



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018-002016-00513-00
Demandante: **DANIEL ASCENCIO TORRES**
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **DANIEL ASCENCIO TORRES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.206.440 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución 0916 del 27 de abril de 2016, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares del demandante, por disminución de la capacidad psicofísica; ii) Acta de Junta Médico Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, a través de la cual se determinó que no era apto para prestar el servicio en la actividad militar y se dispuso que no era posible su reubicación y iii) Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 5408TML 15-2-695-TML 15-1-858MDNSG.TML41.1, del 17 de febrero de 2016, mediante la cual se confirma la decisión de no aptitud y no reubicación, contenida en el Acta de junta Médico Laboral y se modifica el índice de disminución de la capacidad laboral determinado en la misma.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

ii) Reintegrar al servicio activo al señor Daniel Ascencio Torres, con el grado y antigüedad de sus compañeros de curso o promoción, sin solución de continuidad y sea reubicado laboralmente.

ii) Reconocer y pagar a título de indemnización la totalidad de los haberes y prestaciones sociales dejadas de percibir como consecuencia de la desvinculación.

iii) Reconocer a favor del señor Daniel Ascencio Torres sobre las sumas adeudas los ajustes de valor, conforme a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., tomando para el efecto el IPC certificado por el DANE.

iv) Reconocer y pagar los intereses a que haya lugar, igualmente se le aplique la indexación y/o corrección monetaria, conforme a los criterios señalados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa desde el momento en que debieron sufragarse y hasta cuando se efectuó el pago o en su defecto otra fórmula criterio o sistema que resultare más favorable al actor.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la apoderada del actor aludió a los siguientes hechos:

1.2.1. Mediante acto administrativo No. 159 del 10 de diciembre de 1999, el actor ingresó como soldado bachiller en la Unidad DIRTRA.

1.2.2. El día 1 de abril de 2001, ascendió como alumno suboficial escuela, el 1 de marzo de 2002, al grado de Cabo Tercero, el 2 de marzo de 2005 a cabo segundo y el 1 de marzo de 2009, a Cabo Primero.

1.2.3. Desde el año 2002 al año 2012, en los grados mencionados obtuvo múltiples felicitaciones, por el cumplimiento de sus funciones y

responsabilidades, disposición, actitud capacidad de dinamismo y determinación de objetivos y tareas.

1.2.4. El 2 de julio de 2010, el actor recibió el título de Técnico Laboral por Competencias – Auxiliar de Enfermería, otorgado por el Hospital Militar Central e igualmente en julio de 2010, realizó entrenamiento especializado en servicios farmacéuticos, habiéndose desempeñado como Técnico en Auxiliar de Enfermería desde el 15 de julio de 2010 hasta el 5 de septiembre de 2011, en el mismo Hospital.

1.2.5. Mediante Acta de la Junta Médica Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, se determinó una disminución de su capacidad Laboral del 18.09%.

1.2.6. Mediante Acta del Tribunal Médico Laboral No. 5408 del 17 de febrero de 2016, se modificaron los resultados de la Junta Médico Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, señalándose una disminución de la capacidad del 9.0%, incapacidad permanente parcial, no apto para actividad militar, sin que se recomendara reubicación laboral.

1.2.7. Mediante la Ficha Médica Unificada del 25 de junio de 2014, se emitió concepto médico de psicología de la profesional KARIM CAMELO, quien señaló que al momento de la entrevista el paciente se encontraba marcado en tiempo y espacio, tenía coherencia en su discurso, introspección, prospección adecuada, negó antecedentes psicológicos, consumo de SPA y evidenció apoyo familiar.

1.2.8. Durante su carrera Militar, posterior al Acta Médica Laboral que consideró la pérdida de la capacidad del 9.0%, el demandante ocupó los cargos de i) auxiliar de presupuesto, del Batallón de Sanidad de Bogotá; ii) auxiliar de enfermería del Batallón de ASPC No. 18, en Arauca, 2010 y 2011; iii) Auxiliar de enfermería del Centro de Rehabilitación del Ejército Nacional, 2016; iv) Coordinador de Presupuesto Batallón de ASPC No. 18, año 2011 y v) Analista de Contratación año 2014, Batallón de Sanidad.

1.2.9. El 26 de diciembre de 2007, se emitió concepto médico por salud ocupacional, en el que se afirmó que el demandante tenía “*estado actual*

Bueno; Pronostico Bueno Actividades normales”.

1.2.10. El 4 de octubre de 2007, el Hospital Militar, servicio de neurología emitió el concepto No. 18985 en el que se indicó *“pronostico Bueno; estado actual normal, conducta a seguir continuar con actividades normales, no restricción de ninguna actividad físico o cognitiva”.*

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos el artículo 28 del Decreto 094 de 1989, los artículos 2° y 7° del Decreto 1796 de 2000, el Decreto 1790 de 2000 y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

i) Error procedimental

Afirmó que de lo calificado por la Junta Médico Laboral y por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, la patología que padece el actor no causa disminución de la capacidad laboral, por ende, no es lógica la motivación que da pie al acto administrativo que lo retiró del servicio de las Fuerzas Militares, por disminución de la capacidad física, cuando a la fecha goza del 100% de la misma, por lo que en su sentir el acto administrativo está viciado de falsa motivación, vulnerándose los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada de su representado.

Aludió que en el caso del demandante no se emitió ningún concepto de salud ocupacional ni por otra especialidad, incumpléndose lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1796 de 2000, amén que dentro de las causales contempladas en el Decreto 1790 de 2000, se encuentra de manera taxativa *“la disminución de la capacidad laboral”*, la cual debe entenderse cuando el trabajador no se encuentra en el 100% de la aptitud psicofísica, siendo que el señor Daniel Ascencio Torres, se encuentra al 100%, ya que como manifiesta el Tribunal Médico Laboral la disminución de la capacidad laboral, está en el 9%.

(ii) Falsa Motivación

Señaló que en el plenario obra el concepto de psiquiatría BASAN del 15 de abril de 2015, con consecutivo No. 073032, emitido y firmado por las Psiquiatras Carolina Acevedo e Indira Mondul, en el que se indicó como *“Diagnostico 1: Trastorno de adaptación resuelto, 2: examen mental actual dentro de los parámetros de la normalidad, secuelas de las lesiones o afecciones que presenta el paciente no aplica Propósito resuelto”*.

Afirmó que igualmente el 25 de mayo de 2015, se recibió el concepto médico por psiquiatría expedido por los especialistas Gabriel Hernández Kunzel y el Coordinador de Psiquiatría HOMIC Doctor Mauricio Garzón Ruiz que reporta *“paciente quien es remitido por realización de concepto médico de psiquiatría para ascenso, psicología valoración de enero de 2014, muestra rasgos de personal mal adaptativos del grupo C, pruebas Neuropsicologías muestra deterioro neurocognitivo leve a moderado, terapia ocupacional, refiere en su informe la necesidad de intervención y rehabilitación Integral”*.

En ese sentido, refirió que existe irregularidad entre dichos conceptos médicos, pues son contradictorios entre sí, amén que el Doctor Gabriel Hernández Kunzel solo atendió al actor para los años 2006 y 2007 y desde esas fechas no había tenido control con dicho profesional ni se le habían efectuado pruebas neuropsicológicas, siendo una información inexistente e inexacta.

Argumentó que en cuanto al concepto médico de la Doctora Indira Mondul, este fue emitido por varias situaciones, ya que si bien la misma no fue su médico especialista para el 2007, fue expedido previo al ascenso del grado de Cabo Primero, cuyo resultado llevó a aprobar el ascenso a dicho grado el día 1 de marzo de 2009, mediante OAP-EJC110 del 28 de febrero de 2009.

(iii) Violación de los derechos de defensa y contradicción

Señaló que el Tribunal Médico Laboral no le dio al actor la oportunidad legal para debatir o controvertir dichos conceptos médicos, pues solo fueron conocidos al momento en que se expidió la decisión del Tribunal, como tampoco se le permitió la comparecencia con una asistencia

médica o un profesional del derecho, por lo que ello viola el principio de contradicción y defensa.

(iv) Indebida valoración del material probatorio.

Afirma que dentro del expediente hay varios hechos probados, entre los cuales se destacan i) que el demandante presentó un tratamiento médico por la especialidad de psiquiatría durante los años 2006 y 2007; ii) que el 21 de noviembre de 2007, se le efectuó la Junta Médico Laboral, determinándose una pérdida de su capacidad laboral del 18.09%; iii) que fue ascendido al grado de Cabo Primero el 1° de marzo de 2009, mediante orden administrativa de personal No 1110; iv) que según concepto médico No. 006442 del 26 de diciembre de 2007, se recomendó “*actividades normales*” y v) que desde la fecha de valoración médica por la Dirección de Sanidad, ocupó diferentes cargos, de lo cual se evidencia que, si bien es cierto, en épocas anteriores el demandante presentó una patología, la misma fue superada y resuelta y por la evidencia física se puede considerar que el demandante efectuó labores administrativas y asistenciales al servicio del Ejército Nacional hasta la fecha del retiro.

(v) Vigencia y Validez de los conceptos médicos perdida por temporalidad

Sostiene que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, motivó su acto administrativo de conformidad con un examen médico de psiquiatría que para el momento de la valoración se encontraba sin validez ni vigencia, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 1796 de 2000, pues el mismo fue practicado el 19 de septiembre de 2007 y la Junta Médica fue realizada el 17 de febrero de 2016, es decir, que sobrepasa el término de vigencia contemplado en la normatividad vigente.

En ese sentido, afirma que tanto el acta del Tribunal Médico Laboral como la Resolución No. 0916 del 27 de abril, por la cual se dispuso el retiro del demandante, contienen una falsa motivación, máxime cuando en esta última se alude como causa del despido la disminución de la capacidad psicofísica de su prohijado, cuando en la actualidad esta se encuentra en el 91%.

Por último, manifestó que se debe tener en cuenta que el actor se encontraba reubicado dentro de la Fuerza desde el año 2007, fecha en la que le fue realizada la Junta Médico Laboral 21862, la cual fue objeto de revisión por el Tribunal Médico Laboral, ejerciendo desde entonces funciones administrativas sin ir en contra del cumplimiento de las funciones constitucionales de la fuerza.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **20 de junio de 2017**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que el demandante fue retirado del servicio activo de forma temporal con pase a la reserva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 99, 100 Literal a), numeral 5 y 106 del Decreto ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, mediante la Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016.

Manifestó que si bien el Decreto 1790 de 2000, faculta al nominador para adoptar la decisión de retiro del oficial o el suboficial en servicio activo que es llamado a cesar sus actividades, éste hecho no constituye ni sanción ni castigo, ni despido, sino es una figura que se convierte en un valioso instrumento de la Administración pública para relevar jerárquicamente a sus miembros en el evento de requerirse.

Aduce que en el peldaño de la vida militar en el que se encontraba el actor se evalúan a los oficiales y suboficiales que no han cumplido a cabalidad con el servicio encomendado, para decidir si continúan en actividad en la Institución, obedeciendo al criterio integral del buen servicio.

Señala que no existe ningún vicio de ilegalidad que pueda afectar el acto de retiro, pues los motivos aducidos en el mismo, corresponden a la

realidad fáctica del demandante, pues la calificación de su capacidad laboral fue efectuada en el año 2007, a través de la Junta Médica No. 21862, siendo que convocó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía pasados seis años, con la finalidad de que se revocara lo atinente al concepto de aptitud y la recomendación de reubicación laboral, situación que fue definida a través del Acta 5408 TML 15-1-858.

Argumenta que en dichas actuaciones administrativas se agotaron los procedimientos establecidos por la ley, es decir, se atendieron los antecedentes médicos del actor obrantes en la historia clínica y se tuvieron en cuenta sus antecedentes, contándose con la presencia del demandante quien no realizó observación alguna.

Sostiene que es falso que se le vulneró al actor el derecho de audiencia y defensa, pues se le valoró la condición médica, se le escuchó y fue atendido dentro de la oportunidad correspondiente, sin que en dicho procedimiento necesitara que se asignara un apoderado ni mucho menos que debía ser asesorado por un experto, como lo contemplaba el artículo 28 del Decreto 094 de 1989, pues el mismo fue derogado.

Afirma que no existió un error en el procedimiento, pues el acto por medio del cual se retiró del servicio al actor, satisfizo cada una de las etapas que la Ley dispone, máxime cuando la calificación de inaptitud corresponde a la realidad médica del demandante y a la efectiva pérdida de la capacidad laboral y si bien hubo una reducción de los índices lesionales, lo cierto es que por ese simple hecho no se encuentra al 100% de sus capacidades psicofísicas, más aún cuando las normas que determinan sus patologías son pasibles de diagnóstico de incapacidad con la vida militar.

Concluye que el acto de retiro se encuentra debidamente motivado, se expidió con fundamento en la ley y el reglamento, por funcionario competente y con el lleno de los demás requisitos legales.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito del **23 de julio de 2021**, allegado vía correo electrónico, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, señalando que de conformidad con el dictamen pericial efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca el actor no padece una enfermedad degenerativa, como tampoco catastrófica.

Manifiesta que la entidad demandada para definir si el actor podía continuar en la actividad militar, debió realizar la valoración de los documentos que son soporte por el organismo médico y no tomar la decisión bajo libre disposición como un poder absoluto, en virtud de lo contemplado en el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000.

Afirma que en el caso del demandante no se le efectuó el debido procedimiento, con el objeto de determinar si era reubicable, omitiéndose ordenar la práctica del concepto de salud ocupacional, como tampoco se tuvo en cuenta el tiempo de servicio del actor, los cargos y funciones desempeñadas, la incompatibilidad en la institución por investigaciones de orden legal, la historia laboral, la formación académica y las necesidades del servicio.

Aduce que al actor se le vulneró el debido proceso, pues el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para adoptar su decisión tomó dos conceptos médicos contradictorios, sin ordenar uno nuevo especializado, amén que no le dio la oportunidad de ser representado con una asistencia médica o un profesional del derecho.

Afirma que desde la fecha de la valoración médica efectuada al actor por la Dirección de Sanidad, este había ocupado múltiples cargos, de lo que se colige que si bien es cierto, existió en épocas anteriores una patología, aquella fue superada y resuelta, desarrollando labores administrativas y asistenciales al servicio del Ejército hasta la fecha de retiro.

Señala que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía motivó el Acta demandada con un examen médico de psiquiatría, que se encontraba sin validez, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 1796 de 2000, hechos que deben conducir a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues los actos demandados se encuentran viciados de las causales de nulidad expresadas en el libelo demandatorio.

Así mismo, se refirió al tema de la protección laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, efecto para el cual se ocupó de transcribir jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la parte demandada, dentro de la oportunidad no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal no rindió concepto

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

De conformidad con los medios de prueba documentales allegados al expediente, quedaron demostrados los siguientes hechos:

5.1.1. Sobre la disminución de capacidad Psicofísica y el retiro del actor del Ejército Nacional.

5.1.1.1. Acta No. No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, por medio de la cual la Junta Médica Laboral clasificó las afecciones del demandante, y calificación de capacidad psicofísica para el servicio, así: **INCAPACIDAD**

PERMANENTE PARCIAL-NO APTO-NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL.

5.1.1.2. Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 5408-TML15-2-695-TML15-1-858 MDNSG-TML-41.1 del 17 de febrero de 2016, en la que se confirmó la decisión de no aptitud, no reubicación y se resolvió modificar el índice de disminución de la capacidad laboral del 18.09% al 9%.

5.1.1.3. Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016, por medio de la cual el Comandante del Ejército Nacional retiró del servicio activo al señor Daniel Ascencio Torres en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica, de conformidad con lo establecido en los artículos 99 y 100 Literal a), numeral 5°, modificado por el artículo 24 de la ley 1104 de 2006 y el artículo 106 del Decreto Ley 1790 de 2000, y constancia de notificación de dicho acto administrativo.

5.2.2. Otras documentales.

5.2.2.1. Extracto de la hoja de vida del señor Daniel Ascencio Torres.

5.2.2.2. Copia del Diploma del título obtenido por el señor Daniel Ascencio Torres de Auxiliar de Enfermería.

5.2.2.3. Certificación expedida por el Jefe Sección Planeación SILOG MDN y el Coordinador Grupo SILOG-MDN del Ministerio de Defensa Nacional, en la que consta que el actor asistió al curso de compras en el sistema SAP.

5.2.2.4. Certificación proferida por la Subdirección de Docencia e Investigación Científica de la Escuela de Auxiliares de Enfermería, en la que consta que el actor realizó entrenamiento especializado en servicios farmacéuticos.

5.2.2.5. Certificación expedida por el Comandante del Batallón ASPC No. 18 ST RAFAEL ARAGONA el 5 de septiembre de 2011, que hace constar que el actor era orgánico del Batallón de A.S.P.C. No. 18 ST RAFAEL

ARAGONA, desempeñándose en la especialidad de enfermería, desde el 15 de julio de 2010.

5.2.2.6. Acta No. 059 del 9 de agosto de 2012, por medio de la cual el demandante tomó posesión del cargo de Auxiliar de Presupuesto en el Batallón de Sanidad en Campaña SL JOSE MARÍA HERNANDEZ.

5.2.2.7. Certificación proferida por el Director Centro de Rehabilitación Hospitalaria BASAN, en la que consta que el señor Daniel Ascencio Torres durante su permanencia en el cargo de rehabilitación hospitalaria del BASAN como cabo primero del Ejército, se desempeñó de manera responsable, sobresaliente y con disposición de trabajar en el área asignada; así mismo, demostró respeto y disposición hacia los demás trabajadores, compañeros y funcionarios del Establecimiento de Sanidad Militar, recomendándolo de manera positiva.

5.2.2.8. Oficio No. 48617 del 18 de junio de 2014, por medio del cual el señor Daniel Ascencio Torres informó al Secretario del Ministerio de Defensa Nacional, que el 19 de abril de “2014”, solicitó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía la revisión de la Junta Medica Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, teniendo en cuenta que no se encuentra de acuerdo con el concepto emitido por psiquiatría de NO APTO y que no se recomendaba reubicación.

5.2.2.9. Concepto de idoneidad profesional expedido por el Comandante del Batallón de Sanidad el 30 de julio de 2014, respecto de las condiciones profesionales, ética militar, ejercicio de mando y liderazgo, competencia administrativa, desempeño en el cargo, cultura física, compromiso institucional del señor Daniel Ascencio Torres.

5.2.2.10. Acta No. 0241 del 2 de mayo de 2016, por la cual el señor Ascencio Torres entregó la sección de historias clínicas del Centro de Rehabilitación Hospitalaria del Batallón de Sanidad al señor CS. JHON FREDY MOSQUERA ROBLEDO.

5.2.2.11. Concepto de Salud Ocupacional expedido el 26 de diciembre de 2007, correspondiente al demandante en el que se plasmó como diagnóstico *“hemofibromatosis desfusión severa, trastorno de personalidad”*.

5.2.2.12. Historia Clínica del señor Daniel Ascencio Torres expedida por el Hospital Militar Central de la especialidad de Psiquiatría del año 2006.

5.2.2.13. Concepto del servicio de Neurología expedido por el Hospital Militar Central – Dirección General de Sanidad Militar del Ejército el 4 de octubre de 2007.

5.2.2.14. Certificado de calificaciones expedido por la Escuela de Auxiliares de Enfermería del Hospital Militar Central.

5.2.2.15 Copia de las felicitaciones de las que fue objeto el demandante el 21 de junio y el 18 de octubre, ambas de 2013, por el Comandante Brigada Apoyo Logístico No. 1.

5.2.2.16. Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 80 Judicial I, para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.2.17. Cuaderno contentivo de los antecedentes administrativos del señor Daniel Ascencio Torres.

5.2.2.18. Historia Clínica de Urgencias y consulta externa expedida por el Hospital Militar Central, correspondiente al señor Daniel Ascencio Torres de los años 2013, 2014 y 2015.

5.2.2.19. Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 5 de junio de 2020, aclarado el 18 de septiembre del mismo año.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de enero de 2018, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer si las Actas Nos. 21862 del 21 de noviembre de 2007 y 5408-TML-15-2-695-TML 15-1-858 MDNSG-TML-41.1 del 17 de febrero de 2016, expedidas por la Junta Médica laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, *respectivamente*, por medio de las cuales se clasificaron las lesiones del actor y se determinó la disminución de su capacidad laboral y la Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016 a través de la cual fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional, se incurrió en las causales de nulidad alegadas de error procedimental, falsa motivación, vulneración de los derechos de defensa y contradicción e indebida valoración del material probatorio, que desvirtúen su legalidad.

Para ello, el Despacho abordará el estudio de la presente demanda, **desde el punto de vista constitucional**, dado que estamos en presencia del retiro de un suboficial del Ejército Nacional, por la causal de disminución de la capacidad psicofísica, y, por ende, sujeto de especial protección constitucional.

En ese sentido, los cargos formulados en el libelo demandatorio, de error procedimental, falsa motivación, indebida valoración del material probatorio y vigencia y validez de los conceptos médicos perdida por temporalidad, serán estudiados a partir de la normatividad constitucional y de las consideraciones realizadas por la Honorable Corte Constitucional sobre el tema.

Así las cosas el Despacho se referirá a: **i)** el criterio fijado por la Corte Constitucional sobre el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada, en casos de personas con disminución de la capacidad laboral **ii)** el régimen aplicable al retiro de los miembros de la Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica, **iii)** las Reglas fijadas por la Corte Constitucional aplicables al retiro de los miembros de la Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica y, por último, **iv)** definirá el caso concreto.

5.3.1. Alcance del derecho a la estabilidad reforzada en caso de personas con disminución de la capacidad laboral. Posición fijada por la Honorable Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, se pronunció respecto del alcance del derecho a la estabilidad reforzada, estableciendo que nuestra Carta Política en su artículo 13, ha conferido una protección especial a toda aquella persona que se encuentre en una situación de discapacidad, bien sea física, sensorial **o psicológica**, y que la ponga en una circunstancia de debilidad manifiesta, previendo como obligación del Estado **amparar** a todas las personas, teniendo en consideración las condiciones físicas, mentales o económicas, para garantizar el respeto al derecho a la igualdad. A su vez, los artículos 53 y 54 consagran el principio de la **estabilidad laboral** y la obligación de proveer formación profesional y técnica, tanto por parte del Estado como de los empleadores, a quienes lo requieran como en el caso de los que se encuentran en un estado de discapacidad o indefensión debido a su salud, para que puedan ser reubicados y, de esa manera, se les garantice la estabilidad laboral. Adicionalmente, el artículo 47 estableció la obligación del Estado de implementar políticas de *“prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*.

