas militares de Colombia, radica el acuerdo No. 001311-MDN-CGFM-CE-CCDN1-DIV1-BR10-B1-SUB-29.60, mediante la cual corrobora y notifica el mencionado traslado para IPIALES NARIÑO, y manifiesta además que Berdugo Velasco debía presentarse personalmente el día 17 de febrero del mismo año, o sea 6 días después, en el nuevo Batallón.
28. Como consecuencia de la influyente presión y persecución con abuso de autoridad, el citante presenta derecho de petición ante el Ministerio de Defensa y el Comando Ejército en la ciudad de Bogotá, en el sentido de que se le explicara cuales eran los motivos para que se diera un traslado de forma inesperada y que desbordaba a las claras la violación de derechos fundamentales como a la igualdad, a la educación y al debido proceso.
29. Derecho de petición que no fue contestado, sin que mi poderdante se viera en la obligación de impetrar una Acción de Tutela para poder obligarlos a que resolvieran de fondo su petición.
30. Ante la existencia de una Acción de Tutela, que ponía a las claras a los altos mandos de la Décima Brigada a la cual pertenecía con sede en la ciudad de Valledupar, el Ejército Nacional, emite la orden administrativa de personal de la Jefatura de Desarrollo Humano Nacional No. 1160 para el 8 de marzo del año 2012, mediante la cual se ordene el reingreso de mi poderdante SV. Jhon Jairo Berdugo Velasco del Batallón de Ipiales- Nariño, para la Décima Brigada Blindada, con sede en la ciudad de Valledupar.
31. Notándose con esto la violación y el abuso de poder ejército y los graves perjuicios que le fueron ocasionados a mi poderdante, toda vez que se vio en la obligación de paralizar su semestre de estudio, además de los económicos, ya que un traslado de estos genera inconvenientes cuando se tiene familia e hijos estudiando.

32. Como se puede ver el móvil del mencionado traslado de mi poderdante, no fue por necesidad del servicio, sino que tuvo un tinte netamente de influencias y manipulación de los traslados del personal que ya se encontraban legalmente establecidos y el abuso de autoridad por los Señores Oficiales Superiores al desconocer la normatividad que ampara al personal que se encuentra gozando de beneficios de Becas Estudiantiles, entre otros a Berdugo Velasco Jhon Jairo.
33. Sin tener en cuenta que Berdugo Velasco por pertenecer al Programa de Becas otorgadas para el Personal Heridos, no podía ser traslado y mucho menos a una ciudad donde no existía la forma de como continuar sus estudios, cuando ya estaba matriculado y cursando el 8 semestre de Derecho en la Universidad de Santander UDES con Sede en la ciudad de Valledupar.
34. Ante la notoria violación a los derechos fundamentales del citante y el abuso de poder por parte de sus subalternos, se nota a las claras la desviación de poder que se manifiesta con la sorpresa del retiro con aplicación de la facultad discrecional al citante SV Berdugo Velasco Jhon Jairo.
35. Indica lo anterior que la inconveniencia del retiro carece de fundamento, y por lo que el Comando Ejercito de las Fuerzas Militares de Colombia, hizo uso de la facultad Discrecional de manera arbitraria.
36. Hasta la fecha de la notificación del retiro del citante, El Ejército Nacional, no inició investigación disciplinaria y administrativa alguna y por ende violando consigo el derecho a la defensa, las garantías Constitucionales plasmadas en la Carta Política y demás garantías procesales y el Derecho a la Defensa, reflejando en esta actuación y decisión una típica acción de desviación de poder y de abuso a la autoridad.
37. Solo existe una investigación ante la Justicia Ordinaria, y en donde a la fecha de presentación del presente medio de control no figura fallo condenatorio alguno.
38. Como última asignación mensual el SV JHON JAIRO BERDUGO VELASCO devengó la suma de \$2.559.950.25.

#### V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones:

Artículo 99, 100, Decreto Ley 1790 del año 2000, Artículo 44 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y Artículos 2, 6, 25, 29 y 125 de la Carta Política.

Consagran los artículos 99 y 100 citados las causales de retiro de las personas al servicio de las Fuerzas Militares, entre ellas, por voluntad del Comando Ejercito del Ejercito Nacional,

entendida esta causal en el sentido de ser una causal de terminación normal, sin ser arbitraria de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución y que es necesario aplicarla como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados en el Ejército Nacional, constituyéndose en una herramienta previo realización de Comité de Evaluación del Ejército Nacional en pro del mejoramiento y excelencia institucional, que brinda las recomendaciones definitivas para la aplicación de la llamada Facultad discrecional.

## VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la entidad demandada manifestó que opone a todas y cada una de las pretensiones esbozada en el escrito de demanda, refiriéndose a los hechos manifestó lo siguiente los hechos 1°, 2°, 10°, 19° y 37° son ciertos, según se desprende de los documentos aportados en la demanda, los hechos 3°, 11°, 12°, 15°, 21° al 30°, no les consta, como tampoco existe prueba que corrobore tal apreciación, mientras que los hechos 4° al 9°, 13°, 14°, 16° al 18°, 20°, 31° al 36° y 38, considera que son falsos.

Que del análisis de las pruebas presentadas en la demanda, se evidencia que no existió desviación de poder ni falsa motivación de los actos administrativos que se demandan relacionados con la resolución número 1992 de 2012, del 12 de octubre de 2012, expedida por el Comandante del Ejército Nacional, se realizó en virtud de la facultad discrecional que tiene la institución para solicitar la baja a los suboficiales en el servicio que cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 1790 de 2000. A renglón corrido, el apoderado de la parte demandada hace un recorrido legal, y jurisprudencial de la facultad discrecional de la que goza el Comandante del Ejército Nacional para retirar a oficiales, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

Que hay inexistencia de una falsa motivación por cuanto se cumplieron cabalmente los requisitos de Ley para haber tomado la decisión del retiro por razones del servicio y en forma discrecional del demandante, es decir no se puede hablar que el acto administrativo en cuestión estuviera indebidamente motivado ya que éste se profirió con la existencia de los motivos legales previstos y con sujeción estricta de la Ley.

Que no solo en los grados de alta jerarquía se presenta el caso de que no existe cargo para todos los funcionarios que vienen en carrera de ascenso y que estos deben ubicarse de acuerdo a la planta de personal por lo cual y teniendo en cuenta que los ascensos son piramidales, los antiguos funcionario deben ir cediendo el cargo a los nuevos que vienen en carrera, ascendiendo solo unos pocos y de acuerdo a las vacantes.

Que se debe tener en cuenta que el retiro por razones del servicio y en forma discrecional se deben someter a concepto previo del comité de evaluación, quienes acogen o no las

recomendaciones que efectúan las respectivas fuerzas, las cuales tienen en cuenta que no todos los suboficiales podrán seguir en la carrera militar que esta es piramidal.

## VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**La parte demandante**, manifiesta que en el curso del proceso se recaudaron varios elementos de prueba, de los cuales podemos inferir que sin lugar a dudas las Fuerzas Militares no hicieron un uso correcto de la facultad discrecional al remover de su cargo a su mandante, que se encuentran en medio magnético la totalidad de la hoja de vida del actor lo documentos que demuestran las excelentes calidades, personales, laborales y militares de aquel, hoja de vida en la que constan además, felicitaciones y condecoraciones durante sus más de 16 años de servicio, sin embargo no fue examinada ni muchos menos analizadas por parte de la Junta Evaluadora como era su deber, antes de emitir el concepto que recomendara el retiro.

Que el señor Berdugo Velasco, se encontraba en un programa especial de las Fuerzas Militares por ser herido en combate y víctima de la misma, además de pertenecer a un programa de educación como plan de becas para estudio en la lista de programa universitario para personal herido en combate de las Fuerzas Militares y que a la fecha de su desvinculación se encontraba cursando VIII semestre de la Facultad de Derecho, calidad que a pesar de ser desvinculado de las filas militares no iba a perder, como es ser herido en combate y tener lesiones como resultado de ello, dejando como consecuencia en su desvinculación por parte del Ejército Militar en una desprotección en todos sus derechos.

En la totalidad de la hoja de vida que se arrima al expediente se denota la excelente comportamiento en toda la historia militar, en el que además de existir anotaciones, exaltaciones dentro de los parámetros normales, y que por sus resultados, no existe notificaciones alguna al demandante en el evento de que lo contrario hubiese sucedido. Mal podría en este caso el Ejército Nacional, aducir cualquier comportamiento ajeno a la excelente hoja de vida del Sargento, en el que además de ejercer un compromiso institucional, entregó con gran profesionalismo su desempeño y en el que ya poseía por su tiempo y amor al servicio un rango de Sargento Viceprimero.

**La parte demandada**, presentó sus alegatos, reiterando que se denieguen las pretensiones en el entendido que la parte demandante se sustrajo de demostrar en el transcurso del proceso las alegaciones de desviación de poder, que el retiro del sub oficial demandante se encuentra atada y/o relacionada con lo que establecen los artículos 99, 100 y 104 del Decreto 1790 de 2000, Régimen de Carrera del Personal de las Fuerzas Militares, en cuanto se refiere al retiro por facultad discrecional de retiro del servicio.