En ese sentido, afirma que esta protección ha sido reconocida a nivel nacional, a través de la Ley 361 de 1997, dirigida a crear mecanismos para lograr una integración social de personas que se encuentran en una situación de discapacidad, la cual estableció que estas medidas fueran aplicables a diferentes ámbitos de la vida cotidiana, tales como al educativo, **al laboral**, al de las comunicaciones, al del transporte, etc., en los siguientes términos:

*“Artículo 26. **No discriminación a persona en situación de discapacidad.** En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto

en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Bajo el tenor literal de la misma, expresó que “.....**en dicha preceptiva se evidencia la intención de que el Estado garantice a las personas en estado de discapacidad la posibilidad de desarrollar su vida con normalidad, sin que su condición implique un motivo de rechazo, exclusión o discriminación, estableciendo claramente que la discapacidad no puede significar un obstáculo para que las personas puedan vincularse laboralmente, a menos que se demuestre que efectivamente el ejercicio del cargo en cuestión es realmente incompatible con las circunstancias de salud en las que se halle”.**

Así mismo, consagró que “...a nivel internacional se ha reconocido la importancia de la protección de personas con discapacidad. a través de diversos tratados, entre ellos, la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 de 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre ‘Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad’, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras”.

Sobre el particular, aseveró que: “Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza **la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral.** Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación

del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica”.

Bajo dicho criterio ha expresado “.....que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no sólo significa garantizarle a la persona en estado de discapacidad o debilidad manifiesta su permanencia sino también su **reubicación laboral**, en un ambiente y condiciones en las que pueda desarrollar actividades laborales sin atentar contra su integridad.

Discurrió así la mencionada Corporación Judicial en sentencia **T-286 del 25 de junio de 2019¹**, Magistrada Ponente, Doctora: Cristina Pardo Schlesinger:

*“Esta Corporación ha enfatizado que, cuando una persona en estado de discapacidad no cuenta con la posibilidad de continuar desarrollando las actividades para las cuales fue vinculada, **tendrá el derecho a la reubicación laboral**. Dicha prerrogativa implica: “desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes; recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”.*

Del derecho a la reubicación laboral también se desprende que “cuando el empleador conoce el estado de salud de su empleado y tiene la posibilidad de situarlo en un nuevo puesto de trabajo, deberá reubicarlo. En caso de que no lo haga, y lo despida, se presume que el despido se efectuó como consecuencia de su condición, y que el empleador abusó de una facultad legal para legitimar una conducta omisiva”.

Al respecto, en la sentencia T-1040 de 2001, el máximo órgano Constitucional estimó que:

“El alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento

¹ Accionante: Cesar Augusto Ramírez Torres, Accionado: Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, expediente: 7.136.911.

del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

(...)

En algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud. Por supuesto, una persona que ha sido reubicada de su puesto normal de trabajo como consecuencia de una disminución física requiere capacitación para desempeñar sus nuevas funciones. De tal modo que, en este caso, la demandante requería ser capacitada para su nueva labor” (Subrayado fuera del texto)

*De igual modo, en la sentencia T-198 de 2006, en la que se estudió un caso similar, la Corte puntualizó que el **“estar en estado de discapacidad no puede convertirse en un obstáculo o barrera para poder reincorporarse laboralmente;** salvo en los casos en que el cargo y las circunstancias que rodean a la persona no sean compatibles para poder lograr una protección efectiva”.*

En varios pronunciamientos de esta Corporación se ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no sólo implica que una persona en condición de discapacidad pueda ser reincorporada, sino también la posibilidad de ser reubicada, teniendo en cuenta sus capacidades y garantizándole que no le sean desmejoradas las condiciones laborales que venía disfrutando. Al respecto, en la sentencia T-503 de 2010 se consideró que:

“(...) es obligación del empleador reubicar al trabajador en el desarrollo de nuevas funciones que no impliquen un riesgo para su salud.

(...)

Considera la Sala que, si bien le asiste razón al accionado con respecto a que para cumplir la misión constitucional encomendada, se requiere la plena capacidad sicofísica de un soldado profesional, al mismo tiempo, no debe perderse de vista, tal como se explicó, que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como es el caso de los soldados profesionales”. (negrillas fuera del texto original).

Bajo dicho marco jurisprudencial surge con meridiana claridad el derecho de las personas que se encuentran en estado de discapacidad de desarrollar su vida con normalidad, sin que su condición implique un motivo de rechazo, exclusión o discriminación, efecto para el cual, en el

ámbito laboral, se les debe garantizar no solo su permanencia en el empleo sino también su reubicación laboral, desempeñando sus funciones en un ambiente que no implique un riesgo para sus salud, en aras de dar cumplimiento a los derechos de igualdad, trabajo y estabilidad laboral, previstos en nuestra Constitución Política.

5.3.2. Normatividad que fundamenta la decisión de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica.

El artículo 217 de La Constitución Política estableció un régimen especial prestacional, disciplinario y de carrera para las Fuerzas Militares.

El régimen de ascenso, permanencia y retiro de los miembros de las Fuerzas Militares está regulado por las Leyes 923 de 2004 y 1792 de 2016 y los Decretos 094 de 1989^l, 1796 y 1790 de 2000, 4433 de 2004 y 1070 de 2015.

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*”, vigente a la fecha de expedición de la Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016, mediante la cual se dispuso el retiro del demandante de la institución y que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada, en su artículo 99 dispone:

“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.*

(...)”.

Por su parte, el artículo 100 *ibídem*, modificado por los artículos 24 de la Ley 1104 de 2006, 6° de la Ley 1405 de 2010 y 5° de la Ley 1792 de 2016, sobre las causales de retiro establece:

“Artículo 100. Causales del retiro. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

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

3. Por llamamiento a calificar servicios.

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

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

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el

(...)” (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, el retiro por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar se halla definido en el artículo 106 del citado estatuto, así:

“ARTÍCULO 106. RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. Los oficiales y los suboficiales de las Fuerzas Militares que no reúnan las condiciones sicofísicas determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia, deben ser retirados del servicio activo en las condiciones señaladas en este Decreto”.

Así mismo, el artículo 107, contempla que podrán mantenerse en el servicio activo aquellos miembros que por sus calificaciones lo merezcan y sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares, así:

“ARTÍCULO 107. EXCEPCIÓN A LOS ARTÍCULOS ANTERIORES. No obstante lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de este Decreto, el Gobierno Nacional para el caso de oficiales y el Ministro de Defensa Nacional, o los Comandantes de las Fuerzas cuando en ellos se delegue, para los suboficiales, **podrán mantener en servicio activo a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que por sus calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares**” (Negrillas fuera del texto original).

De conformidad con las normas transcritas, se evidencia que el uso de la facultad de retiro por disminución de la capacidad psicofísica es aplicable a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que no reúnan las

condiciones determinadas para la vida militar, debiendo ser retirados del servicio; sin embargo, cuando sus calificaciones lo merezcan **o sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares, podrán mantenerse en servicio activo.**

5.3.2.1. De la capacidad psicofísica.

En los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000, se regula lo relacionado a la capacidad psicofísica exigida a todos los miembros de las Fuerzas Militares. Ésta se definió, en el artículo 2° del Decreto 1796 de 2000, como *“el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Y conforme al artículo 3° ibídem se califica con los conceptos de APTO, APLAZADO Y NO APTO, así:*

“Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. *Esta **calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza** o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto”.*
(Subrayado y Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, para poder determinar dicha capacidad, a los miembros de las Fuerzas Militares se les realizan unos exámenes médicos y paraclínicos en los siguientes casos:

- “1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.
2. Escalafonamiento.
3. Ingreso personal civil y no uniformado.
4. Reclutamiento.
5. Incorporación.
6. Comprobación.
7. Ascenso personal uniformado.
8. Aptitud sicofísica especial.
9. Comisión al exterior.
10. Retiro.
11. Licenciamiento.
12. Reintegro.
13. Definición de la situación médico-laboral.
14. Por orden de las autoridades médico-laborales”.

Respecto a la vigencia de los exámenes médicos y el concepto de calificación de la capacidad psicofísica, el artículo 7° del Decreto 1796 de 2000, consagró que los primeros tendrán una validez de dos meses, contados desde la fecha de su práctica, y los segundos serán válidos para el personal por un término no mayor a tres meses, dentro de los cuales dicho concepto “*será aplicable para todos los efectos legales*” y, vencido aquel término, continuará vigente hasta cuando sobrevenga una nueva situación que haga necesaria una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

En cuanto a las autoridades médico-laborales, estas se encuentran compuestas por los integrantes de las Juntas y Tribunales Médico-Laborales Militar o de Policía. A la Junta Médico-Laboral le corresponden las siguientes funciones: (i) “*Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas*”; (ii) “*Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*”; (iii) “*Determinar la disminución de la capacidad psicofísica*”; (iv) “*Calificar la enfermedad según sea profesional o común*”; (v) “*Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones*”; (vi) “*Fijar los correspondientes*”

índices de lesión si hubiere lugar a ello”; y (vii) “Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento. (Subrayado fuera del texto)

Por otro lado, según el artículo 27 del Decreto 1796 de 2000, la “*incapacidad*” es aquella disminución o pérdida de la capacidad psicofísica que afecta el desempeño de las actividades laborales de los miembros de las Fuerzas Militares, y puede clasificarse en: (i) temporal y (ii) permanente parcial. Cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75%, se considerará que la persona se encuentra en estado de invalidez.

Finalmente, es preciso destacar que el Decreto 094 de 1989, les impuso a los organismos de Sanidad de las Fuerzas Militares la responsabilidad de cumplir con las funciones de “*prevención, protección y rehabilitación*” en beneficio de todos los miembros de dicha institución. Por “*prevención*” se entiende “*el conjunto de medidas encaminadas a eliminar o neutralizar las causas determinadas de cualquier tipo de incapacidad*”. Por su parte, la “*protección*” incluye “*el conjunto de medidas orientadas específicamente a disminuir la posibilidad de lesiones o afecciones originadas en riesgos de tipo profesional*” y por último, cuando se habla de “*rehabilitación*” se está haciendo referencia a: “*(...) aquellos procesos que tienden a capacitar en el mayor grado posible, física o síquicamente a un incapacitado con miras a su adecuado desempeño en una actividad lucrativa o de provecho general*”.

5.3.3. Reglas definidas por la Honorable Corte Constitucional, en torno al tema del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares por disminución de la Capacidad psicofísica.

En la sentencia **T-286 del 25 de junio de 2019**, citada líneas atrás, la Corte Constitucional, se refirió a la protección que se les debe otorgar a las personas que se encuentran en estado de incapacidad, entre ellos, a los miembros de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

“(...)

*Esta Corporación ha reiterado sobre la protección que se les debe otorgar a las personas que se encuentran en estado de discapacidad. En este sentido, también ha aseverado que la facultad de retirar del servicio activo a los miembros de las Fuerzas Militares **no opera de forma automática cuando hayan sufrido de alguna disminución de su capacidad psicofísica, pues podría generarse una vulneración a sus garantías y derechos***

constitucionales. Se ha precisado que para estos eventos es necesaria una valoración de las condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades del afectado, para así poder definir si existe o no alguna actividad que pueda ser desarrollada por aquel dentro de la misma institución, de tal suerte que pueda ser reubicado en otro cargo.

En un caso similar, la Corte estimó que: “el soldado profesional constituye un activo valioso de las fuerzas armadas, no es reclutado sino que pertenece al Ejército por vocación, de modo que su compromiso con la misión militar es más auténtico y fuerte. Su entrenamiento para permanecer y ser eficiente en el servicio es más serio. Además, en el presente caso está de por medio la voluntad decisiva y fuerte del soldado de seguir en sus funciones por considerar que su incapacidad no es un obstáculo para seguir, incluso en otros cargos, al servicio y la defensa de la patria”¹⁸³. Dicho análisis es aplicable al caso sub examine, pues se está frente a un oficial perteneciente a la Armada Nacional, quien no fue reclutado sino que ingreso por vocación propia y quien manifestó su interés en seguir sirviendo, por considerar que su estado de salud no es un impedimento para ello, máxime cuando pudo continuar desempeñándose como Teniente de la Infantería de Marina por varios años posteriores a su calificación de disminución de la capacidad psicofísica.

Asimismo, la Corte ha señalado que **omitir el deber de protección de personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta supone un trato discriminatorio injustificado, habida cuenta que toda persona discapacitada tiene derecho a ser tratado en condiciones de igualdad, de tal forma que efectivamente se le dé el trato diferente al que tiene derecho por sus circunstancias personales especiales, por mandato constitucional”.**

Con fundamento en lo anterior, es preciso destacar que la Corte Constitucional ha venido protegiendo el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de miembros de las fuerzas militares de una manera pacífica, para los casos en que han sido retirados del servicio activo como consecuencia de la disminución en su capacidad laboral y por haber sido calificados como “no aptos” para ejecutar actividades militares; pues de no conceder el amparo, se estaría desconociendo la obligación del Estado de proteger a personas en estado de discapacidad. Por ello, en estos eventos la Corte se ha inclinado por ordenar la reincorporación y reubicación de los militares en actividades que puedan ser desarrolladas de acuerdo a sus destrezas y formación académica y a prestar la atención médica necesaria. De igual manera, el Consejo de Estado ha concedido la misma protección en sede de nulidad y restablecimiento del derecho; casos en los que ha afirmado que:

“La protección especial del soldado profesional que sufre de un trastorno grave de salud, con ocasión de sus funciones, se concreta es una estabilidad laboral reforzada, como lo han establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Protección que se materializa en el derecho del soldado profesional a ser reubicado para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas.

Así las cosas, como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que «El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas

por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio», para la Sala, la administración debe ejercer esta facultad en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral”. (Subrayado fuera del texto)

En relación con la posibilidad de reincorporar al militar al servicio, también se ha aclarado que ello no tiene que ser necesariamente en el mismo cargo que venía desempeñándose.

Reiterando las ideas que se han venido exponiendo a lo largo de éste acápite, **la Corte Constitucional ha desaprobado que el retiro de los militares, cuya capacidad psicofísica se ha visto disminuida, se motive argumentando que “ya no son útiles para desarrollar las labores propias de la entidad”**. Al respecto, en la sentencia T-834 de 2013, la Corte ordenó el reintegro de un soldado que fue retirado del Ejército Nacional por una disminución en su capacidad psicofísica y que no fue reubicado pues, según la opinión de la institución, no tenía capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción.^[87]

Adicionalmente, esta Corte ha afirmado que el retiro absoluto de un militar sólo será procedente cuando la Junta Médico-Laboral, o en su defecto el Tribunal Médico-Laboral, “concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad” dentro de las Fuerzas Militares; pues en ese caso, lo constitucionalmente correcto sería designarle al militar una disminución de su capacidad igual o superior al 50%, para así poder reconocerle una pensión de invalidez. A contrario sensu, de tener una calificación menor al 50%, **la medida a tomar no puede ser, en principio, el retiro**. Verbigracia, la Corte ha indicado que:

“(…) si la Junta y/o Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50%, lo procedente es reconocer su derecho a la reubicación laboral y en consecuencia, (i) darle la oportunidad de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”. (Subrayado fuera del texto)

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha concluido que, pese a tratarse de un régimen especial en el que se permite el retiro cuando haya disminución o pérdida de la capacidad psicofísica, ha considerado que ello podría suponer la vulneración de derechos fundamentales, dependiendo de las características especiales de cada caso.

Las sentencias T-928 de 2014 y T-487 de 2016 de la Corte Constitucional permiten hacer una síntesis de **las reglas**

jurisprudenciales aplicables a casos similares al estudiado en esta providencia. A saber:

“(…)

- En desarrollo del derecho a la igualdad material, **las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional**, titulares de los derechos a la integración social, a la integración y la reubicación laboral.

- El derecho a la reubicación laboral implica: (i) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) **obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaban antes**; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su emperador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes.

- Las Fuerzas Militares deben evaluar la posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una limitación física sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función.

- Es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares considere que se requiere plena capacidad y aptitud psicofísica por parte de un soldado profesional, para el adecuado cumplimiento de la misión constitucional que a ellos se les encomienda, pero, de esto no se sigue que los soldados profesionales puedan ser retirados de las Fuerzas Militares cuando adquieren una limitación física, sensorial o psicológica, pues ello supondría un incumplimiento del deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad.

- **El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para la actividad militar, no implica que no pueda seguir desempeñándose en esa labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.**

- **Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de las condiciones de salud, se deben evaluar las habilidades, las destrezas y las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.**

- **Los derechos a la igualdad y al trabajo son vulnerados, cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de algún modo en la institución.”** (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Por su parte, en la sentencia **T-499 del 2 de diciembre de 2020**², Magistrado Ponente Dr. José Fernando Reyes Cuartas, dicha Corporación Judicial, determinó el deber de motivación y congruencia de los

² Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, Expediente: 7825038, Accionante: Jair José Carbono Cantillo, Accionado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

dictámenes médicos expedidos por las Juntas y Tribunales Médico-Laborales, en los siguientes términos:

“38. Ahora bien, la Corte ha sido consistente en señalar que los dictámenes médicos deben **“ser motivados**, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, **tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud** del [petente]”^[66]. En ese orden, los documentos expedidos por las Juntas y Tribunales Médico-Laborales no pueden respaldarse en simples argumentos de autoridad y carentes de fundamentación suficiente, menos pueden ser productos de “simples formatos en los cuales se llenan para el caso los espacios en blanco, cada una de estas opciones deben estar fundamentadas expresamente en un criterio técnico o médico”^[67].

39. Se ha enfatizado, entonces, la existencia de un **deber de motivar** los actos administrativos de calificación de la disminución de la capacidad psicofísica, el cual opera: a) como una forma de “evitar la distorsión”^[68] del derecho a la calificación en arbitrariedad, de modo que permite contener los posibles abusos de autoridad, dotando al afectado de herramientas para controvertir el acto ante la jurisdicción; b) como garantía del derecho fundamental al debido proceso, en tanto el calificado necesita conocer los motivos de una determinada decisión para poder controvertirla; c) como límite entre lo discrecional y lo arbitrario, pues ante la ausencia de motivación el apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien lo adopta, postulado que contradice la filosofía del Estado social de derecho; y d) como garantía de cumplimiento del objetivo de la norma con ocasión de un supuesto de hecho determinado^[69].

40. En consonancia, según la jurisprudencia constitucional, **el deber de motivar el acto administrativo no recae exclusivamente en las Juntas y Tribunales Médico-Laborales, sino también en la Policía Nacional**, quien está en la obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente la resolución de retiro del servicio y tener en cuenta, a su vez, el concepto médico laboral debidamente motivado, so pena de que el acto sea considerado como “una vía de hecho por consecuencia”^[70]. Así las cosas, se desconoce los derechos a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso del calificado cuando la institución **omite sustentar una a una las razones que motivan el retiro del agente de policía y enunciar los fundamentos por los cuales no era viable su reubicación, pese a contar con capacidad física y mental residual, y estar preparado en competencias que lo hacían útil para la entidad**^[71].

41. Por otra parte, importa destacar que este Tribunal ha llamado la atención sobre las aparentes incongruencias de las decisiones de las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía, así como de los Tribunales de Revisión, dado que, por un lado, califican la disminución de la pérdida de capacidad psicofísica

con porcentajes menores y, por el otro, consideran que los uniformados no son aptos para desarrollar ninguna actividad dentro de la institución (ni siquiera las administrativas) descartando de plano su reubicación. **En ese orden, ha señalado que cuando como resultado de la calificación se considere que el evaluado no es apto, ello no significa por sí misma su incapacidad para desempeñar cualquier función.** Aceptar la tesis contraria llevaría a sostener que la discapacidad se asimila en un todo a la pérdida absoluta de la capacidad laboral, contrariando el reconocimiento del derecho al trabajo de quienes se encuentran en esa situación^[72].

42. Conforme a lo indicado, **al determinarse que las condiciones de salud del uniformado no son suficientes, la Corte ha referido que lo constitucionalmente admisible es otorgarle una disminución de capacidad laboral que le permita acceder a la consecuente pensión de invalidez^[73]. En cambio, si la disminución psicofísica es inferior al porcentaje mínimo requerido^[74], lo procedente es reconocerle el derecho a la reubicación laboral** y, en consecuencia, “(i) otorgarle la oportunidad de desempeñar labores y funciones conforme a sus condiciones de salud, (ii) con iguales o mayores beneficios que los del cargo que ocupaba, (iii) recibiendo la capacitación necesaria”^[75]. En caso de no ser posible la reubicación, la entidad debe informar dicha situación al uniformado, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes^[76].

43. Frente a la capacitación, se recuerda que el derecho a permanecer en el empleo luego de haber adquirido la limitación física, sensorial y psicológica comprende asimismo el deber del empleador (en este caso público) de **adelantar programas de “rehabilitación y capacitación”^[77]**, de manera que se permita al trabajador alcanzar una igualdad promocional en el goce efectivo de sus derechos; dicha tesis ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras, en la citada sentencia C-381 de 2005^[78]. Igualmente, la Organización Internacional del Trabajo en la Recomendación n.º 168 sobre la readaptación profesional y el empleo, contempló la necesidad de implementar medidas para garantizar un acceso equitativo de las personas con discapacidad a la capacitación y al empleo en igualdad de oportunidades.

(...)

46. En definitiva, resulta alejado de los postulados constitucionales de igualdad y estabilidad laboral, servirse de las habilidades y aptitudes del policía y, una vez, sufre un desmedro en ellas desvincularlo; por ello, frente a la disminución de la capacidad psicofísica de uno de sus miembros, **la Policía Nacional tiene el deber constitucional de intentar su reubicación en un cargo en el que pueda seguir siendo útil para la institución, verbigracia, en labores de administrativas, docentes o de instrucción.** Para el efecto, a las Juntas Médico-Laborales y al Tribunal Médico Laboral de

*Revisión Militar y de Policía les corresponde realizar la valoración de la reubicación con fundamento en **conceptos técnicos, objetivos y especializados en la materia**; igualmente, tienen el deber de ser congruentes y **motivar suficientemente los dictámenes** en el sentido de manifestar las razones que justifican la decisión, tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud del uniformado (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo las anteriores reglas jurisprudenciales analizará el Despacho el caso que nos ocupa.

5.3.4. CASO CONCRETO.

El señor Daniel Ascencio Torres, a través de apoderado, deprecia la nulidad de la Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016, por medio de la cual la entidad demandada lo retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional- en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica, así como de las Actas de la Junta Médico Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007 y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 5408TML 15-2-695-TML 15-1--858MDNSG.TML41.1 del 17 de febrero de 2016, a través de las cuales se calificaron sus afecciones con una incapacidad permanente parcial, no apto para actividad militar, no reubicable.

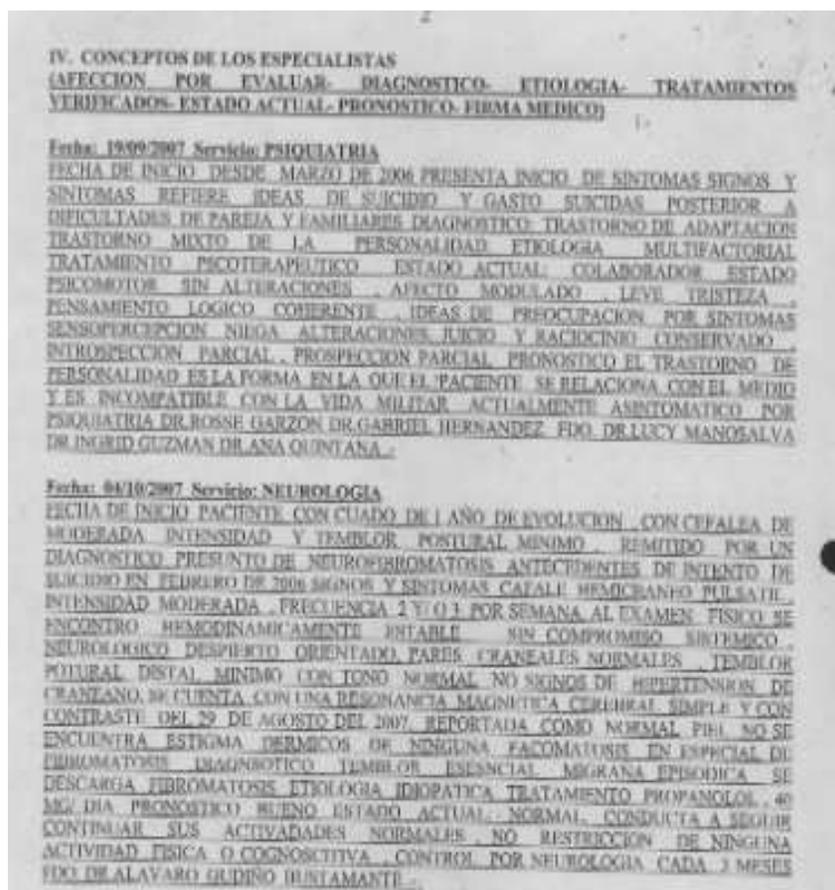
Ahora bien, del extracto de la hoja de servicios obrante en el plenario, se advierte que el señor Daniel Ascencio Torres prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 1 de marzo de 2002 hasta el 27 de abril de 2016, esto es, durante **13 años, 1 mes y 17 días**, fecha en que fue retirado del servicio activo, mediante Resolución No. 0916, por la causal de disminución de la capacidad psicofísica.

Durante dicho término desarrolló enfermedades que dieron lugar a que la Junta Médico Laboral, el 21 de noviembre de 2007, determinara que tenía una disminución de la capacidad física equivalente al 18.09%, y lo calificara como **no apto para el servicio y no reubicable**, esto último, teniendo en cuenta sus antecedentes psicológicos. A su turno, el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, el 17 de febrero de 2016, modificó el porcentaje de la disminución de la capacidad psicofísica al 9.0% y confirmó en todo lo demás el dictamen de la Junta. Precisamente con

fundamento en estos conceptos médico-laborales, el Comandante del Ejército Nacional resolvió retirar del servicio al hoy demandante.

Ahora bien, conforme a los criterios jurisprudenciales analizados precedentemente, la Corte ha enfatizado que la decisión de las autoridades médicas no puede ser tomada *a priori*, esto es, sin tener en cuenta todas las circunstancias que afecten al asunto en cuestión, pues existe el deber de motivar **el acto administrativo de calificación**, lo que implica, que los dictámenes no pueden respaldarse en argumentos de autoridad, ni ser simples formatos en los cuales se llenan los espacios en blanco, de ahí que *“cada una de estas opciones deben estar fundamentadas expresamente en un criterio técnico o médico”*.

Pues bien, del Acta No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, se acredita que la Junta Médica Laboral, efectuó un examen de la capacidad psicofísica del señor Daniel Ascencio Torres, valorando los conceptos emitidos por los especialistas tratantes de PSIQUIATRÍA y NEUROLOGÍA, así:



En ese sentido, la Junta Médica Laboral, concluyó:

VI. CONCLUSIONES

A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

EL TRASTORNO DE ADAPTACION MAS TRASTORNO MIXTO DE PERSONALIDAD DE ETIOLOGIA MULTIFACTORIAL VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRIA CON PSICOTERAPIA QUIENES CONCEPTUAN QUE EL PACIENTE ES INCOMPATIBLE CON LA VIDA MILITAR ACTUALMENTE ASINTOMATICO. 2) TREMOR ESSENCIAL VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA SIN COMPROMISO DE SU ESTADO FUNCIONAL. 3) NEURITIS OPTICA DESCARTADA POR NEUROLOGIA. 4) MIGRAÑA EPISODICA VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA CON MEDICAMENTOS FIN DE LA TRANSCRIPCION.

Como puede verse, el actor fue diagnosticado con trastorno de adaptación más trastorno mixto de personalidad de etiología Multifactorial, valorado por psiquiatría, especialidad que conceptuó que era un paciente “*INCOMPATIBLE CON LA VIDA MILITAR*”, razón por la cual se clasificaron sus lesiones y afecciones, se calificó su capacidad psicofísica, se evaluó su disminución de la capacidad laboral y la imputabilidad del servicio, así:

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.
INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL
NO APTO - NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.
LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DIECIOCHO PUNTO CERO NUEVE POR CIENTO (18.09%)

D. Imputabilidad del Servicio
AFECCION-1 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN. LITERAL (A)EC. AFECCION-2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN. LITERAL (A)EC. CONCLUSION-3 OCURRIO NO SE CLASIFICA COMO LESION NI AFECCION POR NO PRESENTAR PATOLOGIA LITERAL (G)C. AFECCION-4 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN. LITERAL (A)EC.

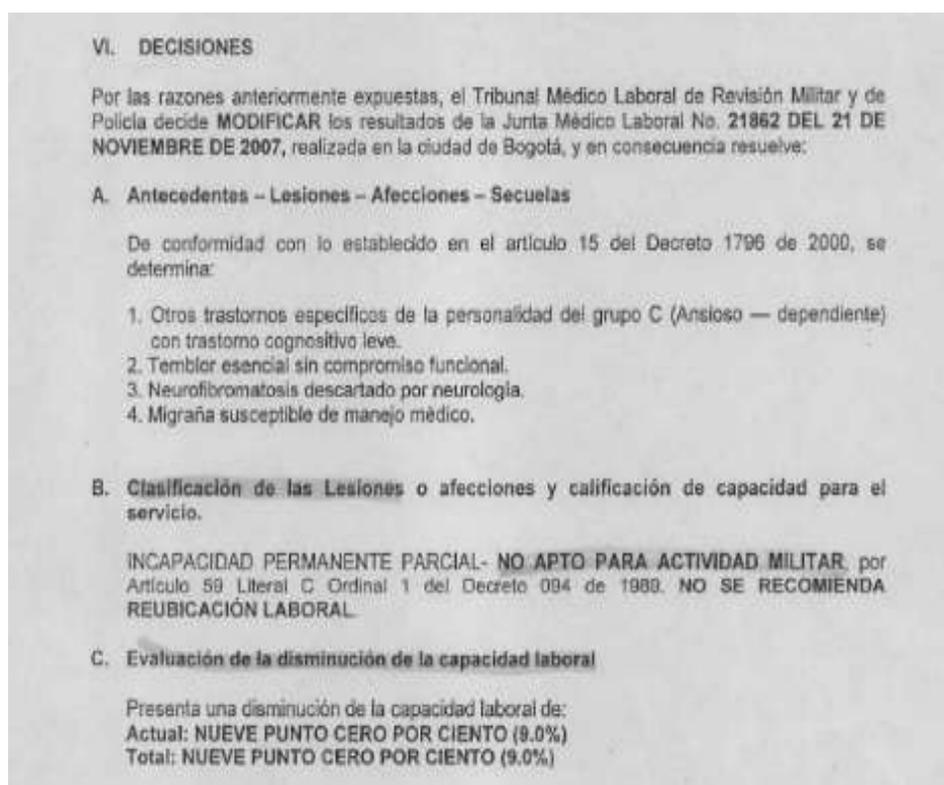
E. Fijación de los correspondientes índices.
DE ACUERDO AL ARTICULO 15 DEL DECRETO 1799 DEL 14-SEP-2000. LE CORRESPONDE POR: 1-1 NUMERAL 1-028 INDICE DOS (2)- 2-1. NO HAY LUGAR A FIJAR INDICES DE LESION 3-1. NO HAY LUGAR A FIJAR INDICES DE LESION 4-1. NUMERAL 1-028 INDICE DOS (2)- POR ASIMILACION.

Así las cosas, la calificación de la capacidad psicofísica del señor Daniel Ascencio Torres fue calificada como NO APTO, con una incapacidad permanente parcial, y una disminución de la capacidad laboral del 18.09%, no reubicable.

A su vez, obra en el plenario el Oficio No. 48617 del 18 de junio de 2014, (fl 32), por medio del cual el demandante informó al Secretario del Ministerio de Defensa Nacional, que el 19 de abril de “2014”, solicitó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía efectuara la revisión de la Junta Medica Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, teniendo en cuenta que no se encontraba de acuerdo con el

concepto emitido por psiquiatría de NO APTO y que no se recomendó su reubicación.

En ese sentido, a través del Acta 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1 del 17 de febrero de 2016, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, analizó las secuelas valoradas al actor en la referida Junta, al no encontrarse de acuerdo con la decisión allí adoptada, efecto para el cual, resolvió:



De acuerdo con lo anterior, si bien el referido Tribunal consideró modificar el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del demandante de 18.09% al 9%, conservó la clasificación de las lesiones realizada por la Junta Médico Laboral, en el sentido que el demandante presentaba una **“INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.... NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR.... NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL”**

Sobre el particular, advierte el Despacho que tal como se desprende de la lectura del Acta 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1 del 17 de febrero de 2016, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, luego de cotejar las conclusiones a las que abordó la Junta Médica Laboral en el Acta No. 21862 del 21 de noviembre de 2007, con el estado médico laboral del actor, en virtud del examen que le fue practicado y

teniendo en cuenta la documentación que reposa en su expediente médico laboral, previamente a la realización de la Junta, solicitó una Junta Científica de Psiquiatría en el Hospital Militar Central HOMIC, con el objeto de obtener un **concepto reciente** sobre sus afecciones, efecto para el cual, se adelantaron las siguientes actuaciones:

-El 18 de septiembre de 2013, se realizó solicitud con referencia No. 05786, Concepto Junta Científica por psiquiatría a la dirección del HOMIC, la cual fue reiterada el 27 del mismo mes y año.

-El 7 de julio y 10 de septiembre ambos de 2014 a través de los Oficios Nos. 14-00667 y 14-00975, se requirió al Doctor Gabriel Hernández Kunzel de la Clínica Inmaculada, con el objeto de que informara sobre el concepto definitivo de la Junta Científica por psiquiatría del actor y el 11 de septiembre del mismo año, por medio del oficio No. 14-00981 se requirió al Mayor General Luis Eduardo Pérez Arango, Director General de la Entidad Descentralizada adscrita al sector defensa, con el mismo propósito.

-El 19 de marzo de 2015, se contactó al demandante a quien se le preguntó sobre su situación médica, quien manifestó que se encontraba en la realización de unos estudios.

-El 10 de abril de 2015, se le efectuó una llamada telefónica, quien refirió que la cita la tenía programada para el 15 de abril de 2015, a partir de las 7:30 am, en el Batallón de Sanidad, debiendo llevar todos los exámenes realizados en el periodo de valoración.

-El 6 de mayo de 2015, a través del oficio No. 125-34809 dirigido al señor Mayor General Luis Eduardo Pérez Arango, Director General de la entidad descentralizada, adscrita al sector defensa, se le solicitó que rindiera informe respecto del concepto definitivo por Junta Científica por psiquiatría del actor.

-El 15 de abril y el 25 de mayo, ambos de 2015, fueron notificados los conceptos expedidos por la especialidad de Psiquiatría, así:

-El concepto de psiquiatría BASAN, con consecutivo No. 073032, emitido por la psiquiatras Carolina Acevedo e Indira Mondul, reportó “*Diagnóstico 1-Trastorno de Adaptación Resuelto 2 -Examen Mental actual dentro de parámetros de normalidad, secuelas de lesiones o afecciones que presenta el paciente: no aplica pronóstico resuelto*”.

Por su parte, en el concepto médico de psiquiatría emitido por los psiquiatras Dr. Gabriel Hernández Kunzel y el Coordinador Servicio de Psiquiatría HOMIC Dr. Mauricio Garzón Ruiz, se señaló “*Paciente quien es remitido para la realización el concepto médico de Psiquiatría para ascenso, Psicología, Valoración de Psicología, Valoración de psicología de enero de 2014, muestra rasgos de personalidad mal adaptativos de grupo C. Pruebas neuropsicologicas muestra deterioro cognitivo leve a moderado, terapia ocupacional; refiere en su informe la necesidad de intervención y rehabilitación integral por salud mental. DIAGNOSTICO 1- G-40.5 Síndrome epilépticos específicos de antecedente de historia clínica neurológica 2-3-F06.7, trastorno cognoscitivo leve, Etiología Multicausal, tratamientos verificados intrahospitalario y ambulatorio de tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico, estado actual: **Examen mental dentro de los límites normales**, paciente atiende al llamado edad cronológica acorde con edad aparente establece contacto con el entrevistador, afecto modulado apropiado, adecuado psicomotor sin alteraciones, pensamiento lógico coherente relevante no se evidencia ideación delirante, sensopercepción sin evidencia de alteración, sensorio orientado en tiempo y lugar, persona: juicio y raciocinio adecuados introspección y prospección adecuadas. **Pronostico: en la Actualidad totalmente asintomático por parte de psiquiatría**, el paciente tiene rasgos de personalidad mal adaptativos del grupo C, los cuales son la forma en la cual es, ha sido y serán éstos rasgos no constituyen una psicopatología en sí mismo lo que sumado a los diagnósticos G40 Y F06.8, **sus perfiles de personalidad y diagnósticos son totalmente incompatibles con la vida militar**”.*

Sobre el particular, se advierte en primer término, que el concepto emitido el 25 de mayo de 2015, por los especialistas en psiquiatría Doctores Gabriel Hernández Kunzel y Mauricio Garzón Ruiz, corresponde a lo ordenado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 18 de septiembre de 2013, bajo el radicado No. 05786, por medio

del cual se deprecó “concepto Junta Científica por psiquiatría del Hospital Militar Central HOMIC”, en el cual se expusieron los siguientes aspectos:

- **Valoración de psicología** mostró rasgos de personalidad mal adaptativos del grupo C.
- **Las pruebas neuropsicológicas** mostraron deterioro neurocognitivo leve a moderado.
- **Terapia ocupacional**, refirió en su informe la necesidad de intervención y rehabilitación integral por salud mental.

Por lo anterior, se emitió el siguiente diagnóstico:

- Síndrome epiléptico específico por antecedente de historia clínica neurológica.
- Otros trastornos específicos del Grupo C (Ansioso dependiente)
- **Trastorno cognitivo leve**
- Etiología Multicausal

A su vez, se describió el estado del señor Daniel Ascencio Torres para ese momento, así:

- **Examen mental dentro de los límites normales.**
- Paciente atiende el llamado, edad cronológica acorde con edad aparente.
- Afecto modulado apropiado, adecuado psicomotor, sin alteraciones, pensamiento lógico coherente relevante.
- No se evidenció ideación delirante, sensopercepción sin evidencia de alteración.
- Sensorio orientado en tiempo y lugar, persona con juicio y raciocinio adecuados introspección y prospección adecuadas.

Y se plasmó el siguiente pronóstico:

- **En la actualidad totalmente asintomático por parte de psiquiatría.**
- El paciente tiene rasgos de personalidad mal adaptativos del grupo C, los cuales no constituyen una psicopatología en sí mismo, lo que

sumado a los diagnósticos “G40.5 y F06.8” sus perfiles de personalidad y diagnósticos son totalmente incompatibles con la vida militar.

En segundo lugar, se evidencia que en el concepto emitido por las psiquiatras Carolina Acevedo e Indira Mondul, solo se reportó como diagnóstico trastorno de adaptación resuelto, **refiriéndose a que el examen efectuado para ese momento al demandante, estaba dentro de los parámetros de normalidad y que respecto de las secuelas y las lesiones o afecciones que presentaba, no aplicaba, por pronóstico resuelto**, sin explicar las razones de su dicho, como tampoco si fue objeto de valoraciones por otros especialistas por los rasgos de personalidad evidenciados desde el año 2007, por la Junta Médica Laboral.

En consecuencia, se observa que los dos conceptos son coincidentes en señalar que al efectuarse los controles por psiquiatría, el actor se encontró **dentro de los parámetros normales**; sin embargo, en el emitido el 25 de mayo de 2015, por los Doctores Gabriel Hernández Kunzel y Mauricio Garzón Ruiz, se señaló adicionalmente que fue tratado por **psicología, neuropsicología y terapia ocupacional**, exponiendo la valoración efectuada por cada una de dichas especialidades, el respectivo diagnóstico y pronóstico frente a la situación del señor Daniel Ascencio Torres.

En ese sentido, es claro que en virtud de la Junta Científica de Psiquiatría ordenada por el Tribunal, se le realizaron las valoraciones mencionadas, efecto para el cual, dicha instancia con fundamento en el concepto emitido el 25 de mayo de 2015, revocó el diagnóstico del actor de migraña episódica, al haber sido tratado por neurología con medicamentos, sin que se asigne un índice lesional, toda vez que es susceptible de manejo médico, y ratificó lo expuesto por la Junta Médica Laboral, en el Acta No. 5408 del 17 de febrero de 2016, en el sentido de que presentaba rasgos de personalidad innatos que generaban alteración en las conductas que aun teniendo tratamiento persistirían en él, manteniéndose el temblor esencial y la Neurofibromatosis, **sin que se evidenciaran secuelas adicionales o empeoramiento de sus lesiones**, no siendo apto para la actividad militar.

Bajo dicha consideración, taxativamente clasificó las lesiones del señor Daniel Ascencio Torres con “*INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR*” con una disminución de la **capacidad laboral** de “*NUEVE PUNTO CERO POR CIENTO (9.0%)*”, en virtud de lo contemplado en el artículo 59 Literal C) Ordinal primero del Decreto 094 de 1989, correspondiente a “**c) Trastornos de la personalidad**”.

En ese sentido, se evidencia que pese a que la realización de la Junta Médica Laboral efectuada al señor Daniel Ascencio Torres fue llevada a cabo el 21 de noviembre de 2007, sin que hubiera sido objeto de recurso, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en virtud de la convocatoria efectuada por éste el 19 de abril de 2013, (de conformidad con lo consignado en el Acta), le realizó casi 7 años después una nueva **valoración integral** de su capacidad psicofísica, justificada en la Junta Científica de psiquiatría ordenada para el efecto, ratificando **que no es apto para la actividad militar y no se recomienda su reubicación laboral**, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1796 de 2000.

Sobre el particular, encuentra el Despacho que la valoración que efectuó tanto la Junta como el Tribunal Médico Laboral no responde a los criterios que han sido delimitados por la Corte Constitucional en estos casos. En efecto, como se indicó en el acápite precedente, una de las reglas establecidas por la Corte Constitucional exige que una vez la autoridad médica concluya que el servidor no es apto para el desarrollo de la actividad militar –como ocurrió en el caso que nos ocupa- **debe analizar con base en criterios técnicos, objetivos y especializados si tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción**; sin embargo, la simple lectura de los conceptos torna evidente que tanto la **Junta como el Tribunal Médico, omitieron analizar y fundamentar suficientemente la determinación de no reubicación**.

En efecto, en el acta de Junta nada se dice al respecto, en tanto que Tribunal Médico se limitó a señalar que “...*en referencia a la reubicación*”

laboral, el Tribunal encuentra que de acuerdo al concepto de *psiquiatría del HOMIC*, las características de personalidad del calificado, aún cuando le han permitido realizar estudios, el paciente tiene un trastorno de la personalidad del grupo C, los cuales son rasgos que no le permiten o son incompatibles con la vida militar. Por lo anterior no se recomienda su reubicación laboral...” ; dejando de lado el examen de las habilidades, destrezas y capacidades residuales del demandante, a fin de establecer si, a pesar de su trastorno adaptativo de personalidad existían actividades o funciones **no relacionadas con la actividad militar o armamento que pudiera cumplir dentro de la institución.**

Sobre el particular, el Despacho debe precisar que efectivamente el Decreto 094 de 1998, determina que las lesiones o afecciones relacionadas con los trastornos de la personalidad, trastornos del carácter y del comportamiento que interfieran con la ejecución del servicio y trastornos transitorios de la personalidad, entre otros, constituyen causales generales de no aptitud para el ingreso y la permanencia en el servicio (arts. 47 y 59). Sin embargo, como lo ha considerado la Corte Constitucional, dicha circunstancia no impide que se estudie a fondo la posibilidad de reubicación dentro de la institución, pues no hacerlo, es como **“.....si la declaratoria de no apto significara necesariamente que el servidor es incapaz para desempeñar cualquier otra función no operativa o en otras palabras, que la discapacidad se asimila siempre a la pérdida absoluta de capacidad laboral, circunstancia que a todas luces obstruye el reconocimiento del derecho al trabajo de las personas en esta situación”.**

En este sentido, afirmó: **“.....esta conclusión es contraria al reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, reconocida en la Constitución Política y en tratados internacionales suscritos por Colombia y que por consiguiente hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es claro que una limitación física puede suponer una incapacidad para la realización de determinadas tareas, pero no necesariamente inhabilita a una persona para ejercer otras, como aquellas de tipo administrativo, de instrucción o de docencia”.**

Precisamente llama la atención del Despacho que si bien, desde la Junta Médica Laboral efectuada el 21 de noviembre de 2007, se determinó que el demandante **no era apto para la vida militar y no era recomendable su reubicación**, lo cierto es que este se mantuvo en servicio activo **durante más de 8 años**, desempeñándose en varios cargos administrativos en la Institución, tal como se acredita de su historia laboral, que obra en el cuaderno de Antecedentes administrativos, así: i) Jefe de Personal Baser No. 13; ii) Comandante de Pelotón del Batallón de Sanidad; iii) Comandante de Escuadra e ingresos y remisiones del Batallón de Sanidad; iv) Comandante de Escuadra del Batallón de Sanidad y de BASAN; v) facturador Sanidad del Batallón A.S.P.C. No. 18 “*ST RAFAEL ARAGONA*”.- vi) Auxiliar de Presupuesto BASAN -CRH. vii) Analista de Contratación Sanidad BASAN -CRH, cargos en los que su desempeño fue evaluado en todos los ítems como “BUENO” obteniendo “*CONCEPTOS POSITIVOS*” y “*FELICITACIONES*”.