Para el caso puntual, el Gobierno Nacional ejerció un poder o competencia discrecional cuando de manera libre tomó la decisión del retiro por razones del servicio y en forma

discrecional al actor atendiendo la normatividad vigente, es decir el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. Adicionalmente para este tipo de casos del retiro por razones del servicio y en forma discrecional, la Ley no fija motivos que se deben o deberían ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por ley le está siendo dada a través del artículo 104 mencionado, es decir es necesario que la persona a la que se llama a retiro por razones del servicio y en forma discrecional haya estado en servicio activo por un lapso de quince (15) años o más.

Que la doctrina administrativa determina que para que se configure el denominado desvío de poder es menester que la administración pública en el ámbito de sus competencias, no importa en cabeza de quien esté, tenga la intención de tomar una decisión, que se adopta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla

### VIII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 14 de mayo de 2013 (fl.17) y se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 16 de mayo de 2013, a través de escrito la parte demandante presentó reforma de la demanda, acto seguido se ordenó la notificación a la entidad demandada, al Procurador Judicial Administrativo Delegado ante esta agencia Judicial, se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl. 356-361), vencido el término del traslado para la contestación de la demanda, el ente demandado presentó su escrito de contestación (fl.362- 401), se señaló fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437 del 2011, (fl 404), en la cual se fijó el litigio, se saneo el proceso y se decretó la práctica de prueba, fijando el día 23 de junio de 2015, para la realización de la audiencia, una vez concluida la etapa probatoria se ordenó correr traslado para los alegatos de conclusión, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 181 de la ley 1437/2011.

### IX ACERVO PROBATORIO

- Poder para actuar (fls. 18)
- Copia de la Resolución No. 1992 de 2012, por medio del cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares (fls.19-21)
- Comunicación personal No. 016033, mediante el cual le notifican de manera personal el retiro del servicio activo (fl. 22)
- Agotamiento de requisito de procedibilidad ante Ministerio Público (fl.23).
- Copia de cedula de ciudadanía del demandante (fl.46).
- Copia de la hoja de vida del señor sargento viceprimero @ Jhon Jairo Berdugo Velasco (fls. 47-354).
- Certificación salarial del señor sargento viceprimero @ Jhon Jairo Berdugo Velasco (fls.422-432)

## X. CONSIDERACIONES

### 10.1. Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar dentro de la presente contención si En este caso se trata de determinar si la desvinculación del señor sargento viceprimero ® Jhon Jairo Berdugo Velasco, del Ejército Nacional, ordenada mediante Resolución No 1992 del 12 de octubre de 2012, se ajustó o no a los parámetros constitucionales y legales que reglamentan la causal de retiro de manera discrecional por parte del Comandante del Ejército Nacional. Lo anterior para decidir en sede judicial si está viciado de nulidad el mencionado acto administrativo.

### 10.2. Antecedentes y Normatividad Aplicable.

La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra plasmada en el artículo 138 del C.P.A.C.A., la interpretación teleológica de esta disposición, está orientada a que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, pueda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; podrá también solicitar que se le repare el daño, esa misma puede incoarla quien, pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que se pagó indebidamente.

Así las cosas, el Despacho no puede sino abstenerse a los hechos narrados en la demanda, es por ello que esta agencia considera necesario para resolver este caso entrar a identificar las normas regladas que establecen las debidas formas en las que se puede retirar a los suboficiales, pertenecientes al Ejército Nacional, y así de esta manera determinar si se incurrió en algún error o irregularidad con el procedimiento llevado a cabo que tuvo como consecuencia la expedición de la Resolución recurrida, por lo que se trae a colación el Decreto 1790/00, con las siguientes normas:

El Decreto 1790 de 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 99 prevé. (...)

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

*Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales*

generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

**Artículo 100 causales del retiro.** Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

(...)

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

(...)

**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.

El Honorable Consejo de Estado<sup>1</sup> en sentencia ha ratificado lo siguiente:

*“Finalmente, resulta pertinente puntualizar que la normativa aplicable al sub-lite en parte alguna exige que el Comité de Evaluación respectivo deba dejar constancia de las razones objetivas por las cuales optó por la recomendación de retiro ni que requiera notificar su concepto a los funcionarios implicados*

*Así las cosas, tenemos que el demandante, fue retirado del servicio activo de la Armada Nacional, invocando las causas de retiro discrecional, en forma temporal con pase a la reserva en su calidad de Suboficial Segundo, según se anotó en el artículo primero del acto acusado previa recomendación del Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares, razón de más para clarificar que el nominador sí tuvo motivaciones en la decisión del acto de retiro, sin que éste requiriera explicar de otro modo sus móviles, debido a que se profirió, en ejercicio de las*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 26 de marzo de 2009, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp.8380-05

potestades sobre el personal subalterno y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo.