Así mismo, dentro de dicho tiempo, fue **ascendido** al grado de Cabo Primero, a través de la Orden Administrativa No. 1110 del 28 de febrero de 2009.

A su vez, realizó varios estudios, entre ellos, Auxiliar de Enfermería otorgado por la Escuela de Auxiliares de enfermería del Hospital Militar Central, el 2 de julio de 2010 y se desempeñó como tal, como se desprende de la certificación expedida por el Comandante del Batallón ASPC No. 18 ST RAFAEL ARAGONA el 5 de septiembre de 2011, en la que hace constar que el actor era orgánico del Batallón de A.S.P.C. No. 18 ST RAFAEL ARAGONA, desempeñándose en la especialidad de enfermería, desde el 15 de julio de 2010.

Igualmente, asistió a diversos cursos de capacitación, tal como se acredita con la certificación expedida por el Jefe Sección Planeación SILOG MDN y el Coordinador Grupo SILOG-MDN del Ministerio de Defensa Nacional, en la que consta que el actor asistió al curso de compras en el sistema SAP y con la certificación proferida por la Subdirección de Docencia e Investigación Científica de la Escuela de Auxiliares de Enfermería, en la que consta que el actor realizó entrenamiento especializado en servicios farmacéuticos.

En el mismo sentido, obra certificación proferida por el Director Centro de Rehabilitación Hospitalaria BASAN, en la que consta que el señor Daniel Ascencio Torres durante su permanencia en el cargo de rehabilitación hospitalaria del BASAN como cabo primero del Ejército, **se desempeñó de manera responsable, sobresaliente y con disposición de trabajar en el área asignada; así mismo, demostró respeto y disposición hacia los demás trabajadores, compañeros y funcionarios del Establecimiento de Sanidad Militar, recomendándolo de manera positiva.**

Lo anterior demuestra que si bien el demandante podía no ser apto para actividades militares **SI** lo era para desarrollar labores administrativas, como en efecto las realizó durante un poco más de 8 años, antes que se realizara la reunión del Tribunal Médico Laboral y se dispusiera su retiro.

Así las cosas, es claro que el Tribunal Médico Laboral, pese a disminuir el índice de pérdida de la capacidad laboral del demandante en 9.09% **se limitó a ratificar la decisión de no aptitud** y habiendo reconocido que el actor había realizado varios estudios, concluyó que **no era reubicable**, omitiendo analizar y motivar concienzudamente la determinación de no reubicación y desconociendo además la trayectoria laboral que había tenido el demandante en la institución desde la realización de la Junta, ejerciendo funciones administrativas por un poco más de 8 años, los conceptos de buen desempeño laboral y personal, amén que incurrió en una grave contradicción pues si el **porcentaje asignado por la junta como disminución de su capacidad laboral (18.09%) no había sido un impedimento para que ejerciera funciones dentro del Ejército Nacional, menos aún lo podía ser un porcentaje significativamente inferior, como lo fue el del 9%, otorgado por dicha instancia.**

En este sentido, el Despacho no puede pasar por alto que, de acuerdo con jurisprudencia constitucional, la decisión de las autoridades médicas puede considerarse **también incongruente**, pues, por un lado, calificaron en 18.09% y luego en 9% la disminución de la capacidad laboral del demandante (porcentajes absolutamente bajos), y por el otro, señalaron que no era apto para el servicio, **ni siquiera reubicable**. En otras

palabras, si efectivamente el señor Daniel Ascencio Torres no podía desempeñar dentro del Ejército Nacional ninguna actividad, ni siquiera una de naturaleza administrativa, es razonable suponer que la disminución de la capacidad laboral ha debido ser mayor a la asignada posibilitando el acceso a una pensión de invalidez. Verbigracia, la Corte ha indicado que:

“(…) si la Junta y/o Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50%, lo procedente es reconocer su derecho a la reubicación laboral y en consecuencia, (i) darle la oportunidad de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”.¹⁸⁹ (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, como quedó visto espacios líneas atrás al demandante se le otorgó una disminución de la capacidad laboral por la Junta Médico Laboral en un porcentaje del 18.09% y por el Tribunal Médico Laboral en un porcentaje del 9%, ambos, en consecuencia, inferiores al 50%, porcentajes, que, según lo considerado en la sentencia en cita, le otorgaban derecho a que fuera reubicado laboralmente; no obstante, la recomendación efectuada por ambas instancias fue la de “no reubicación laboral”, siendo que las razones expresadas por el Tribunal para justificar dicha decisión van dirigidas a las actividades militares, pero nada dijo en relación con las administrativas, de instrucción o asistenciales.

De otra parte, no sería válido considerar que como el diagnóstico del actor fue de orden psiquiátrico o psicológico, se debía descartar de plano la reubicación por el acceso que podía tener al armamento y el riesgo para su salud, sus compañeros y la comunidad, pues, de un lado, tal análisis no fue realizado y de otro, de haberse efectuado, la Corte Constitucional ha concluido que “...tal argumento no constituye un real análisis de la posibilidad de reubicación ya que se debe ahondar en las habilidades, las destrezas y las capacidades del afectado, a fin de establecer si aún quedaban actividades que podría cumplir en la correspondiente fuerza”.

Así las cosas, se reitera que en el presente caso no se realizó un análisis sobre la posibilidad de que el actor continuara vinculado desde funciones eminentemente administrativas u otras similares, lo que implica que de hecho no hay ningún razonamiento sobre la posibilidad de reubicación, circunstancia que contraviene la jurisprudencia constitucional sobre la protección especial de las personas en situación de discapacidad, el derecho a la estabilidad laboral reforzada y sobre el deber constitucional de examinar la posibilidad de intentar la reubicación del militar evaluado en un cargo en el que pueda seguir siendo útil para la institución, máxime cuando este llevaba un poco más de 8 años vinculado a la institución, antes de que el tribunal revisara la decisión de la junta Médica y se dispusiera su retiro por el Comandante del Ejército Nacional.

Es claro entonces que las autoridades médicas no cumplieron el deber de motivar los correspondientes dictámenes, en tanto omitieron fundamentar o soportar expresamente en criterios técnicos, médicos o especializados, las razones por las cuales el demandante no contaba con las capacidades necesarias para desarrollar actividades administrativas o de instrucción dentro de la institución, en la medida que **no consideraron sustancialmente la posibilidad de reubicar al señor Daniel Ascencio Torres**, atendiendo a sus habilidades, experticias, formación y aptitudes – aptitudes que, -valga la pena resaltar- ya habían sido demostradas, como tampoco lo hizo el Comandante del Ejército al disponer el retiro del actor, mediante la Resolución No 0916 del 27 de abril de 2016, circunstancia que contraría los artículos 13 y 46 de la Constitución y la Ley 361 de 1996, normas en virtud de las cuales, le corresponde al Estado-empleador adoptar medidas de integración para el trabajador en condición de discapacidad, ofreciéndole alguna alternativa de reubicación”.

En ese sentido, se recuerda que de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, “.....no se ajusta a la Carta Política retirar del servicio activo a policías que perdieron su capacidad laboral en un grado inferior a aquel necesario para acceder a la pensión de invalidez y que fueron declarados no aptos para la actividad policial, sin haber agotado suficientemente la posibilidad de reubicarlo en otras actividades”.

Conforme, entonces con la jurisprudencia constitucional que aplica al retiro de los miembros de las Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica, concluye el Despacho que la **Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016**, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio del demandante, así como las **Actas de la Junta Médico Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007 y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1 del 17 de febrero de 2016**, se encuentran incursas en causales de nulidad de falsa motivación, desconocimiento al derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada e indebida valoración probatoria invocados en la demanda, pues:

- (i) desconocieron el principio de estabilidad laboral reforzada, según el cual una persona que sufre una disminución en su capacidad laboral debe gozar de una protección especial y, en consecuencia, explorarse la posibilidad de ser reubicada laboralmente;
- (ii) omitieron motivar adecuadamente la decisión adoptada en lo referente a la obligación de reubicación en áreas administrativas, pues no explican una a una las razones que dieron lugar al retiro del demandante, enunciando los fundamentos que impedían su reubicación laboral en dependencias de la institución;
- (iii) no tuvieron en cuenta que el actor: **a)** había ocupado múltiples cargos en distintos Batallones del Ejército Nacional, efectuando labores administrativas y asistenciales hasta la fecha de su retiro, durante un poco más de 8 años, pese a estar calificado como NO APTO, obteniendo calificaciones de “BUENO”, “MENCIONES POSITIVAS” y “FELICITACIONES”; **b)** durante dicho periodo obtuvo el título de auxiliar de enfermería y se capacitó en varios cursos dictados por el Hospital Militar y el Ministerio de Defensa Nacional; **c)** fue ascendido al grado de Cabo primero, mediante Orden Administrativa No. 1110 del 28 de febrero de 2009 y **d)** obtuvo certificaciones de buen desempeño laboral y profesional.

En consecuencia, el Comando del Ejército ha debido tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar sus condiciones de salud, sus habilidades, sus aptitudes y capacidades integralmente, de manera que pudiera implementar medidas que permitieran continuar con su integración profesional previo a ordenar su retiro por no reunir condiciones de capacidad y aptitud psicofísica.

Ahora bien, es importante resaltar que a instancias del Despacho se decretó como prueba de oficio la valoración del actor por parte la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien emitió el **Dictamen No. 80206440-3903 del 5 de junio de 2020**, por medio del cual se determinó el diagnóstico de los padecimientos del actor, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y las afectaciones que soporta, así:

Valoraciones del calificador o equipo interdisciplinario	
Fecha: 09/03/2020	Especialidad: Medicina laboral - Fisiatría
Al examen mental: Paciente alerta, orientado en las tres esferas, lenguaje fluente y claro. Pensamiento lógico. Funciones mentales superiores conservadas. Afecto modulado, euproséxico, sensooperceptivo sin alteraciones. Introspección y prospección adecuadas. No ideas auto ni heteroagresivas.	
Otros conceptos técnicos: NOTA: En caso de requerimiento a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca donde se desee ampliación o aclaración del presente dictamen, favor dirigirse al Representante Jurídico de la Sala 2, según Decreto 1072 del 2015.	
Fundamentos de derecho: Que se tuvieron en cuenta para el presente dictamen se encuentran en las siguientes normas: Decreto 094 de 1989, Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994, Decreto 917 de 1999, Decreto 2463 de 2001, Ley 776 de 2002, Ley 962 de 2005, Decreto 2566 de 2009, Decreto 19 de 2012, Ley 1562 de 2012, Decreto 1352 de 2013, Decreto 1477 de 2014, Decreto 1507 de 2014, Decreto 1072 de 2015.	
Análisis y conclusiones: Paciente de 37 años, con antecedente de hospitalización por trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo; intento de suicidio, en febrero de 2006, recibió manejo por psiquiatría con adecuada evolución clínica. Posteriormente se hace diagnóstico de trastorno de personalidad mal adaptativo tipo C. Refiere que se encuentra asintomático, sin manejo por servicio de salud mental desde el 2005. Actualmente labora con empresa para servicios domiciliarios, con adecuado desempeño laboral. En la valoración médica realizada en la JRCl, se encuentra al examen mental: Paciente alerta, orientado en las tres esferas, lenguaje fluente y claro. Pensamiento lógico. Funciones mentales superiores conservadas. Afecto modulado, euproséxico, sensooperceptivo sin alteraciones. Introspección y prospección adecuadas. No ideas auto ni heteroagresivas. Se procede a calificar PCL con Decreto 094 de 1989. Numeral 3-028 índice 2, por trastorno de personalidad mal adaptativo tipo C.	

6. Descripción del dictamen

Diagnósticos y origen

Entidad calificadoras: Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca - Sala 2

Calificado: DANIEL ASCENCIO TORRES

Dictamen: 80206440 - 3903

Página 5 de 6

CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Origen
F608	Otros trastornos específicos de la personalidad	Trastorno mal adaptativo de la personalidad	Enfermedad común
F432	Trastornos de adaptación	Trastornos de adaptación resuelto	Enfermedad común

7. Concepto final del dictamen

Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional		8,50%
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común	Fecha de estructuración: 09/03/2020
Fecha declaratoria: 05/06/2020		
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones: Fecha en la cual se establece el estado clínico y funcional actual.		
Nivel de pérdida: Incapacidad permanente parcial	Muerte: No aplica	Fecha de defunción:
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No aplica	Ayuda de terceros para toma de decisiones: No aplica	Requiere de dispositivos de apoyo: No aplica
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No aplica	Enfermedad degenerativa: No aplica	Enfermedad progresiva: No aplica

Posteriormente, a través del Acta No. ACL13218-2 del 18 de septiembre de 2020, se resolvió la solicitud de aclaración elevada por la parte actora, en el sentido de que “el médico tratante manifieste si el señor Daniel Ascencio Torres tiene un episodio o posee un trastorno psicológico”, indicándose lo siguiente:

*“Se encuentra documentado en la historia clínica aportada que el señor Daniel Ascencio Torres presentó un trastorno adaptativo en el año 2006 asociado a dificultades de pareja y familiares que requirió atención psiquiátrica y **que a la fecha se encuentra resuelto.***

*“Por otra parte, en el proceso de atención médica recibida por el señor Daniel se hizo un diagnóstico de trastorno de personalidad del grupo C. Los trastornos de personalidad hacen referencia a patrones de vivencia interna y comportamiento (maneras de actuar), tienden a ser permanentes a lo largo de la vida de la persona y tienen diversos niveles de gravedad que afectan en mayor o menor medida la funcionalidad de la persona, según la gravedad (leve a severa), **que en el caso del señor Ascencio Torres se considera leve, razón por la cual la disminución de la capacidad laboral según el Decreto 94 se valoró en 8.5 sobre 100. (Negrilla fuera del texto original)**”.*

En ese sentido, se evidencia que el actor presentaba un trastorno adaptativo en el año 2006, el cual se encuentra resuelto; a su vez, padece de **trastorno de personalidad del Grupo C**, el cual hace referencia a patrones de vivencia interna y comportamiento, que tienden a ser

permanentes a lo largo de la vida de la persona, de intensidad **leve** y conllevó a que se le determinara una pérdida de la capacidad del **8.5 sobre 100**.

Nótese en consecuencia, que el trastorno que padece el demandante es **LEVE**, el cual, bajo este dictamen, implica una disminución de la capacidad psicofísica del **8.5%**, porcentaje inferior en cinco (5) puntos al determinado por el Tribunal Médico Laboral, circunstancia que acredita fehacientemente **que el actor puede seguir desarrollando las funciones administrativas que ejercía antes de su desvinculación de la institución**.

De otra parte, es importante resaltar que, en criterio de esta juzgadora, con la decisión del retiro **se desconoció el principio de confianza legítima**, pues el actor, amparado en el hecho que después de ocho (8) años de realizada la Junta Médico Laboral continuaba al servicio de la institución, solicitó por su propia iniciativa la convocatoria al Tribunal para que le fuera cambiada su calificación de NO APTO y No REUBICACION, sin vislumbrar siquiera que dicha actuación conduciría a su retiro de la institución, hecho que le impidió además completar el tiempo requerido para gozar de la asignación de retiro, cuya expectativa se encontraba latente, por el tiempo de servicio que llevaba en la institución de un poco más de **trece (13) años**.

Así mismo, resulta relevante mencionar el yerro en el que incurrió el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, pues como bien se afirma en el libelo demandatorio la valoración realizada por dicha instancia se basó en un concepto que **había perdido vigencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del decreto 1796 de 2000, que dispone que “...los resultados de los diferentes exámenes **médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos** practicados al personal de que trata el artículo 1° del presente decreto, **tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados**”, de manera que por este aspecto, también se configura el vicio de nulidad de falsa motivación alegado por la parte demandante.

En efecto, el concepto emitido por el médico psiquiatra Dr. Gabriel Hernández Kunzel y el Coordinador Servicio de Psiquiatría HOMIC Doctor Mauricio Garzón Ruiz, fue recibido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el **25 de mayo de 2015**, el cual efectivamente sirvió de fundamento para que se resolviera que el señor Daniel Ascencio Torres presentaba una disminución de la capacidad laboral del 9.0%, con incapacidad permanente, no apto para desempeñar satisfactoriamente las funciones propias de la vida militar a través del Acta No. 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1, correspondiente a la reunión realizada el **1° de diciembre de 2015**, esto es, transcurridos más de seis (6) meses de la valoración efectuada.

Bajo ese supuesto y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto 1796 de 2000, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía no podía fundamentar la pérdida de la capacidad laboral del demandante con dicho concepto médico de psiquiatría debido a que no tenía validez, por el transcurso del tiempo.

Por último, y en punto a la violación al derecho de defensa y contradicción alegado por la parte actora y fundamentado en el hecho de que al actor no se le permitió asistir a la reunión del Tribunal acompañado de un médico o de un profesional del derecho, baste mencionar que, de conformidad con el artículo 28 del Decreto 094 de 1989, la asistencia a dicha instancia puede ser personalmente “o” por medio de su apoderado, lo que permite cualquiera de las dos posibilidades, sin que sea obligatoria la comparecencia de los dos, como tampoco, es obligatoria la asistencia del médico especialista, en uno o en otro caso, pues el verbo rector “*pudiendo*”, no implica un imperativo, amén que solo en el caso de que la convocatoria la hubiese efectuado la respectiva jefatura de sanidad y el demandante no hubiere acudido, se le tendría que designar un apoderado de oficio; sin embargo, el señor Daniel Ascencio Torres fue quien convocó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 19 de abril de 2013.

En este sentido, tal como se consignó en el Acta No. 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1, del 17 de febrero de 2016, “...El señor

C.P. ASCENCIO TORRES DANIEL, **se presentó solo** a la sesión del Tribunal realizada el 1° de diciembre de 2015..”, razón por la cual no le asiste razón al señalar que no se le dio la oportunidad de tener una asistencia médica ni un abogado, pues si ese era su querer debió comparecer a dicha sesión con el acompañamiento de su apoderado o de un médico especialista.

5.5. De la no aplicación de la regla indemnizatoria prevista en la Sentencia SU-053 de 2015

En la sentencia **SU- 053 del 12 de febrero de 2015**, la Corte Constitucional estableció una regla *“orientada a atemperar la orden [judicial] de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir”* por los empleados vinculados en provisionalidad cuando estos son retirados del servicio sin motivación alguna, regla que consideró aplicable **indistintamente, a los asuntos referidos al RETIRO DISCRECIONAL de los miembros de la Fuerza Pública** cuando en ellos no exista motivación alguna, en aplicación del principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución Política.

En ese sentido, concluyó que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad y en los casos de **retiro discrecional** de los miembros de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional son: *“.....**A título indemnizatorio**, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (...).”*

Bajo dicho criterio, esta juzgadora considera que en el caso en estudio la citada regla no resulta procedente, dado que no estamos en presencia del supuesto estudiado por dicha Corporación Judicial, esto es, ante el retiro

discrecional por voluntad del Gobierno de un miembro de la policía Nacional o de las Fuerzas Militares, sino ante un caso de retiro por disminución de la capacidad psicofísica y por ende, de relevancia y protección constitucional.

Lo anterior reviste mayor importancia si se tiene en cuenta que de conformidad con la sentencia **SU-354 del 25 de mayo de 2017**, la Corte consideró que la regla indemnizatoria establecida en las sentencias SU-053 y SU-054 de 2015, no aplica al caso de los servidores con derechos de carrera administrativa, quedando claro que los fallos en mención encuentran delimitado su ámbito de aplicación a las situaciones administrativas de retiro de servidores en provisionalidad y por facultad discrecional, en tratándose de miembros de las fuerzas Militares y de Policía.

En ese sentido, ordenará el despacho, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el señor Daniel Ascencio Torres, desde el momento del retiro hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el mencionado militar, durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

5.6. DECISIÓN.

Con fundamento en lo expuesto a lo largo de la presente providencia se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, pues se logró desvirtuar la presunción de legalidad que los amparaba y se dispondrá el **REINTREGO** del actor al servicio activo sin solución de continuidad para todos los efectos legales, en el mismo grado que ostentaba al momento del retiro y en un cargo de igual o similares características al desempeñado a dicho momento, efecto para el cual se deberán tener en cuenta sus condiciones especiales de salud.

5.7. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la **nulidad** de la Resolución No. 0916 del 27 de abril de 2016, por medio de la cual se retiró del Ejército Nacional al señor Daniel Ascencio Torres por disminución de la capacidad psicofísica, así como de las Actas de la Junta Médico Laboral No. 21862 del 21 de noviembre de 2007 y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 5408TML 15-2-695- TML 15-1-858MDNSG.TML41.1 del 17 de febrero de 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, **REINTEGRAR** al señor DANIEL ASCENCIO TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.206.440, al servicio activo sin solución de continuidad para todos los efectos legales, en el mismo grado que ostentaba al momento del retiro y en un cargo de igual o similares características al desempeñado a dicho momento, efecto para el cual se deberán tener en cuenta sus condiciones especiales de salud.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a **PAGAR** al señor DANIEL ASCENCIO TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.206.440, los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o

independiente, haya recibido el mencionado militar, durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a pagarle al señor DANIEL ASCENCIO TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.206.440, los valores correspondientes señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh (\text{Ind. F} / \text{Ind. I})$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago.

QUINTO: Sin costas a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

SEXTO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 24 de hoy 10 de septiembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
018
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0801bc2d4c3d88c4ad6d82d2adbdbbd2f45013719d331019fbc002b023
6b5624

Documento generado en 08/09/2021 07:56:21 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00301-00**
Demandante: **CARLOS AUGUSTO TORRES MEJÍA**
Demandada: BOGOTÁ, D.C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS
Asunto: **SENTENCIA**

El señor **CARLOS AUGUSTO TORRES MEJÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.100.804, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.100.804 de Socorro (Santander), actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Mediante la Resolución No. 601 del 23 de septiembre de 2016, el demandante fue nombrado como Subdirector Logístico – Código 068 – Grado 07, conforme al Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales,

contenido en la Resolución No. 841 de 2015, en cuyo numeral 4º, señaló que le correspondía *"Administrar el equipo automotor con que cuenta la Unidad para la atención de las emergencias en cada una de las estaciones, con el fin de contar su disponibilidad para la prestación de servicios de manera efectiva y oportuna"*.

1.2.2. El 30 de diciembre de 2016, se suscribió el Contrato de Compraventa No. 587 de fecha 30 de diciembre de 2016, entre el Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos y la Ingeniería Contra Incendios y Seguridad Industrial - Incoldext Ltda., cuyo objeto fue la adquisición de máquinas extintoras para la UAE, por valor de \$8.968.000.000,00 m/cte.

1.2.3. Según los estudios previos, se debía adquirir seis (6) máquinas extintoras, dos 4x2 de mil (1.000) galones y cuatro 4x4 de 750 galones; sin embargo, mediante el Modificadorio No. 01 firmado el 27 de abril de 2017, se determinó obtener dos nuevas máquinas (una, 4x2 de 1.000 galones y una, 4x4 de 750 galones), por valor de \$2.947.000.000,00 m/cte y mediante Modificadorio No. 2 firmado el 27 de noviembre de 2017, se hizo una nueva adición, para la adquisición de una máquina más, por valor de \$1.537.000.000.00 m/cte., para un valor total del contrato de \$13.452.000.000.00 m/cte.

1.2.4. En la cláusula octava del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, se estableció que la Supervisión del mismo será ejercida por el Subdirector Operativo y por el Supervisor de Gestión de Riesgo de la UAECOB, o quien haga sus veces o por la persona designada por el Director, mediante comunicación escrita.

1.2.5. Los supervisores deberían cumplir además de las obligaciones previstas en la Ley 1474 de 2011, las contempladas en el Manual de Contratación, Supervisión e Interventoría de la Unidad y en especial las siguientes: i) exigir el cumplimiento del contrato y de la totalidad de obligaciones en el contenidas; ii) presentar las recomendaciones que determine pertinentes para el cumplimiento a satisfacción del contrato y iii) ejercer la vigilancia y control de la ejecución y acatamiento de las obligaciones del asegurador.

1.2.6. El párrafo segundo de la cláusula octava del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, estipulaba que *"El Supervisor tendrá la obligación de rendir informe mensual al Director con copia al expediente contractual, sobre la ejecución del contrato, haciendo las recomendaciones del caso y advirtiendo sobre posibles incumplimientos por parte del contratista en la ejecución del mismo..."*.

1.2.7. Según la cláusula quinta, el plazo de ejecución del contrato sería de 12 meses, a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución. El Acta de inicio se firmó el 16 de enero de 2017, por lo tanto, las máquinas extintoras fueron entregadas 12 meses después, esto es, el 15 de enero de 2018.

1.2.8. Según el informe del período comprendido entre el 1 y el 31 de enero de 2018, rendido el 10 de septiembre del mismo año, por el Supervisor Gerardo Alonso Martínez Riveras, las seis (6) máquinas extintoras adquiridas inicialmente, fueron puestas en operación y asignadas, según mapa, a varias estaciones, el 23 de enero de 2018. Las máquinas extintoras fueron identificadas con las siglas ME-39, ME-40, ME-41, ME-42, ME-43, ME-44, ME-45 y ME-46.

1.2.9. A partir de los primeros días del mes de marzo de 2018, esto es, un mes y medio después de haberlas puesto en operación, las máquinas empezaron a presentar fallas en la operatividad tal como quedó consignado en los cuadros elaborados por los Ingenieros Alfonso Salazar Moncaleano y Roosevelt Avella Vega, según las actas de Revisión de Máquinas.

1.2.10. Las fallas eran informadas directamente al supervisor del contrato, Comandante Gerardo Alonso Martínez Riveras, Subdirector Operativo, por parte de los Jefes de Estación y del personal uniformado de las estaciones a donde fueron asignadas y él se comunicaba directamente con el proveedor, Incoldext Ltda., para que procedieran a hacer las intervenciones mecánicas correspondientes.

1.2.11. Dado que este reporte de fallas era remitido a la Subdirección Logística - Mesa Logística, para hacer los registros y trazabilidad correspondientes, como administradores del parque automotor y en cumplimiento de las funciones del cargo, el 13 de abril de 2018, a través del Memorando No. 20181E5842, se solicitó apoyo al Comandante Gerardo Alonso

Martínez Riveras, Supervisor del contrato y Subdirector Operativo, con el fin de que el procedimiento establecido para el mantenimiento correctivo del parque automotor se siguiera adecuadamente, señalando la descripción de actividades de procedimiento. La solicitud obedeció a que se presentaron situaciones en que los vehículos en garantía, habían ingresado al taller para mantenimiento correctivo, sin que, una vez hechos los arreglos se efectuara por parte de los Ingenieros de Logística la verificación técnica de lo realizado, así como tampoco la prueba de ruta correspondiente.

1.2.12. Concretamente se hace referencia a que la máquina extintora ME-42, salió del taller y, cuatro días después, llega nuevamente el reporte para que ingrese por las mismas fallas y adicionando una nueva. En este caso la Subdirección Logística no fue informada para el recibo de la máquina, pese a que cuenta con el personal técnico de ingenieros para la validación del trabajo efectuado.

1.2.13. En el memorando mencionado, se solicitó un informe de la ubicación, dirección y características relevantes de los talleres donde se prestaban los servicios de mantenimiento correctivo y preventivo, en razón a que le correspondía a la Subdirección Logística hacer seguimiento y cerrar los casos.

1.2.14. Esta solicitud se hace nuevamente mediante la Comunicación No. 2018IE6593 de abril 30 de 2018 y con el Memorando No. 2018IE10938 del 24 de julio de la misma anualidad, dirigido a los Supervisores del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, esto es, el Comandante Gerardo Alonso Martínez Riveras y el Arquitecto Jorge Alberto Pardo Torres, manifestando que de manera urgente, remitan a la Subdirección Logística, la documentación correspondiente a las entradas y salidas de taller de las máquinas nuevas y la novedad de los mantenimientos realizados, así como el reporte que deben hacer los oficiales de estación y oficiales de servicio a la mesa logística, para que una vez se dé el procedimiento de atención, este sea llevado hasta el cierre de mismo, con la prueba de ruta y el Acta de recibo correspondiente.

1.2.15. El 7 de septiembre de 2018, se reitera a los Supervisores del contrato, la remisión urgente a la Subdirección Logística de la documentación solicitada en los memorandos anteriores, ya que a esa fecha, no habían sido enviados los documentos soporte (ingresos, diagnósticos, intervenciones

realizadas, discriminación partes, repuestos o insumos y salidas de taller - pruebas de ruta o informes integrales de reparación de los vehículos), de las intervenciones realizadas a través de las garantías de los vehículos adquiridos, desde que entraron en operación hasta la fecha del memorando.

1.2.16. El demandante como Subdirector Logístico, impartió instrucciones al personal a su cargo, para que atendieran al detalle y bajo estricto desarrollo del procedimiento, las solicitudes de acompañamiento, cuando los oficiales de las estaciones y los que se encontraran en servicio lo requirieran.

1.2.17. En memorandos dirigidos al Comandante Gerardo Martínez, Supervisor del contrato, sobre el acompañamiento solicitado para realizar visitas a las estaciones donde fueron asignadas las máquinas extintoras adquiridas, se le informaba al Supervisor lo determinado por los Ingenieros Alfonso Salazar Moncaleano y Roosevelt Avella Vega, anexando fotografías y Acta de la visita para que el Supervisor y Subdirector Operativo tomaran las decisiones correspondientes según su conocimiento y responsabilidades.

1.2.18. La Subdirección Logística que estaba a cargo del demandante, siempre estuvo atenta en cumplimiento de sus funciones, a la trazabilidad de las intervenciones de los automotores y reiteradamente solicitaba de manera urgente el envío de la información de mantenimiento de los vehículos del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, los cuales nunca fueron remitidos.

1.2.19. El 12 de septiembre de 2018, el Dr. Julio Cesar Díaz Perdomo, Asesor de la Dirección de la entidad, le envió al hoy demandante un WhatsApp, en los siguientes términos: *"Carlitos Buena tarde. Te escribe Julio Cesar (Asesor de Dirección). Quería hablar personalmente contigo, más para no olvidarlo te diré por acá, que con ocasión del debate sobre máquinas y su utilidad debida a la ciudadanía, he advertido comunicaciones internas de tu Despacho que podrían sugerir menos valores de la responsabilidad de tu área. No pongo en duda que adelantas un buen trabajo en los procedimientos de mantenimiento correctivo - incluidas garantías-, y hasta preventivo del parque automotor, pero como la mujer del Cesar no debe ser santa sino perecerlo, con respeto te sugeriría, verificar que la documentación de ese equipo y atención tenga coherencia con ello, y así que evidencie el compromiso de tu subdirección para que siempre esté disponible para la atención de urgencias ..."*

1.2.20. Las comunicaciones internas a que se refiere el doctor Díaz Perdomo corresponden a las solicitudes de información que ha hecho a los Supervisores del contrato, referidos en los memorandos anteriormente enunciados, así como a los memorandos técnicos producidos por los ingenieros del área Logística, relacionados con el estado mecánico de las máquinas extintoras.

1.2.21. El 13 de septiembre de 2018, el actor respondió el mensaje de WhatsApp, por el mismo medio, manifestando la extrañeza del mismo, pues esas afirmaciones son graves y delicadas, razón por la cual señaló que si en algo se caracterizó la Subdirección Logística, fue en tener un absoluto cuidado en las comunicaciones generadas, sobre todo con respecto al mantenimiento de las máquinas nuevas adquiridas mediante el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, siguiendo de manera rigurosa los procesos y procedimientos establecidos, observando las funciones atribuidas para no incurrir en omisiones y extralimitaciones. Siempre existió un acompañamiento técnico a los Supervisores del contrato, mediante los cuales se hacían exigibles las garantías.

1.2.22. El 17 de septiembre de 2018, mediante Comunicación No. 2018IE14351, le asignaron al actor la Supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016 y le señalan algunas labores, las cuales son de obligatorio cumplimiento junto con las expresamente señaladas en el manual de contratación de la UAECOB.

1.2.23. Una vez notificado de la designación como Supervisor, a través del Memorando No. 2018IE14574 del 20 de septiembre de 2018, se convocó al Comandante Gerardo Alonso Martínez y a la doctora María Angélica Arenas, con el propósito de realizar una reunión de empalme y, a su vez, solicitarle copia de los informes y documentos relevantes de ejecución del contrato, dado que los mismos no obraban en el expediente contractual, allí se hizo una presentación de los aspectos generales relevantes sobre la ejecución del contrato y se comprometieron a remitir al demandante los informes de supervisión, los cuales para la fecha del primer Informe de Supervisión, no fueron enviados, a pesar de haberlo solicitado recurrentemente por diversos medios.

1.2.24. Simultáneamente con la solicitud de los informes, mediante las Comunicaciones Nos. 2018EE10961 del 20 de septiembre de 2018 y

2018EE11640 de 8 de octubre de dicho año, requirió al proveedor de las máquinas extintoras adquiridas (Incoldext Ltda.), para que enviara informes del cumplimiento de las obligaciones y de la ejecución del contrato, dado que no obraban soportes o evidencias del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones específicas del contratista; sin embargo, estas no fueron remitidas y la respuesta fue mediante Comunicación No. 2018ER8562 de 7 de noviembre de 2018, que *"...los documentos solicitados fueron entregados a la entidad en su debido momento y reposan en el expediente del contrato que conserva la entidad."*, por lo tanto, no es claro si el proveedor lleva los archivos del contrato, como es su obligación, porque no remitió copia de ellos.

1.2.25. El 18 de octubre de 2018, el demandante se percató que los informes, cuya responsabilidad estaba en cabeza del Comandante Martínez y de la doctora Arenas, fueron publicados en la plataforma SECOP, un mes después de haber sido solicitados para el empalme.

1.2.26. Por medio del Memorando No. 20181El6073 del 25 de octubre de 2018, el actor presentó el primer Informe de Supervisión, dirigido al doctor Pedro Manosalva Rincón, Director de la entidad y con copia al expediente del contrato, para su conocimiento y fines pertinentes, en el cual, se incluyeron, entre otros: i) el concepto técnico emitido por NAVITRANS, donde se precisó que las máquinas tenían una falla en el diseño y en la estructura; ii) copia de once (11) solicitudes de mantenimiento correctivo por garantía, que se habían remitido al contratista INCOLDEXT; iii) la relación del tiempo que permanecieron fuera del servicio las máquinas ME-39, ME-42 y ME-43; iv) las intervenciones hechas a las máquinas 4x4 que afectaron su diseño y estructura y v) que era necesario que la entidad adoptara medidas definitivas frente a la evidente imposibilidad de operación óptima y eficiente de los bienes adquiridos, iniciando los procesos sancionatorios establecidos en las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta del contrato, con lo cual se salvaguarda el erario invertido y los intereses generales de la administración distrital y de la ciudadanía.

1.2.27. A través del Oficio No. 2018ER8649 del 14 de noviembre de 2018, el contratista estableció un plan de acción, consignando como objetivo: *"Subsanar las novedades recurrentes reportadas durante la operación de las máquinas extintoras"*, donde se evidencia el reconocimiento que hace de las

"novedades", originadas por las fallas recurrentemente presentadas durante la operación de las máquinas extintoras.

1.2.28. El 12 de diciembre de 2018, el actor presentó al Director Pedro Manosalva, el segundo Informe de Supervisión del contrato, señalando que: i) llamaba su atención, la exigencia que hizo el contratista de un cobro por parqueadero de máquinas que supuestamente estaban listas para retirar del taller, que no fue aceptado y además desvirtuado por el mismo contratista, toda vez que las fallas son recurrentes y nunca han operado al 100%; ii) las actividades para la solución de las fallas planteadas en el Plan de Acción y que debían terminar el 4 de diciembre de 2018, no fueron cumplidas, por lo que las máquinas volvían nuevamente a ingresar al taller, razón por la cual, para ese momento tenían cuatro (4) máquinas fuera de servicio y iii) la necesidad que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos UAECOB, adelante el proceso sancionatorio establecido en las cláusulas del contrato.

1.2.29. A los dos (2) días de haber radicado el segundo informe de supervisión, el demandante fue declarado insubsistente del Cargo de Subdirector Logístico de la UAECOB, mediante la Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, acto administrativo que normativamente no se ajusta a la realidad del caso.

1.2.30. Con antelación a la expedición del acto administrativo referido precedentemente, esto es, el 5 de abril de 2017, el demandante le comunicó a la Subdirectora de Gestión Humana de la Unidad, que se encontraba en calidad de pre-pensionado; sin embargo, dicha circunstancia no fue tomada en cuenta y se produjo su arbitrario retiro, como tampoco se analizó el hecho de ser el demandante padre cabeza de familia.

1.2.31. La Conciliación Prejudicial se realizó el 11 de julio de 2019, ante la Procuraduría 7ª para Asuntos Administrativos, la cual fue declarada fallida cumpliendo así el requisito de procedibilidad.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estimó desconocidos los artículos 1, 12, 13, 25, 29, 53, 125, 209 y 228 de la Constitución Política; 7, 8, 21 (numeral 2) y 23 (numeral 1), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 y

61 del Decreto 2400 de 1968; 44, 138, 154, 161 del C. P. A. C. A.; 19 (numeral 2, literal b) y 41 de la Ley 909 de 2004; estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

2.1. Falsa motivación

Indicó que la Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, que produjo el retiro del actor tiene como motivación el numeral 2° del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, norma que indica cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción, situación que no incide, pues no es aplicable la discrecionalidad absoluta, en la medida que el demandante ejecutaba su labor correctamente y la declaratoria de insubsistencia tuvo su origen en hechos oscuros y contrarios al buen desempeño de la función pública, desconociendo sus derechos laborales.

2.2. Abuso del poder

Aludió que se encuentra acreditado que en el *sub examine* se configura un claro abuso de poder y la aplicación del poder dominante en contra de los intereses de un empleado que tuvo el valor de denunciar las irregularidades que se estaban presentando frente al Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, sobre compra de maquinaria para la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, circunstancia que le costó el retiro de la entidad, argumentando para tal fin, que el cargo que desempeñaba era de libre nombramiento y remoción, sin analizar que estaba prestando un buen servicio y sus denuncias iban encaminadas a favorecer los intereses de la unidad y del Estado.

2.3. Desviación de poder

Sostuvo que si bien la entidad demandada actuó en cumplimiento de sus funciones y dentro del límite de su competencia, lo cierto es que utilizó sus poderes y atribuciones con el único propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses específicos y concretos que estableció el legislador para efecto de aplicar la facultad discrecional a los cargos de empleados que desempeñan funciones de libre nombramiento y remoción, razón por la cual, no le fueron respetadas sus condiciones de equidad y justicia para permanecer en el ejercicio de la función pública.

2.4. Violación a convenios y tratados internacionales

Señaló que la entidad demandada faltó al precepto constitucional de la "*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*", norma aplicable a los convenios internacionales que Colombia ha suscrito y que hacen parte de nuestra legislación, lo cual consiste en que a las disposiciones legales no se les debe dar una interpretación exegética ni literal, sino adecuarla a las circunstancias en que se desarrolla la relación laboral, siempre aplicando el principio de favorabilidad que señala el artículo 53 de la Constitución Política y cuya aplicabilidad siempre debe ser en beneficio del trabajador, lo que no sucedió en el presente caso, pues se aplicó una discrecionalidad absoluta, la que no se ajusta a la realidad, por cuanto, el acto administrativo no se expidió con el fin del mejoramiento del servicio, sino para evitar las denuncias por las irregularidades que se presentaron en el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016.

Anotó que al no indicarse en el acto administrativo que se impugna las razones o motivos reales por los cuales fue declarado insubsistente el nombramiento del actor, cuando venía prestando un excelente servicio público, se incurre en clara violación al artículo 29 Constitucional, que prescribe que ningún ciudadano podrá ser juzgado, sin la inobservancia del debido proceso y con las garantías del principio de contradicción.

Manifestó que el literal b) del numeral 2º del artículo 19 de la Ley 909 de 2004, preceptúa que el diseño de cada empleo debe contener el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo, características que no se tuvieron en cuenta, pues quien reemplazó al demandante no reunía las calidades y experiencia.

Precisó que el Decreto 2400 de 1968, señala que deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción, en la respectiva hoja de vida, constancia que no obra en el expediente administrativo del demandante.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del **18 de noviembre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Precisó que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, se encuentra acorde al ordenamiento jurídico y a las condiciones de pre-pensionado que ostentaba el actor al momento de su retiro de la entidad, por lo tanto, no le asiste razón al sostener que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, deviene de los informes que presentó como supervisor del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016.

Refirió que la actuación desplegada por la entidad demandada se generó en la pérdida de confianza requerida para el cargo que ejercía el actor, lo que conllevó a que se procediera a la referida declaratoria, en ejercicio de lo contemplado en el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, situación que conlleva a determinar que el acto administrativo expedido por la entidad, no debía estar precedido de motivación alguna, tal como lo contempla la sentencia del Consejo de Estado que se ocupó de citar, puesto que el empleo que desarrolló el señor Carlos Augusto Torres Mejía pertenecía a los denominados libre nombramiento y remoción.

Por otra parte, propuso las siguientes excepciones:

3.1. Legalidad plena del acto administrativo: Indicó que el cargo que ejerció el demandante ostenta la naturaleza de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo señalado en la Resolución No. 841 del 3 de septiembre de 2015, por la cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, razón por la cual no es necesario para la validez del acto de insubsistencia la consignación de motivos, pues basta que se cite la norma que faculta a la entidad para desarrollar dicha función; sin embargo, existen unos límites para su ejecución, pues debe sujetarse a los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, materializados en tres criterios, a saber: a) la existencia de una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad de

forma expresa; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la disposición que la autoriza y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que sirven de causa, lineamientos que se cumplen en el caso bajo análisis, razón por la cual, no existe falsa motivación en el acto administrativo demandado.

Frente al abuso de poder, refirió que al actor le asiste la carga de la prueba, para demostrar que el funcionario que expidió el acto se apartó del fin exigido por la ley, aspecto que no se encuentra acreditado, toda vez que el cumplimiento de vigilancia del estado de los vehículos que le fueron asignados y los dos informes que presentó orientados al mal estado de la maquinaria, no le otorgan fuero de ningún tipo al actor, dado que solamente demuestran que cumplió con las funciones a su cargo.

De otro lado, respecto a la desviación de poder, señaló que los inconvenientes presentados en las maquinarias adquiridas por la entidad demandada, no tienen relación con la desvinculación del demandante, toda vez que comprenden situaciones propias de la contratación y, en consecuencia, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Carlos Augusto Torres Mejía deviene de la pérdida de confianza que requería el funcionario y que impidió que continuara desempeñando el cargo.

3.2. Falsedad de presuntos motivos del despido aducidos por el demandante: Manifestó que del acervo probatorio allegado al plenario, no se evidencia que el actor instaurara denuncia, por los hechos que narró en la demanda, por lo tanto, los fundamentos expuestos comprenden una estrategia que pretende restar validez al acto administrativo enjuiciado, conducta contraria a derecho y que *“...dicta mucho de las habilidades y competencias del demandante durante el ejercicio del cargo, y que le valieron la desconfianza del ordenador del gasto para retirarlo del ejercicio de sus funciones como subdirector en políticas de confianza y dirección”*.

Adujo que pese a que en la hoja de vida del actor, no existió tacha alguna de la labor que desarrolló, no se puede pasar por alto que tal como lo señaló el H. Consejo de Estado, en el fallo proferido el 21 de febrero de 2019, la falta de anotación de las razones que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, no anula el acto administrativo, toda vez que tal circunstancia no comprende un requisito de existencia o validez del mismo,

puesto que se configura una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado, de tener la certeza que su desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador.

3.3. No procedencia del reintegro: Afirmó que la entidad demandada al momento de retirar al demandante tuvo en cuenta la situación de pre-pensionado en que se encontraba, dado que actuó con sujeción de lo señalado por la sentencia de unificación SU-003 de 2018, expedida en materia de declaratoria de insubsistencia de nombramientos de servidores públicos, por lo cual, el acto administrativo se expidió de forma lícita y, en consecuencia, dicha condición no le otorgaba estabilidad laboral.

3.4. Genérica: Solicitó que se decrete los medios exceptivos que favorezcan a la entidad y que se presenten en el curso del proceso.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **26 de julio de 2021**, se ratificó en los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo demandatorio, señalando que el hecho de que el señor Carlos Augusto Torres Mejía desempeñara un cargo de libre nombramiento y remoción no justifica su retiro, dado que existen situaciones de fondo por las cuales el nominador decidió desvincularlo del servicio, como lo es el hecho de evitar cuestionamientos frente a las irregularidades que se presentaban en la maquinaria que fue adquirida por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá, a través del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016.

Afirmó que la entidad demandada adquirió vehículos que no cumplían las condiciones y calidades requeridas para el fin al cual estaban destinadas, aspectos que el actor puso en conocimiento de la entidad demandada, circunstancia que conllevó a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, siendo esta la única causal para atribuir la pérdida de confianza que puede aducir la administración.

Precisó que de los testimonios recepcionados por el Despacho, se evidencia que los equipos que fueron adquiridos por la entidad demandada, en virtud del contrato de la referencia, no reunían los requisitos para la labor que debían desempeñar y que el contratista no realizó los arreglos necesarios para su funcionamiento, aspecto que, pese a que fue puesto en conocimiento del Director de la unidad, este no se preocupó por buscar una solución o hacer efectivas las pólizas o imponer multas.

Finalmente, citó jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado, relativa a la facultad discrecional para el retiro del servicio de funcionarios de carrera administrativa.

4.2. Parte demandada.

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito radicado vía correo electrónico el **23 de julio de 2021**¹, solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, toda vez que en ningún momento, la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, procedió en forma contraria a la ley o desconoció preceptos constitucionales al expedir el acto administrativo demandado.

Aludió que de las pruebas recaudas en el proceso no se evidencia alguna actividad que permita considerar la existencia vicios en el acto administrativo enjuiciado, pues no adolece de desviación de poder que afecte su legalidad, al ser emitido por el funcionario competente y con sujeción a las normas en que debía fundarse, razón por la cual, no hay lugar decretar la nulidad implorada.

4.3. Ministerio Público.

El Procurador 62 Judicial I para Asuntos Administrativos, por medio de correo electrónico del **30 de julio de 2021**, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda, al sostener que en el caso bajo estudio no existe discusión en cuanto a la naturaleza del cargo que ocupaba el señor Carlos Augusto Torres Mejía, clasificado como de libre nombramiento y remoción, cuyo ejercicio implica especial confianza, lo que le permite al nominador

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente, toda vez que se envió por correo electrónico el “jueves, 22 de julio de 2021 11:28 p.m.” – negrita del Despacho-.

disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión.

Manifestó que la desvinculación de un funcionario de libre nombramiento ejercida bajo la facultad discrecional del nominador, no lo exime de respetar los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado, en la sentencia que se ocupó de citar y de la cual resalta que el acto de insubsistencia al ser inmotivado supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio, por lo tanto, en caso de que se pretenda la declaratoria de nulidad del acto administrativo emitido con dicho fin, le corresponderá al actor la carga de la prueba para desvirtuar esta presunción de legalidad que lo ampara.

Adujo que el demandante afirma que el acto administrativo expedido por la entidad demandada incurrió en falsa motivación, abuso y desviación de poder, pues las verdaderas razones en las que se fundó su retiro consistieron en una retaliación, debido a que el señor Torres Mejía había denunciado las irregularidades en la contratación que se estaban presentando en los bienes adquiridos mediante el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, cuyo objeto era la compra de maquinaria para la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

Sobre el particular, anota que, si bien el actor presentó una serie de informes acerca de los daños que tenían la maquinaria comprada con el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, en cumplimiento de la reasignación de supervisión efectuada por el Director del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, el 17 de septiembre de 2018, lo cierto es que los mismos no tienen la potencialidad de desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado.

Precisó que el argumento del demandante también fue corroborado por el testigo Alfonso Salazar, quien afirmó que lo persiguieron por los informes rendidos y por haber solicitado ejecutar las pólizas del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016; sin embargo, reseñó que una vez fue retirado del servicio, desconoce si continuaron el proceso de ejecución de las pólizas, circunstancia que resalta por cuanto los informes presentados pese a que advertían los requerimientos mecánicos y revisiones de taller que constantemente presentaba la maquinaria adquirida, independientemente de

que el actor estuviera o no en el cargo, ya el ordenador del gasto tenía un deber funcional que acatar, el cual era iniciar las acciones administrativas por el presunto incumplimiento del contrato.

En ese sentido, refirió que la insubsistencia del actor no cambiaba el curso de la ejecución contractual, puesto que había cumplido con su función de vigilar la calidad de los bienes e informar las circunstancias aparentemente irregulares, razón por la cual, atribuye que el argumento del actor y el testigo no tiene la potencialidad para desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, valga decir, no se ocultaría la realidad de la maquinaria y la necesidad de iniciar la actuación administrativa por el presunto incumplimiento.

Indicó que no se probó que el señor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la entidad accionada, haya iniciado una persecución en contra del demandante, que haya derivado o conducido a su declaratoria de insubsistencia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Respecto a las excepciones de **legalidad plena del acto administrativo, falsedad de presuntos motivos del despido aducidos por el demandante y no procedencia del reintegro**, el Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Finalmente, frente a la excepción **genérica**, advierte el Despacho que no se encontraron excepciones que debían ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

De conformidad con los medios de prueba documentales allegados al expediente, quedaron demostrados los siguientes hechos:

5.2.1. Antecedentes de la vinculación del actor y declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

5.2.1.1. Resolución No. 601 del 23 de septiembre de 2016, a través del cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, nombró al señor Carlos Julio Torres Mejía, en el cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07.

5.2.1.2. Acta No. 17, en la cual consta que el demandante tomó posesión del cargo referido anteriormente el **23 de septiembre de 2016**.

5.2.1.3. Oficio No. 2017ER2466 del 5 de abril de 2017, mediante el cual el señor Carlos Julio Torres Mejía le comunicó a la doctora Lorely Ariza Novoa, Subdirectora de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que para esa fecha reunía las condiciones y requisitos como pre-pensionado, dado que contaba con 59 años de edad y las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez, por lo tanto, se encontraba a menos de tres (3) años para concretar el derecho.

5.2.1.4. Certificación expedida el 29 de octubre de 2018, por el doctor Juan Carlos Gómez Melgarejo, Subdirector de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, mediante la cual hace constar: i) que el actor se vinculó al Distrito Capital en la referida unidad, a partir del 23 de septiembre de 2016, desempeñando el cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07 y ii) las funciones que tenía a su cargo, en virtud de la Resolución No. 841 de 2015, contentiva del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.

5.2.1.5. Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, por medio de la cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Julio Torres Mejía, en el cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07, a partir de dicha fecha.

5.2.1.6. Comprobantes de pago de nómina del demandante, expedidos por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

5.2.1.7. Expediente administrativo del actor, contentivo de:

- Acto administrativo, por medio del cual fue nombrado el demandante y el acta de posesión.
- Acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento.
- Hoja de vida.
- Resoluciones a través de las cuales se ajustó y modificó el manual específico de funciones y competencias de la entidad.

5.2.2. Antecedentes administrativos de la persona que reemplazó al actor en el cargo de Subdirector Técnico, Código 068 –Grado 07, de la Subdirección Logística.

5.2.2.1. Resolución No. 867 del 17 de diciembre de 2018, por medio de la cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, nombró a la señora Katherine Vela Velasco, para desempeñar el cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07, a partir de dicha fecha.

5.2.2.2. Certificación expedida por la Subdirectora de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, en la que hace constar que la señora Katherine Vela Velasco, fue la servidora que reemplazó al actor en el cargo de Subdirector Técnico, Código 068 –Grado 07, de la Subdirección Logística.

5.2.2.3. Hoja de vida e historia laboral de la señora Katherine Vela Velasco.

5.2.3. Antecedentes del proceso Contractual No. 587 de 2016.

5.2.3.1. Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, suscrito entre el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y la sociedad Ingeniería contra Incendio y Seguridad Industrial – Incoldext Ltda., cuyo objeto se circunscribió a la **“ADQUISICIÓN DE MAQUINAS (sic) EXTINTORAS PARA LA UAE CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ”** y modificaciones realizadas al mismo.

5.2.3.2. Acta No. 587 de 2016, suscrita por los señores Sandra Janneth Romero Pardo y Jorge Alberto Pardo Torres, en calidad de Supervisores y el señor José Iván Rodríguez Garzón, como Representante Legal de la sociedad Ingeniería contra Incendio y Seguridad Industrial – Incoldext Ltda., en la cual dejan constancia que el **16 de enero de 2017**, inició el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, el cual culminaría el 15 de enero de 2018.

5.2.3.3. Memorando No. 2018IE5842 del 13 de abril de 2018, a través del cual el actor, en su calidad de Subdirector de Logística y en virtud de las facultades contenidas en el artículo 10 del Decreto 555 de 2001, dentro de las cuales se encuentra la de administrar el equipo automotor con el que cuenta la Unidad para la Atención de las emergencias, le solicitó apoyo al Comandante Gerardo Martínez, Subdirector Operativo, con el objeto que el procedimiento establecido para el mantenimiento correctivo del parque automotor se siga adecuadamente.

5.2.3.4. Memorando No. 2018IE10628 del 18 de julio de 2018, a través del cual el demandante le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-42.

5.2.3.5. Memorando No. 2018IE10689 del 19 de julio de 2018, mediante el cual el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-43.

5.2.3.6. Memorando No. 2018IE10938 del 24 de julio de 2018, por medio del cual el demandante reiteró a los doctores Gerardo Alonso Martínez Riveros, Subdirector Operativo y Jorge Alberto Pardo Torres, Subdirector de Gestión del Riesgo, la solicitud de documentación relevante a la intervención de vehículos de la UAECOB por garantía, contratos 582, 587, 590 y 591, todos de 2016, así como la aplicación del procedimiento para el mantenimiento del parque automotor.

5.2.3.7. Memorando No. 2018IE11093 del 25 de julio de 2018, mediante el cual el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de entrega de la máquina ME-43.

5.2.3.8. Memorando No. 2018IE13171 del 23 de agosto de 2018, mediante el cual el demandante le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-42.

5.2.3.9. Memorando No. 2018IE13591 del 31 de agosto de 2018, por medio del cual el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-44.

5.2.3.10. Memorando No. 2018IE13719 del 3 de septiembre de 2018, a través del cual el demandante le solicitó al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, la documentación correspondiente a los vehículos OLO 372 y OLO 373.

5.2.3.11. Memorando No. 2018IE13821 del 5 de septiembre de 2018, por medio del cual el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-40.

5.2.3.12. Memorando No. 2018IE14008 del 7 de septiembre de 2018, través del cual el demandante le reiteró a los doctores Gerardo Alonso Martínez Riveros, Subdirector Operativo y María Angelica Arenas Aguirre, Subdirectora de Gestión del Riesgo, el envío de la documentación relevante a la intervención de vehículos de la UAECOB por garantía, contratos 582, 587, 590 y 591, todos de 2016, así como la aplicación del procedimiento para el mantenimiento del parque automotor.

5.2.3.13. Memorando No. 2018IE14061 del 10 de septiembre de 2018, por medio del cual el CDTE. Gerardo Alonso Martínez Riveros, le remitió a la doctora Giohana Catarine González Turizo, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica los informes de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, relativo a las máquinas extintoras 4X4 y 4X2, con el fin que sean incorporados al expediente contractual.

5.2.3.14. Informe de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, por el periodo comprendido entre el 1 al 31 de enero de 2018, rendidos por los señores Sandra Janneth Romero Pardo y Jorge Alberto Pardo Torres,

describiendo las actividades realizadas y los hallazgos de revisión de máquinas extintoras 4X4 y 4X2.

5.2.3.15. Imagen de la captura de pantalla de la aplicación WhatsApp de Los días “12/9/2018” y “13/9/2018”, enviado por “Bomb Julio Cesar Asesor”.

5.2.3.16. Formato de Designación de Supervisión No. 2018IE14353 del 17 de septiembre de 2018, por medio del cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos comunicó la designación de supervisión del contrato referido anteriormente, relacionando las funciones y compromisos que se debían cumplir.

5.2.3.17. Manual de contratación, supervisión, interventoría y procedimientos, vigente desde el 29 de agosto de 2017, de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

5.2.3.18. Memorando No. 2018IE14574 del 20 de septiembre de 2018, a través del cual el actor, convocó a los doctores Gerardo Alonso Martínez Riveros, Subdirector Operativo y María Angelica Arenas Aguirre, Subdirector de Gestión del Riesgo, a realizar el empalme de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, el día 25 de septiembre de dicho año.

5.2.3.19. Oficio No. 2018EE10961 del 20 de septiembre de 2018, mediante el cual el demandante le solicitó al Representante Legal de Incoldext Ltda., que le remita un informe sobre la ejecución del contrato.

5.2.3.20. Imagen de la captura de pantalla de la aplicación WhatsApp del “28/9/2018”, enviado por “Bomb José Luis México Quiroga”.

5.2.3.21. Correo electrónico del 2 de octubre de 2018, mediante el cual el doctor Luis Carlos Orozco Lozada, Director Servicio – Cali, se pronunció frente al concepto técnico sistema de dirección de la máquina de bomberos ME44.

5.2.3.22. Oficio No. 2018EE11640 del 8 de octubre de 2018, a través del cual el demandante le reiteró al Representante Legal de Incoldext Ltda., la solicitud relativa al informe del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016.

5.2.3.23. Memorando No. 2018IE16073 del 25 de octubre de 2018, mediante el cual el demandante le remitió al doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la UAE, el informe de supervisión del contrato.

5.2.3.24. Informes de Supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, rendidos por el demandante, por los periodos comprendidos entre el 17 de septiembre al 25 de octubre de 2018 y el 26 de octubre al 12 de diciembre de la misma anualidad.

5.2.3.25. Comunicación del 6 de noviembre de 2018, por medio de la cual el doctor José Iván Rodríguez Garzón, Representante Legal de Incoldext Ltda., frente a la solicitud elevada por el actor, a través del Oficio No. 2018EE10961 del 20 de septiembre de 2018, señala que los documentos solicitados fueron entregados en su debido momento a la entidad y reposan en el expediente del contrato.

5.2.3.26. Oficio No. 2018IE14351 del 17 de septiembre de 2018, a través del cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, le comunicó al actor la reasignación de la supervención del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, cuyo objeto es la *“adquisición de máquinas extintoras para la UAE...”*, la cual recaería a partir de esa fecha en la Subdirección Logística, en remplazo de la Subdirección de Gestión del Riesgo.

5.2.4. Testimoniales:

5.2.4.1. Declaraciones rendidas el 15 de julio de 2021, por los señores Alfonso Salazar Moncaleano, Nelson Javier Valero Pinilla y Mauricio Ayala Vásquez, a través de la plataforma de Microsoft Teams.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer sí con la expedición de la Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, por medio de la cual la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del demandante, en el cargo

denominado Subdirector Técnico de la Subdirección Logística, Código 068 – Grado 07, se incurrió en las causales de nulidad que desvirtuén su legalidad.

5.3.1. NORMATIVIDAD FUNDAMENTA LA DECISIÓN FRENTE AL CASO CONCRETO

El artículo 125 de la Constitución Política, establece la forma de vinculación de los empleados públicos, así:

“ARTÍCULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de **libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

(...). (Negrita del Despacho)

Ahora bien, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 52 de la Ley 1575 del 21 de agosto de 2012, el Presidente de la República expidió el Decreto 256 de 2013, “*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los Cuerpos Oficiales de Bomberos*”, en cuyo artículo 4º clasificó los empleos de la unidad, así:

“Artículo 4º. Clasificación de los empleos. *Los empleos públicos de la planta de personal de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, son de carrera, con **excepción de los de libre nombramiento y remoción, que corresponde a los cargos de Director y Subdirector, los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza**, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo que estén al servicio directo e inmediato de los empleos de director y subdirector, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos y los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”* (resaltado del Despacho).

Frente a las causales de retiro, el artículo 29 de dicha disposición legal, preceptuó:

“Artículo 29. Causales del retiro del servicio. *Las causales de retiro del servicio de los empleados a quienes se les aplique el presente decreto **serán las contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan**”* (negrita fuera de texto).

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, contempló las causales de retiro del

servicio de los empleados que ocupan dichos cargos, de la siguiente forma:

*“(...) **Artículo 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: **a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;***

(...)

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. **La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.** (...). (Resaltado fuera del texto original).*

De la normatividad en cita, se advierte con claridad que la desvinculación de los funcionarios nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción es **discrecional** y, por ende, el acto administrativo que declare su insubsistencia, **no requiere motivación alguna**, pues como la designación del cargo lo indica, la selección de esta clase de personal deviene estrictamente de motivos personales o de confianza.

Siendo un cargo de libre nombramiento y remoción la entidad demandada aduce que la insubsistencia declarada mediante el acto administrativo cuya nulidad se solicita constituye la materialización de las facultades contenidas en el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, que establece como causal de retiro o de desvinculación del servicio público en tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción la declaratoria de insubsistencia, que para el caso lo fue por la pérdida de confianza.

5.3.1.1. Límites y alcances de la discrecionalidad

En claro que el sustento de la decisión que nos ocupa obedece al ejercicio de la facultad discrecional, es pertinente determinar el sentido, alcance y límites dentro de los cuales debe ser ejercida dicha facultad. A este propósito, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que *“...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**”.*

Dicha preceptiva indica que el legislador contempló expresamente motivación para el acto discrecional, bajo dos aspectos principales:

a- Debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.

b- Debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Concejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 8 de febrero de 2018, proferida dentro del proceso No. 250002342000201201507-01, respecto a la terminación del nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción, señaló:

“Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹⁰.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; en tal sentido, ha identificado¹¹ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA establece que 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; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido¹², sin acudir a razones genéricas o abstractas que no

expongan con claridad los hechos". (Negrilla y subrayado del Despacho).

En similar pronunciamiento, la referida Corporación Judicial, Subsección "A", Consejero ponente doctor William Hernández Gómez, en providencia del 17 de septiembre de 2020, dentro del proceso No. 05001-23-33-000-2015-01787-01(0425-17), precisó:

“Cabe resaltar, que sobre la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta Corporación² ha sostenido lo siguiente:

«[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma [...]» (resaltado fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que la discrecionalidad debe tener un mínimo de motivación justificante (adecuación y proporcionalidad) la cual queda implícita en la decisión y subsumida en la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo, razón por la cual una vez expedido se entiende ajustado al ordenamiento jurídico, presunción que admite prueba en contrario, por lo que corresponde al censor evidenciar la lesión sufrida por el ordenamiento positivo a causa del acto enjuiciado, debiendo acreditar que, quien lo profirió se apartó de los fines de la administración.

² Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

Al respecto, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente doctor César Palomino Cortés, en el fallo proferido el 20 de noviembre de 2020, dentro del expediente No. 25000-23-42-000-2013-01621-01(1223-18), precisó:

«La doctrina ha definido la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Desviación de poder: para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann³ que “lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto” (...)

Por lo tanto, para que se presente la desviación de poder es necesario que el acto de apariencia sea totalmente válido. El acto tiene una máscara de legalidad. Ningún otro elemento ha sido descuidado, pero presenta un fin espúreo visible al observar los resultados obtenidos. Así, con este vicio se controla lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de la administración, la intención de ésta. Es la fiscalización de las intenciones subjetivas del agente administrativo.

(...)

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella (...).”⁴

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación⁵, ha definido la desviación de poder, como vicio de legalidad en contra de los actos administrativos, que “implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.”

Y tratándose de actos de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, la facultad de discrecional de remover libremente al personal, no puede basarse en razones diferentes a buscar el buen servicio y debe realizarse observando el interés general, sin que le este permitido estar inspirado en motivos

³ Cita de cita. Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

⁴ Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

⁵ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

personales o con el objetivo de favorecer intereses propios o de terceros⁶ (negrita del Juzgado).

En síntesis, tenemos que los actos de declaratoria de insubsistencia de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, deben proferirse por el funcionario competente, con independencia de cuestionamientos personales o que favorezcan a terceros, dado que su finalidad se circunscribe al buen servicio, removiéndose de esta forma, los obstáculos que impidan la prevalencia del interés general, sobre el particular, pues de lo contrario, se encontrarían inmersos en causal de nulidad, por desviación de poder o expedición irregular.

5.3.2. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que, a través de la **Resolución No. 601 del 23 de septiembre de 2016**, el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, nombró al señor Carlos Julio Torres Mejía, en el cargo de **Subdirector Técnico de la Subdirección Logística** – Código 068 – Grado 07, de forma que, no se encuentra en discusión que ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, pues así se clasificó en el artículo 4º del Decreto 256 de 2013, “*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los Cuerpos Oficiales de Bomberos*”.

Por consiguiente, el retiro del servicio del actor podía ocasionarse por la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, tal como ocurrió en el *sub examine*, dado que se encuentra demostrado que, por medio de la **Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018**, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, procedió en tal sentido.

No obstante lo anterior, pese a que según lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la competencia para efectuar la remoción de esta categoría de empleos es discrecional y se efectuará mediante acto que no requiere motivación, por cuanto, comprende un cargo de confianza y, por lo tanto, se **presume** expedido en aras de garantizar el buen servicio público y el interés

⁶ Ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, del 26 de junio de 2008, radicado interno 7793-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón, por mencionar una de tantas.

general, lo cierto es que la decisión adoptada debe estar precedida de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, frente a los hechos que sirven de causa, pues de lo contrario se apartaría de los fines para los cuales fue estatuida, razón por la cual, dicha presunción de legalidad es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional⁷, efecto para el cual, el demandante debe acreditar que el motivo que condujo a su desvinculación, obedeció a razones diferentes a las precedentemente señaladas.

5.4. CARGOS FORMULADOS.

En el caso de autos la parte demandante pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado bajo cuatro cargos principales, a saber: i) falsa motivación, ii) abuso de poder, iii) desviación de poder y iv) violación a tratados internacionales, advirtiendo el Despacho que los tres primeros cargos serán estudiados en conjunto, por guardar estrecha relación entre sí y estar fundamentados en un mismo hecho y el último será objeto de estudio específico.

5.4.1. De la falsa motivación, abuso y desviación de poder.

En relación con el vicio de desvío y abuso de poder, este ha sido objeto de estudio tanto por la doctrina como por la jurisprudencia administrativa y constitucional. Así, en concepto de Eduardo García de Enterría⁸, el referido vicio no solo se presenta *“cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”*.

Por su parte el máximo tribunal de lo contencioso Administrativo ha señalado⁹: *“La desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos, consiste en que una atribución conferida por la ley se ejerce para obtener un fin distinto de aquel que persigue ese mismo estatuto legal”*.

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, M. P. Dr. César Palomino Cortés, sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), RADICADO: 500012333000201300063 01, número interno: 3165 – 2014.

⁸ Curso de Derecho Administrativo, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1986, pág: 443

⁹ Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 25 de agosto de 1995, C.P. Dra Clara Forero de Castro.

Y el máximo Tribunal Constitucional ha expresado ¹⁰: “..el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

Ahora bien, en relación con la prueba del desvío de poder ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹¹ en el sentido de considerar que “quien afirme que (los actos administrativos) se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio con la carga de la prueba. En estas condiciones es claro que la desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto” (entre paréntesis no es del texto).

Bajo dicha perspectiva la tesis del Consejo de Estado está orientada a que el actor, es el responsable de la prueba de la desviación de poder.

En el caso que nos ocupa, tales vicios se fundamentan en las observaciones realizadas por el demandante respecto del defectuoso funcionamiento de la maquinaria adquirida con ocasión del contrato de Compraventa No. 587 de 2016 y a su solicitud de que se hicieran efectivas las garantías que respaldaban el mencionado contrato, advirtiendo en consecuencia, que la declaratoria de insubsistencia que se demanda en la presente controversia, tuvo su origen en hechos oscuros y contrarios al buen desempeño de la función pública, toda vez que la decisión de retiro no se adoptó con el fin del mejoramiento del servicio.

Ahora bien, se encuentra demostrado en el expediente que en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 555 de 2011 “Por el

¹⁰ Sentencia C-456 del 2 de septiembre de 1998, referencia: Exp: D-1932, M.P. Dr Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante, sentencia del 16 de febrero de 2006, rad: 25000-23-25-000-202-08208-01 (248504).

cual se modifica la estructura organizacional de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D. C.”, el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, actuando como Director de la entidad y el doctor Iván Rodríguez Garzón, fungiendo como Representante Legal de la sociedad Ingeniería Contra Incendio y Seguridad Industrial – Incoldext Ltda., suscribieron el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, cuyo objeto se circunscribió a la **“ADQUISICIÓN DE MAQUINAS (sic) EXTINTORAS PARA LA UAE CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ”**, sometido al plazo de 12 meses, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

Igualmente, se encuentra acreditado que, conforme al Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de empleos de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, ajustado a través de la Resolución No. 841 del 3 de diciembre de 2015, el Cargo de **Subdirector Técnico – Código 068 – Grado 07**, área funcional **Subdirección de Logística**, el cual era el ejercido por el actor desde el 23 de septiembre de 2016, tiene como propósito principal *“Dirigir la prestación de los servicios logísticos de transporte, mantenimiento preventivo y correctivo del equipo menor, equipo automotor, instalaciones y suministros para la atención de las emergencias en el Distrito Capital de Bogotá de manera oportuna”* y le corresponden las siguientes funciones:

“(…)

1. Definir y dirigir el plan de acción, los programas, proyectos y las estrategias de la dependencia que se adecuen con las políticas y misión de la Entidad.
2. Dirigir los servicios de transporte y mantenimiento preventivo y correctivo del equipo automotor al servicio de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de manera oportuna.
3. Dirigir y desarrollar el plan de mantenimiento preventivo y correctivo del equipo menor y del equipo especializado de la Unidad de manera oportuna.
4. Administrar el equipo automotor con que cuenta la Unidad para la atención de las emergencias en cada una de las estaciones, con fin de contar su disponibilidad para la prestación del servicio de manera efectiva y oportuna.
5. Administrar el equipo menor y las herramientas, equipos y accesorios con que cuenta la Unidad, manteniendo su disponibilidad para la atención de las

emergencias en cada una de las estaciones.

6. Administrar de manera eficiente y eficaz los insumos y suministros necesarios para la atención de emergencias y su entrega en los lugares y tiempos requeridos con estándares de calidad y oportunidad.
7. Administrar las áreas específicas para el almacenamiento y control de las herramientas, equipos y accesorios y los suministros e insumos propios de la actividad bomberil, garantizando su traslado oportuno a los lugares donde se requieran.
8. Llevar el control de consumo de combustible, insumos del equipo automotor, equipo menor, alimentación e hidratación.
9. Fijar los estándares en cuanto a cantidad y calidad de alimentación e hidratación para el personal durante la atención de emergencias y el suministro oportuno.
10. Administrar los insumos, alimentos e hidratación necesarios para el personal operativo y los grupos de operaciones especiales durante la atención de emergencias, entrenamientos y demás actividades inherentes al servicio de manera eficiente y oportuna.
11. Definir los servicios logísticos que se requieran para la atención integral de las emergencias, movilizandolos recursos y organizando su distribución en los periodos operacionales establecidos y coordinando la disponibilidad oportuna de las instalaciones requeridas para la atención de emergencias en el Distrito Capital.
12. Formular e implementar el plan de metrología de la Unidad, llevando los controles correspondientes con el fin dar cumplimiento a los parámetros establecidos.
13. Dirigir las actividades relacionados con los requerimientos logísticos para la atención de emergencias a nivel distrital, nacional e internacional y los requerimientos logísticos de las demás dependencias de la Unidad de manera oportuna.
14. Desempeñar las demás funciones inherentes a la naturaleza del cargo y las que le sean asignadas por la autoridad competente.

(...)"

Ahora bien, en la cláusula OCTAVA, se consignó que la supervisión del contrato la ejercería el Subdirector Operativo y el Subdirector de Gestión de Riesgo o quien el Director designe, mediante comunicación escrita, servidores que tendrían a su cargo:

- 1) Exigir el cumplimiento del contrato y de la totalidad de las obligaciones contenidas.
- 2) Presentar las recomendaciones que termine pertinente para el cumplimiento a satisfacción del contrato.
- 3) Ejercer la vigilancia y control de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del asegurador.
- 4) Rendir informe mensual al director con copia al expediente contractual, sobre la ejecución del contrato haciendo las recomendaciones del caso y

advirtiendo los posibles incumplimientos por parte del contratista en la ejecución del mismo.

Así, tenemos que según el Acta No. 587 de 2016, suscrita por los señores Sandra Janneth Romero Pardo y Jorge Alberto Pardo Torres, en calidad de Supervisores y el señor José Iván Rodríguez Garzón, como Representante Legal de la sociedad Ingeniería contra Incendio y Seguridad Industrial – Incoldest Ltda., el **16 de enero de 2017**, inició el Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, el cual culminaría el **15 de enero de 2018**; término que fue prorrogado diez (10) meses más, contados a partir de su vencimiento, de conformidad con la minuta de modificación contractual del 27 de noviembre de 2017.

De otro lado, del Informe de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, por el periodo comprendido entre el 1 al 31 de enero de 2018, rendido por los señores Sandra Janneth Romero Pardo, Subdirectora Operativa y Jorge Alberto Pardo Torres, Subdirector de Gestión del Riesgo, se advierte que el **23 de enero de 2018**, se puso en operación la maquinaria, describiéndose las actividades, de la siguiente forma:

“(…)

C. DESCRIPCION DE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL PERIODO

Durante el presente periodo la supervisión informa que se el día 23 de enero de 2018, se realizó la puesta en operación de las máquinas extintoras marca HME, chasis CUSTOM, fabricadas por la empresa Internacional QUIROGA TRUCKS. Se recibieron dos (2) cuatro por dos (4x2) y cuatro (4) cuatro por cuatro (4x4) con siglas internas de la UAECOB: ME-39; ME-40; ME-41; ME-42; ME-43 y ME-44.

(…)”

Ahora bien, dado que se atribuye en la demanda que los sendos informes que rindió el hoy demandante a los Supervisores del Contrato e incluso al Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, ocasionaron una retaliación en su contra a través del acto de insubsistencia, apartándose de razones del buen servicio, conviene referirse al contenido y alcance de los mismos:

Obra en el plenario el **Memorando No. 2018IE5842 del 13 de abril de 2018**, a través del cual el actor, en su calidad de Subdirector de Logística y de conformidad con las facultades conferidas en el artículo 10 del Decreto 555 de 2001, dentro de las cuales se encuentra la de administrar el equipo automotor con el que cuenta la Unidad para la Atención de las emergencias, le solicitó

apoyo al Comandante Gerardo Martínez, Subdirector Operativo, con el objeto que el procedimiento establecido para el mantenimiento correctivo del parque automotor se siguiera adecuadamente, así:

“(...)

Esta solicitud obedece a que se han presentado situaciones en las cuales, presumiblemente, se han recibido vehículos que han ingresado a taller por garantía, sin que se realice la prueba de ruta o se valide la totalidad de los requerimientos iniciales por los cuales ingresó a taller. Para el asunto en cuestión me permito citar el caso de la Máquina ME- 42, que salió de taller por atención de garantía el pasado jueves 5 de abril y el lunes 9 de abril de los corrientes, nuevamente llega a Mesa Logística por fallas que ya habían sido informadas, adicional a esto, se presentó la inconformidad por parte del Sargento William Babativa Urrego de la Estación Caobos Salazar B-13 de que, teniendo en cuenta el terreno de la zona que atiende la Estación, la máquina le fue entregada sin Cardán, no obstante el maquinista validó el mantenimiento y recibió la máquina.

(...)”.

Posteriormente, a través del **Memorando No. 2018IE10628 del 18 de julio de 2018**, el demandante puso en conocimiento del doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, las fallas que presentaba la máquina ME-42, así:

“(...)

Los Ingenieros Roosevelt Avella Vega y Alfonso Salazar Moncaliano después de revisar los hallazgos hechos por el jefe de estación han determinado que la maquina queda No operativa por fallas tales como:

- Dirección hidráulica dura con el freno de pedal accionado no deja girar la dirección.
- Temperatura del motor a 98 grados centígrados.
- Al estar la maquina en movimiento se golpea la parte baja de la caja de transmisión con el eje cardanico, esto se evidencia al operarse la suspensión por terreno desnivelado o al aplicar el freno repentinamente. (véase fotos anexas)
- Se evidencia un desnivel de la carrocería del lado izquierdo, medida del chasis a soportes y distancia de amortiguadores de aproximadamente de 2cms de diferencia. (véase fotos anexas)
- Al proceder a operar los cambios de la transmisión (automática), estos no actúan, dejando la maquina en el tercer cambio sin posibilidad de subir más cambios, solo al pasarla a la posición de alta estos cambios operan.
- Al enganchar la bomba y desengancharla durante la operación, se neutralizan los cambios de la transmisión, solo se logra operar estos, si está en posición alta.
- Se encuentra juego en el tornillo de anclaje del motor a el chasis lado derecho. (ver foto anexa)

(...)”.

Así mismo, por medio del **Memorando No. 2018IE10689 del 19 de julio de 2018**, el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, Supervisor del Contrato, para la verificación de las fallas que presentaba la máquina ME-43, así:

“(...)

Los Ingenieros Roosevelt Avella Vega y Alfonso Salazar Moncaliano después de revisar los hallazgos por los cuales se entregó para reparación la máquina, han determinado que la máquina sigue No operativa por fallas tales como:

- Dirección hidráulica dura con el freno de pedal accionado no deja girar la dirección presentando un ruido muy fuerte en el lado derecho. Queda pendiente
- Temperatura del motor a 200 grados Fahrenheit, no se puede verificar su arreglo al no poder mover la máquina
- Al estar la máquina en movimiento se golpea la parte baja del tubo de escape de gases del motor, esto se evidencia al operarse la máquina por terreno desnivelado. Queda pendiente
- Presenta daño en un led del peldaño numero 1 parte trasera de la máquina. Queda pendiente
- Movimiento de cabina cuando la máquina está en movimiento no se pudo verificar su arreglo al no poder mover la máquina.
- Se presenta salida de agua del tanque de suministro de la misma al moverse el equipo. Queda pendiente.
- AL accionar la alarma el nivel de decibeles es muy alto en la cabina presentando un riesgo auditivo al personal que está dentro del vehículo. Queda pendiente

(...)"

A su vez, por medio del **Memorando No. 2018IE10938 del 24 de julio de 2018**, el demandante le reiteró a los doctores Gerardo Alonso Martínez Riveros, Subdirector Operativo y Jorge Alberto Pardo Torres, Subdirector de Gestión del Riesgo, la solicitud de documentación relevante a los vehículos de la UAECOB que fueron intervenidos por garantía de los Contratos Nos. 582, **587**, 590 y 591, todos de 2016, así como la aplicación del procedimiento para el mantenimiento del parque automotor.

En similares términos, tenemos los **Memorandos Nos. 2018IE11093 del 25 de julio, 2018IE13171 del 23 de agosto, 2018IE13591 del 31 de agosto, 2018IE13821 del 5 de septiembre, todos de 2018**, por medio de los cuales el actor le solicitó apoyo al doctor Gerardo Alonso Martínez Riveros, para la verificación de las fallas que presentaba las máquinas ME – 40, ME-42, ME-43 y ME-44 - *respectivamente*.

Igualmente, a través de los **Memorandos Nos. 2018IE13719 del 3 de septiembre de 2018 y 2018IE14008 del 7 de septiembre de la misma anualidad**, el demandante le solicitó a los Supervisores del Contrato la documentación correspondiente a los vehículos OLO 372 y OLO 373 y la aplicación del procedimiento para el mantenimiento del parque automotor - *respectivamente*.

Como puede verse, algunas de las maquinarias que fueron adquiridas por la Unidad Administrativa Cuerpo Especial de Bomberos, en virtud del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, presentaron anomalías que debían ser reparadas; sin embargo, pese a que ingresaban al taller para que se corrigieran las fallas que presentaban, dichos vehículos debían retornar, puesto que no

quedaban en buenas condiciones para prestar el servicio, tal como se colige de las Actas de revisión, obrantes a folios 70 a 74.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que el demandante ejerció las actividades que tenía a su cargo como Subdirector Logístico, con el propósito de que corrigieran las anomalías que presentaban los vehículos y fue precisamente su labor, la que permitió que las maquinas ingresaran por garantía a los talleres suministrados por el contratista para su mantenimiento.

Ahora bien, en las declaraciones rendidas ante este Despacho judicial, el día 15 de julio de 2021, los deponentes coincidieron en señalar las irregularidades y defectos que presentaban las máquinas adquiridas bajo el Contrato de Compraventa No. 517 de 2016, así:

El señor Alfonso Salazar Moncaleano afirmó que los daños que presentaba la maquinaria no eran solucionadas por el vendedor, lo que conllevó a que fuera necesario continuar con los informes sobre su defectuoso funcionamiento y, en consecuencia, nuevamente retornaran al taller. Luego, cuando los maquinistas las retiraban solicitaban el acompañamiento, donde se realizaban las pruebas de ruta y en su mayoría no pasaban, debido a que continuaban con los mismos daños reportados inicialmente.

A su vez, el señor Nelson Javier Valero Pinilla refirió que desde la parte operativa, en la cual se desempeñaba para la época de los hechos, en el momento en que los vehículos llegaron, aproximadamente al mes, empezaron a sufrir unas fallas mecánicas, en los sistemas de frenos, en el ajuste de los componentes y en el sistema electrónico, pero los daños más recurrentes se presentaron en el sistema de extinción, falencias que les impedía extraer agua del vehículo. Así mismo, afirmó que una vez se hacía el trámite ante la empresa contratista, ellos decían a qué taller debían llevar la máquina, donde le corregían ciertas fallas; sin embargo, volvían a presentar el daño por la cual se realizaba la solicitud de mantenimiento.

A su turno, el señor Mauricio Ayala Vásquez, sostuvo que *“esos vehículos llegaron para el mes de enero de 2018 y al mes, fue de conocimiento no solo de la entidad sino de la opinión pública, las fallas que presentaban estructuralmente de funcionalidad y operatividad, lo cual fue reportado por las*

diferentes estaciones y se podía evidenciar en la disponibilidad diaria que se diligenciaba en línea por cada una de las estaciones donde fueron asignados estos vehículos, por demás muchos de los bomberos operadores que los tenían a cargo, ellos hicieron los reportes, tomaron fotografías y hubo en su momento videos que por demás los conocimos mucho a través de los medios de comunicación”.

Ahora bien, en virtud de lo consignado en la cláusula octava del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, a través del **Oficio No. 2018IE14351 del 17 de septiembre de 2018** (fl 97), el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, le comunicó al actor la reasignación de la supervisión del contrato, la cual recaería a partir de esa fecha en la Subdirección Logística, en remplazo de la Subdirección de Gestión del Riesgo, relacionando las funciones y compromisos que se debía cumplir, hecho que fue comunicado en la misma fecha a los Subdirectores de Logística y Operativa, tal como consta **en el Formato de Designación de Supervisión No. 2018IE14353**.

Igualmente, del **Manual de contratación, supervisión, interventoría y procedimientos**, vigente desde el 29 de agosto de 2017, de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, se advierte que dentro de las funciones a cargo del supervisor estaban la de vigilar, controlar y hacer seguimiento a la ejecución en las condiciones pactadas, para asegurar el éxito de los objetivos y finalidades que se persiguen con la suscripción del mismo, efecto para el cual, podría solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre su desarrollo, así como verificar los documentos que le permitieran ejercer un control efectivo.

Es así que, en ejercicio de sus funciones como Supervisor, por medio del **Memorando No. 2018IE14574 del 20 de septiembre de 2018**, el actor convocó a los doctores Gerardo Alonso Martínez Riveros, Subdirector Operativo y María Angelica Arenas Aguirre, Subdirector de Gestión del Riesgo, a realizar el empalme de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, el día 25 de septiembre de dicho año y a través del **Oficio No. 2018EE10961 de la misma fecha**, le solicitó al Representante Legal de Incoldext Ltda., que le remitiera un informe sobre la ejecución, junto con la siguiente documental:

“(…)

1. Estado actual de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato. (Vigencia de Pólizas)
2. Informe sobre la ejecución técnica y financiera, el cumplimiento del objeto y obligaciones contratadas una a una, con copia digital de los respectivos soportes.
3. Relación de reuniones realizadas durante la ejecución del contrato con los supervisores, y decisiones relevantes que se hayan adoptado en las mismas. Copia digital de las Actas de reunión.
4. Actas de verificación del correcto funcionamiento de los bienes entregados, en virtud del contrato, y copia digital de los ingresos al Almacén.
5. Copia digital de los informes de ejecución presentados por Incoldext ante la supervisión desde el inicio del contrato hasta la fecha.
6. Estado de ejecución de las modificaciones contractuales.
7. Informe detallado del plan de mantenimiento preventivo de los automotores de conformidad con el servicio post venta ofrecido y copia digital de los soportes.
8. Copia digital de los informes de intervenciones realizadas a los automotores objetos del contrato por garantía, con copia digital de los respectivos soportes.

(…)”

La anterior petición fue reiterada, mediante el **Oficio No. 2018EE11640 del 8 de octubre de 2018** y el doctor José Iván Rodríguez Garzón, Representante Legal de Incoldext Ltda., por medio de la **comunicación del 6 de noviembre de 2018**, señaló que los documentos solicitados fueron entregados en su debido momento a la entidad y reposan en el expediente del contrato.

Ahora bien, dadas las nuevas facultades que le fueron conferidas al demandante, debido a su designación como Supervisor del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, las cuales se encontraban detalladas en el manual de contratación de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos y con el fin de vigilar el desarrollo de la actividad contractual, solicitó el apoyo del señor Alfonso Salazar Moncaleano para verificar el estado de los bienes, según lo expuesto en la audiencia de testimonios a que se hizo alusión líneas atrás, quien afirmó que expedía un informe de cada uno de los daños que presentaban las maquinas, así como de la parte mecánica e hidráulica en general, resaltando que no era normal que un vehículo nuevo presentara tantos daños.

Al efecto, obran en el plenario las actas de visitas efectuadas a los talleres de Incoldext Ltda., las cuales incorporan las reuniones llevadas a cabo en los meses de julio a septiembre de 2018 y contentivas de los hallazgos que

presentaban las máquinas y que requerían mantenimiento, sucesos que según lo narrado por los señores Alfonso Salazar Moncaleano y Mauricio Ayala Vásquez fueron puestos en conocimiento del doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, en su calidad de Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, y así se evidencia en el **Memorando No. 2018IE16073 del 25 de octubre de 2018**, mediante el cual el demandante le remitió el informe de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, rendido por el periodo comprendido entre el **17 de septiembre al 25 de octubre de 2018**.

Sobre el particular, cabe resaltar que en el aludido informe el señor Carlos Augusto Torres Mejía, señala que en todos los meses las máquinas debieron permanecer en el taller y ninguna de ellas ha estado al 100% operativa, como lo establece el contrato. Al respectó, indicó:

“(…)

4. Se inicia la Supervisión teniendo como únicos puntos de referencia lo siguiente: i) Solicitudes de mantenimiento, realizadas a la Mesa Logística por parte de las Estaciones a las cuales se encuentran asignadas las máquinas extintoras objeto del contrato, ii) los actas de los Ingenieros Alfonso Salazar – Ing. Electromecánico y Roosevelt Avela – Ing. Mecánico suscritas en cumplimiento de las tareas de la verificación de las intervenciones realizadas por garantía por parte de la Compañía INCOLDEXT para cada una de ellas y, iii) los informes sobre la disponibilidad diaria de las máquinas extintoras nuevas realizados por parte del personal uniformado.
5. Los temas recurrentes que han requerido mantenimiento, son los siguientes:
 - a. Arreglo de luces
 - b. Filtraciones de agua en la cabina
 - c. Cambio de vidrio panorámico
 - d. Solicitud de instalación de cámaras de reversa
 - e. Fugas de aceite de la caja
 - f. Bloqueo del sistema eléctrico
 - g. Daños en el sensor del llenado de agua
 - h. Solicitud de instalación de estribos de altura de las máquinas para poder acceder a las herramientas necesarias para atender las emergencias.
 - i. Fallas en el sistema de escape del motor
 - j. Alteraciones en el tarro de la urea
 - k. Fugas de aire
 - l. Solicitud de ajustes de tornillería
 - m. Falla en el engranaje de la bomba
 - n. Bloqueo en la dirección en ambos sentidos cuando se acciona el freno con la máquina encendida y detenida, de la misma manera se presenta cuando no se acciona el freno.
 - o. Daños en la suspensión trasera, amortiguadores, grapas debido al golpe directo que se presenta con las pestañas adheridas al chasis con la base superior de las grapas, cuando se encuentra en funcionamiento la máquina y en escualización de suspensión.
 - p. Golpe del cardán 4x4 con la tapa de la caja transmisión ocasionando ruptura de la misma cuando se encuentra en desplazamiento la máquina y en su escualización de suspensión.

(…)”

De otro lado, en el Informe rendido por el periodo comprendido entre el **26 de octubre al 12 de diciembre de 2018**, el actor hizo énfasis en la materialización del incumplimiento contractual, al señalar que Incoltext Ltda.,

propuso un plan de acción, en oficio radicado bajo el No. 2018ER8649 del 14 de noviembre de 2018, tendiente a subsanar las novedades recurrentes reportadas durante la operación, así:

“(…)

1. Frente al reporte del anterior informe, en el cual se consignaron algunas situaciones que materializarían un incumplimiento del contrato, el contratista radicó oficio el 14 de noviembre de 2018 bajo el No 2018ER8649, en el cual establece un plan de acción consignando como objetivo : “Subsanar las novedades recurrentes reportadas durante la operación de las máquinas Extintoras”, (subrayado fuera de texto) lo cual deja claro que Incoldext reconoce que las “novedades” que para esta supervisión no son otra cosa que fallas, son de carácter recurrente, y que las mismas se han venido presentando durante la operación de las máquinas extintoras; de igual manera queda entendida, y sin lugar a discusión, la responsabilidad que tiene Incoldext sobre la efectiva operación de los automotores objeto del contrato 587 de 2016 como proveedor de los mismos.

(…)

Estas actividades planteadas por Incoldext evidencian que existe la necesidad de: a) Intervenir la Suspensión delantera de los Vehículos 4X4 y de allegar a la supervisión los documentos de soporte técnico de los cambios efectuados de la que ya fue intervenida. Sobra decir la importancia que revisten dichos soportes, como quiera que sean los que brindarán, junto con la efectiva operación mecánica del vehículo, seguridad para poner en operación la máquina frente a la no afectación del Centro de Gravedad del vehículo, el cual de verse afectado pondría poner en riesgo la tripulación y la ciudadanía en general; b) La necesidad de establecer la Causa – Raíz de las fallas que presenta el Sistema de Dirección del Vehículo y que es necesario la intervención de un tercero para establecer la misma. c) La necesidad de realizar ajustes a la suspensión trasera de las máquinas y el correspondiente soporte técnico de que la modificación efectuada está bajo los parámetros de fábrica, que no afecta la operación de otros sistemas del vehículo y a su vez que con ello se logra la operación al 100% del vehículo; d) La necesidad del reforzamiento del sistema de amortiguación y e) La necesidad de corregir los niveles en los tanques de agua.

El plan de acción presentado por el contratista fue socializado y retroalimentado en reunión sostenida en conjunto con la supervisión, delegados de la Dirección de la UAECOB y delegados de Incoldext el mismo 14 de noviembre de 2018, y se presentó un cronograma de ejecución de dicho Plan por parte del contratista el 15 de Noviembre de 2018, con el fin último de que las máquinas queden 100% operativas.

2. Es necesario señalar en el presente informe que en el curso de las solicitudes de intervención por garantía de las máquinas objeto del contrato, el contratista dirigió dos comunicaciones, el 7 de noviembre de 2018 a la supervisión pretendiendo: 1. Exigir un cobro por parqueadero de máquinas que supuestamente estarían listas para retirar de taller y 2. Sustentar las fallas de las máquinas bajo el argumento de una inadecuada conducción.

Estos hechos fueron desvirtuados bajo la comunicación emitida por el mismo contratista el 14 de noviembre en el cual se reconocen las fallas recurrentes de las máquinas durante su operación, se establecen acciones y nuevas fechas de entrega de los vehículos por lo cual no hay razones para pretender realizar cobros por parqueadero a la Entidad.

Al mismo tiempo la supervisión comunicó al contratista la invalidez de sus argumentos con relación a que las fallas que presentan los automotores se debían a una mala conducción, manifestándole lo siguiente:

(…)”.

A su vez, se hizo alusión a los compromisos que no fueron cumplidos por la sociedad contratante, respecto del plan de mejoramiento que propuso, identificado los días en que la maquinaria objeto del contrato estuvo fuera de operación, así:

“(…)

4. Las máquinas extintoras adquiridas bajo el contrato 587 de 2016, presentan el siguiente número de días fuera de operación desde que fueron recibidas por la UAECOB, atribuibles a fallas mecánicas cubiertas por la garantía:

No.	SIGLA INTERNA VEHÍCULO	PLACA	ESTACION ASIGNADA	MES DE INGRESO A OPERACIÓN	DIAS FUERA DE SERVICIO ACUMULADO DESDE INGRESO A OPERACIÓN HASTA 12 DE DIC 2018
1	ME39	OLN023	B10	ene-18	266 DIAS
2	ME40	OLN022	B11	ene-18	156 DIAS
3	ME41	OLN028	B9	ene-18	134 DIAS
4	ME42	OLN024	B13	ene-18	270 DIAS
5	ME43	OLN026	B6	ene-18	180 DIAS
6	ME44	OLN027	B3	ene-18	152 DIAS
7	ME45	OLO372	B1	sep-18	3 DIAS
8	ME46	OLO373	B5	oct-18	25 DIAS

Fuente: Elaboración de Subdirección Logística bajo reportes de Estaciones y Central de radio.

(...)"

Bajo dicho supuesto, el actor llegó a la conclusión que, para ese momento, el Cuerpo Oficial de Bomberos debía dar curso al proceso sancionatorio, contenido en las cláusulas Décima Tercera y Décima Cuarta del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, con el propósito de la salvaguarda del erario público invertido en la adquisición de la maquinaria y el interés general de la Administración, así:

"(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que a pesar de que se surtió la oportunidad de que bajo el Plan de Mejoramiento presentado por el contratista, se diera cumplimiento a los términos del contrato dejando las máquinas 100% operativas, pero que a la fecha sigue siendo evidente la imposibilidad de operación óptima y eficiente de los bienes adquiridos, es necesario que la Entidad adelante el proceso sancionatorio establecido en las cláusulas Décima Tercera y Décima Cuarta del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales No 24 y No 33 que a su tenor literal rezan:

"24. El contratista será responsable de gestionar y hacer efectivas las garantías y mantenimientos que se presenten en los componentes y sistemas del vehículo y/o máquina dada la tecnología específica solicitada por Bomberos Bogotá, para lo cual el contratista contará con un tiempo máximo de quince (15) días calendario para dar solución y reintegrar el vehículo 100% operativo".

"33. Responder por la garantía de fabricante y/o distribuidor y/o importador de las máquinas extintoras de acuerdo a la exigencia mínima establecida en el presente contrato. Una vez realizada la entrega y en el caso en que la(s) máquina(s) entregada(s) no cumplan con las especificaciones técnicas mínimas requeridas o la calidad exigida en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles, por lo cual el contratista deberá revisar y hacer el diagnóstico correspondiente que determine la procedencia del cambiar o reparar el bien, sin que ello genere costo adicional para la Entidad".

(...)"

Como puede verse, pese a que el contratista propuso un plan de mejoramiento, para que los vehículos operaran correctamente, no fue dable obtener tal

resultado, lo que generó en el actor, la necesidad de solicitar al Director de la Unidad el inicio del proceso sancionatorio, con el único fin de lograr el cumplimiento del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016 y que las maquinas operaran en óptimas condiciones; sin embargo, dicho objetivo no se consiguió, como lo manifestó ante este Despacho el señor Mauricio Ayala Vásquez, en los siguientes términos: “...y **pues muchos siguieron presentando las fallas, desafortunadamente pues como ya hubo cambio de Director y el mismo Director fungió como Subdirector Logístico, creo que la solicitud de que se cumplieran las cláusulas de contrato y se le aplicaran las garantías nunca se dio**” (negrita del Despacho).

A su vez, el señor Alfonso Salazar Moncaleano, afirmó que si bien la nueva Subdirectora le preguntó sobre el tema, quien le informó los inconvenientes que se venían presentando con las máquinas, lo cierto es que continuaron con los problemas, pues en su momento no las reparaban, volvían y salían, con los mismos inconvenientes. Sostuvo que presentaban daños graves de dirección y que a cuatro máquinas 4x4, les quitaron las cajas, “*las dejaron sin 4x4*”, con el fin de que no se rompieran más, después tenían problemas de dirección, de suspensión, se frenaban, se bloqueaban a velocidad y en dirección en ambos sentidos; luego, tomaron la decisión de darle más altura a los vehículos de lo normal, lo que conllevó a que presentara otros informes, manifestando que no estaba de acuerdo, debido a que perdían el centro de gravedad; sin embargo, después de su gestión, fue enviado para otro sitio en la misma unidad e incluso señala que “*tuve una seguidora por haber sacado esos informes*” y “*luego termina la administración que compró las maquinas, entra la nueva administración, le informa al Director el problema que venía presentando las máquinas y de inmediato me sacan de todo el parque automotor y me mandan a un escritorio, el tema de mantenimiento, trabajo de campo me lo retiran y me mandan a un escritorio en otras funciones y hasta el momento no sé qué ocurra*”.

Expuesto lo anterior, para el Despacho, existen indicios contruidos a partir de dos (2) hechos, que conducen a determinar que el acto de retiro del demandante, estuvo precedido de un fin distinto al mejoramiento del servicio, esto es: i) la existencia de múltiples memorandos e informes que elevó como consecuencia de las fallas que presentaba la maquinaria adquirida a través del Contrato de Compraventa No. 517 de 2016, incluida la solicitud de hacer efectivas las garantías previstas en el referido contrato y ii) la circunstancia,

que, entre el informe rendido por el periodo comprendido del 26 de octubre al 12 de diciembre de 2018 y la expedición del acto administrativo demandado solamente trascurrieron 2 días, (14 de diciembre de 2018), siendo evidente el nexo de causalidad derivado del último informe y la insubsistencia.

Lo anterior se encuentra además corroborado con las declaraciones rendidas por los deponentes en el curso del proceso, quienes fueron coincidentes en señalar el mal ambiente que se generó dentro de la entidad con ocasión de los informes rendidos por el hoy demandante.

Sobre este aspecto, el señor Alfonso Salazar Moncaleano, precisó que para el momento en que el demandante envió los informes *“en los pasillos se escuchaba que al doctor Carlos lo iban echar, lo iban a sacar de Bomberos, debido a que él estaba solicitando que se ejecutaran las pólizas, debido a los problemas que venían presentado las maquinas, porque él no permitía más que las máquinas siguieran con el mismo problema mecánico, para evitarnos a futuro de pronto algún accidente o incidente”*.

Igualmente, frente a la pregunta que le hiciera el apoderado de la parte actora, orientada a si tuvo conocimiento de la fecha en que el señor Carlos Augusto Torres Mejía dejó de prestar sus servicios, sostuvo que, en diciembre de 2018, cuando fue declarado insubsistente, lo que se escuchaba era que a él lo *“habían declarado insubsistente al haber pasado esos oficios y al haber informado y al haber solicitado que ejecutaran las pólizas del contrato”*.

Por su parte, el señor Nelson Javier Valero Pinilla, manifestó que se enteró que el demandante no trabajaba en la entidad, pues en los medios internos informaron que se nombraba a otra persona en la Subdirección Logística y cuando iba al edificio Comando, que es donde quedaba el área administrativa, *“en temas de pasillo se escuchaba que la salida del doctor Carlos Augusto había sido porque se atrevió a denunciar todas las fallas que se presentaban en estos vehículos y pues otras cosas que no tengo conocimiento... se escuchaban los rumores, uno iba al edificio Comando y de muchos funcionarios que ya no están en esta Subdirección Logística, le comentaban a uno que desafortunadamente habían sacado al doctor Carlos Augusto por haberse atrevido a hacerle un seguimiento fehaciente a todas las fallas de estos vehículos”*.

A su turno, el señor Mauricio Ayala Vásquez afirmó que tuvo conocimiento que, el señor Carlos Augusto presentó los mencionados informes y en algunos medios de comunicación fueron mencionados a la opinión pública y, posteriormente, lo declararon insubsistente. Igualmente, refirió que se enteró que se presentaron inconvenientes entre el Director de Bomberos, el Subdirector Logístico y algunos Bomberos, por reportar las fallas, realizar informes y hacer públicos videos de los daños que estaban presentando los vehículos.

En ese sentido, afirmó que como el problema fue tan álgido por los informes de intervención de los bomberos y hasta del área de Salud Ocupacional, eso generó algunos inconvenientes de índole laboral al doctor Carlos Augusto Torres Mejía y más cuando el radica el documento con todo el seguimiento y los requerimientos que se le hizo a la compañía Incoldext Ltda., para que reparara los daños o cambiara los vehículos que presentaban esas fallas continuas.

De acuerdo con lo expuesto, corresponde a esta juzgadora apreciar el valor de convicción de las declaraciones de los testigos que concurrieron al Despacho en función de avalar el dicho del demandante bajo el cual se configuran los cargos de desviación y abuso de poder del acto acusado y para ello tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar se destaca la imparcialidad de las declaraciones de los testigos frente a su particular situación, pues actualmente son funcionarios del Cuerpo Oficial de Bomberos, circunstancia que podría afectar su credibilidad en razón de su dependencia con la citada entidad; no obstante, observa el Despacho que los mencionados declarantes acuden a corroborar los hechos descritos en la demanda, sin parar mientes en las posibles consecuencias que al interior de la entidad podrían generarse con ocasión de sus declaraciones y pese a que en la actualidad no tienen ningún tipo de relación laboral con el demandante.

Por otro lado, las manifestaciones de los testigos no resultan contradictorias entre sí ni dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y labor a la prueba. Por el contrario, existe total y completa concordancia y coincidencia entre los distintos declarantes en cuanto a las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos descritos en la demanda, corroborando así la versión expuesta en el libelo introductorio.

Así mismo, los declarantes para la época de los hechos eran destinatarios de las máquinas objeto de contratación y, por ende, conocieron de primera mano las fallas que estas presentaron desde el momento de su puesta en operación, así como las actuaciones realizadas por el hoy demandante en torno a lograr el funcionamiento óptimo de estas y a informar oportunamente las novedades que ocurrían en el funcionamiento de las mismas, circunstancias que permiten demostrar que los declarantes no fueron ajenos a la ocurrencia de los hechos, y en esa medida, la razón de su dicho no se basa en juicios de valor subjetivos ni en simples deducciones personales, que incidan o afecten de manera negativa la credibilidad de sus declaraciones.

Bajo estos supuestos, valorada la prueba de acuerdo con los principios de la sana crítica, no existen razones que induzcan a desvirtuar su contenido y a restarle valor o mérito afectando su eficacia probatoria, máxime si se tiene en cuenta que todos fueron coincidentes en señalar el rumor que existía en la entidad acerca de las consecuencias que se iban a producir en contra del demandante con ocasión de los informes y reparos que este hacía al Contrato de Compraventa No. 517 de 2016.

Así las cosas, para el Despacho no cabe duda que la desvinculación del demandante tuvo como causa eficiente, tales manifestaciones y reparos, logrando demostrar la conexidad -entendida como la causa directa y próxima- entre los sucesos que se narran y el acto acusado.

En consecuencia, siguiendo los lineamientos expuestos en el numeral 5.3.1.1. de la presente providencia, en relación con los límites de la discrecionalidad, es claro que dicha facultad no fue ejercida por la unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos *“adecuada a los fines de la norma que la autoriza”* *“ni en forma proporcional a los hechos que le sirvieron de causa”*, en claro desconocimiento de lo previsto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en tal virtud logró demostrar el demandante que la atribución otorgada por la ley al Director de la unidad Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de nombrar y remover libremente a los funcionarios que ostentan dicha calidad, fue ejercida con evidente *“desvío de poder”*, bajo los lineamientos que de este concepto se expusieron en el numeral 5.4.1. de esta providencia.

Bajo dicha consideración este Despacho se aparta del Concepto emitido por el señor agente del Ministerio Público, quien consideró que la decisión de retiro adoptada a través del acto demandado, se encuentra ajustada a la Ley, dada la naturaleza del cargo ejercido por el demandante.

5.4.2. Violación a los tratados internacionales, normas constitucionales y legales.

Manifestó el apoderado del extremo actor que el literal b) del numeral 2º del artículo 19 de la Ley 909 de 2004, preceptúa que el diseño de cada empleo debe contener el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo, características que no se tuvieron en cuenta, pues quien reemplazó al demandante no reunía las calidades y experiencia.

Al respecto, en la Resolución No. 841 del 3 de diciembre de 2015, contentiva del manual específico de funciones de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, citada líneas atrás, entre los requisitos de estudio y experiencia para ejercer el cargo de Subdirector Técnico – Código 068 – Grado 07, área funcional Subdirección de Logística, se encuentran los siguientes:

“(…)

VII. REQUISITOS DE FORMACIÓN ACADÉMICA Y EXPERIENCIA		
Estudios		
Núcleo básico del Conocimiento	Disciplina	Posgrado y Tarjeta Profesional
Administración	Administración de Empresas; Administración Pública; Administración Financiera; Administración Financiera y de Sistemas	Título de posgrado en las áreas relacionadas con las funciones del cargo. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la Ley.
Ingeniería industrial y Afines	Ingeniería Industrial	
Ingeniería Mecánica y Afines	Ingeniería Mecánica; Ingeniería de Mantenimiento; Ingeniería Electromecánica	
Economía	Economía	

(…)”.

Igualmente, contempló entre los conocimientos generales, los siguientes:

- Estructura del Estado.
- Estructura y funciones de la entidad.
- Constitución política de Colombia.
- Planeación estratégica y gestión documental.
- Sistema integrado de Gestión.
- Gerencia Pública.

De la hoja de vida del actor se evidencia que ostenta los títulos de **Abogado y Economista**, con especialización en **Gobierno y Gestión del Desarrollo Regional Municipal**, quien fungió como: **i)** Jefe de Oficina de la Dirección para el Control Social de la Contraloría de Bogotá, **ii)** Jefe de División de la Dirección General del Senado de la República, **iii)** Profesional Universitario de la Superintendencia Delegada de la Superintendencia de Puertos y Transportes y **iv)** Jefe de Grupo de Secciones de Visitas de la División de Inspección de la Superintendencia Financiera, para un total de **19 años de experiencia**.

Ahora bien, según la **Resolución No. 867 del 17 de diciembre de 2018**, suscrita por el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos y la certificación expedida el 17 de marzo de 2021, por la doctora Ana María Mejía Mejía, Subdirectora de Gestión Humana, la profesional que desempeñó el cargo que ejercía el actor en la entidad después de su desvinculación, fue la doctora Katherine Vela Velasco.

En ese sentido, de la hoja de vida de la doctora Vela Velasco, se evidencia que ostenta el título de **Administradora Pública**, especialista en **Alta Gerencia**, quien ejerció los cargos de: **i)** Jefe de Talento Humano de la Corporación de Abastos de Bogotá S. A., **ii)** Asesora Código 1020 – Grado 06, de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, **iii)** Contratista de la Alcaldía Local de los Mártires y **iv)** Contratista de la Secretaría de Gobierno, para un tiempo total de **8 años y un mes de experiencia**.

Así las cosas, carece de fundamento lo afirmado por el demandante, esto es, que la persona que lo reemplazó no contaba con la experiencia profesional para desempeñar el cargo; no obstante, llama la atención del Despacho el corto periodo de tiempo en el que la mencionada señora ejerció el cargo, pues según

lo certificado por la doctora Ana María Mejía Mejía, Subdirectora de Gestión Humana, ejecutó la labor desde el **17 de diciembre de 2018** hasta el **22 de enero de 2019**, esto es, por el lapso de **un mes y 5 días**, aspecto que fue reiterado por los señores Alfonso Salazar Moncaleano, Nelson Javier Valero Pinilla y Mauricio Ayala Vásquez, al momento de rendir sus testimonios ante este Despacho.

En este sentido, según lo narrado por los deponentes, el retiro de la doctora Katherine Vela Velasco obedeció a los mismos *“inconvenientes que se presentaban con los vehículos”*, circunstancia que condujo a que el mismo Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, *“continuara ejerciendo las labores de supervisión del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016”*, hecho que desvirtúa que el retiro del demandante se produjera con el propósito de mejorar el servicio, pues en nada pudo contribuir su reemplazo a dicho propósito dada su corta y efímera vinculación.

Ahora bien, respecto al **registro en la hoja de vida de la causal que generó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento**, aludió el apoderado del señor Carlos Augusto Torres Mejía que de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción, constancia que no obra en el expediente administrativo del demandante.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-734 de 2000, al estudiar la exequibilidad de dicha disposición, precisó:

“(…)

*9. el artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. **Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.***

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma”. (Negrilla del Despacho).

De la norma y jurisprudencia en cita, se concluye que deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario del hecho y de las circunstancias que originaron la declaratoria de insubsistencia, con el objeto que conozca los motivos que conllevaron a la administración a utilizar la facultad discrecional para retirarlo del servicio.

En ese sentido, no se acredita que la entidad demandada realizara la anotación en la hoja de vida del señor Carlos Augusto Torres Mejía de las razones o motivos que se tuvieron en cuenta para declarar la insubsistencia de su nombramiento en la entidad; sin embargo, jurisprudencialmente, se ha afirmado que la falencia de la anotación no invalida el acto de retiro, por cuanto dicha actuación, se genera con posterioridad y no tiene la capacidad de enervar la decisión adoptada por la entidad, en la medida que no es requisito para su conformación o presupuesto para su eficacia.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”, Magistrado Ponente doctor César Palomino Cortés, en sentencia del 20 de noviembre de 2020, proferida dentro del proceso No. 25000-23-42-000-2013-01621-01(1223-18), refirió:

“... en lo relacionado a la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, esta Sala ha considerado que ello no se constituye en un elemento de validez del acto administrativo, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia, de modo tal que, la omisión no puede generar la nulidad del acto, se constituye en un antecedente laboral que debe plasmarse en la hoja de vida, y su omisión conllevaría

a configurarse una falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. Esta Corporación al respecto, sostuvo¹²:

“(..)

En el presente caso a pesar de no que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Asesora de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo¹³.