Por lo tanto, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demostrare en juicio, conforme al inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que se infringieron las normas en que debían fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Empero, corresponde al demandante en esos eventos demostrar las violaciones normativas acusadas.

### 10.3 De la falsa Motivación.-

La parte demandante, invoca como causal para la anulación del acto acusado, la falsa motivación y la desviación de poder, razón por la cual el Despacho, conforme a lo estipulado en El artículo 138 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad para impugnar los actos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad; entre los vicios indicados por la norma se encuentra el de falsa motivación del acto.

Dentro de este tema el Honorable Consejo de Estado<sup>2</sup> dijo:

*Así mismo, esa Corporación se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad:*

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.*

*En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad”*

El actor halla que el acto demandado se encuentra falsamente motivado y no correspondió con la realidad de los hechos y que por ende estaba viciado, la carga de la prueba para mostrar este vicio, le correspondía al accionante, situación que no se evidencia en el proceso, ya que conforme a lo establecido en Jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, sentencia de 8 de septiembre de 2005, véase similar concepto en pronunciamiento, Sección tercera, Sentencia del 25 de febrero 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Exp.15797.

determina que el retiro del servicio activo del Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva por parte del Comandante del Ejército Nacional, no es una sanción ni mucho menos una condena penal o disciplinaria al funcionario sino una medida autorizada por la Ley, para casos determinados y definidos discrecionalmente por el Gobierno Nacional, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

En estos casos el oficial puede ser incorporado cuando las necesidades de la seguridad nacional así lo aconsejen, por lo que encuentra esta agencia judicial que la parte actora simplemente se limitó a afirmar que el acto está falsamente motivado, sin demostrar y definir en qué basa dichas afirmaciones; por lo tanto respecto de este punto, se encuentra que si lo afirmado, no ha sido probado en el caso, se tendrá por parte de este Despacho, como simples afirmaciones que carecen de todo sustento probatorio para desvirtuarlas.

#### 10.4 De la desviación de poder.-

Alega la parte demandante que dentro del presente proceso, al proferir la resolución acusada la entidad demandada, busco un fin distinto a lo previsto en las normas, que el retiro del Ejército Nacional no obedeció a razones del buen servicio sino a una arrogante, arbitraria, vaga, imprecisa e indeterminada facultad discrecional (sic).

A lo concerniente a la desviación de poder, sobre la cual la jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia nos enseña:

*“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira entorno a lograrla mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2º de la Constitución Política y artículo 2º del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.*

*“Para Gordillo ‘existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley’. Laferriere sostiene que ‘La expresión - desviación de poder - consiste en desviar un poder legal del fin para el que se ha instituido, haciéndolo servir a fines para los cuales no está destinado’. ‘La desviación de poder - ha dicho Aucoc - es el hecho de un agente de la administración que realizando enteramente un acto de su competencia y conforme a las formas prescritas por la legislación usa de su poder discrecional para casos y por motivos distintos a aquéllos para los cuales se le ha atribuido dicho poder’*

*Finalmente para Alibert ‘La desviación de poder es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, y por motivos y para fines distintos de aquéllos de los cuales este poder le ha sido conferido.’(Causales de Anulación de los Actos Administrativos, Miguel*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 12 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp.3009-04, Actor Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón

*Largacha Martínez, Daniel Posse Velázquez, 1ª Edición, Editorial "Doctrina y Ley", Bogotá D.E., 1988, página 181).*

*De suerte que quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa".*

Así las cosas, del material probatorio arrimado al proceso, el Despacho no encuentra prueba alguna que indique que la decisión de retiro del servicio del demandante haya sido producto de desviación de poder del nominador y que él, haya abusado de la facultad discrecional conferida por la Ley, pues quedó más que demostrado que el acto demandado, fue expedido en atribución de la facultad discrecional, del cual se presume la legalidad y que fue expedido en cumplimiento del principio constitucional, en pro del mejoramiento del servicio.

Además, no se encontró prueba fehaciente de que el acto de retiro demandado, es contrario a la moral administrativa, por lo cual podemos concluir, que el actor no logró probar que el nominador hubiese actuado con móviles ocultos, que en el mismo no se encontraron vicios de falsa motivación o que su desvinculación evidenció la aplicación de una sanción por la comisión de una posible irregularidad.

Igualmente, se observa en el extracto de la hoja de vida del demandante arrimada al proceso, que están registradas las condecoraciones efectuadas, la formación académica, militar y civil, ascensos y felicitaciones recibidas, todo lo cual da fe de su buen comportamiento general. Sin embargo el hecho de que el funcionario cumpla con sus deberes, observe buena conducta, y haya recibido muchas felicitaciones, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no limita el poder de libre remoción ni la facultad discrecional del nominador de retirar del servicio activo al personal dentro de los parámetros legales.

De las consideraciones anteriores derivadas de la especial naturaleza del servicio en la Fuerza Pública, desde una perspectiva laboral tampoco existe ningún fuero de inamovilidad de sus integrantes. Los derechos de la carrera militar no implican estabilidad en el empleo, pues su protección se limita a los "grados, honores y pensiones", según el artículo 220 de la Constitución Política. Quiere esto decir que pueden ser removidos libremente, cumpliendo los procedimientos establecidos en la ley.

#### **10.5. El Caso Concreto.**

Está acreditado que mediante Resolución No 1992 del 12 de octubre de 2012, expedida por el Comandante del Ejército Nacional retiró del servicio señor sargento viceprimero @ Jhon Jairo Berdugo Velasco, en ejercicio de la facultad prevista en los artículos 99, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, en ejercicio de sus facultades sobre personal subalterno y en beneficio de la misión constitucional del servicio a su cargo por lo que para tomar la anterior decisión estuvo motivado en el buen servicio, por lo que si dicha motivación obedeció a circunstancias

ajenas a aquel, a la parte demandante le corresponde demostrar esa circunstancia conforme a las reglas de la carga de la prueba, pues esta clase de actos productos de la deliberación y el consenso se presumen ajustados a la legalidad.

No existe ningún motivo especial para invertir esa carga probatoria, ni estamos en ninguno de los casos señalados por el artículo 13 de la Constitución Política como categorías sospechosas de discriminación que implican un especial análisis y ponderación en salvaguarda del derecho fundamental de la igualdad.

Para complementar lo anterior, referente a la carga probatoria de desviación de poder, reiteramos la Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup>, traída en el fallo de primera instancia por el despacho de conocimiento:

*“La Jurisprudencia ha reiterado que el demandante debe cumplir la carga probatoria de acreditar que la decisión de retiro del servicio se produjo aduciendo motivos ajenos al cumplimiento del buen servicio, extralimitando o desbordando la facultad discrecional conferida legalmente al nominador. (...)”*

Por todo lo precedente, en el presente caso la entidad demandada aplicó correctamente las aludidas disposiciones para proferir el acto de retiro del demandante, ya que la determinación fue adoptada previo concepto del Comité de Evaluación, tal como lo exige el artículo 104 del decreto 1790 de 2000, con el fin de respetar el debido proceso; así mismo se debe tener en cuenta, que esta clase de desvinculaciones no son una sanción, ni mucho menos una condena penal o disciplinaria al funcionario, sino una medida autorizada por la Ley para casos determinados y definidos discrecionalmente por el Gobierno, previo el Concepto del Comité de Evaluación; igualmente, para este tipo de casos, el sargento viceprimero @ Jhon Jairo Berdugo Velasco, puede ser reincorporado cuando las necesidades de la seguridad nacional así lo aconsejen, tal como lo establece el artículo 115 del Decreto 1790 de 2000. Caso contrario ocurre, en la separación absoluta del servicio del Suboficial, pues en este evento no puede volver a formar parte de las Fuerzas Militares.

De lo anterior se tiene entonces, que el retiro temporal con pase a la reserva, es una facultad discrecional del Comandante del Ejército Nacional que por razones del servicio de los miembros de la Fuerza Pública, constituyéndose en una instrumento para el cambio generacional del personal uniformado, el cual debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia en el servicio de la institución.

Por consiguiente, la actuación de la entidad demandada al retirar del servicio activo al demandante no será objeto de censura alguna, al no haberse establecido que se violaran las normas constitucionales y legales alegadas en la demanda; y en tal sentido se negarán las súplicas de la demanda.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 26 de junio de 2008, C.P. Jesús Lemos Bustamante, Exp.6853-05

**Costas.** El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de las pretensiones deprecadas teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 6 del Acuerdo No 1887 de 2005, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de las pretensiones deprecadas en la demanda. Liquidense por secretaria.

**TERCERO:** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.

  
JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ  
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar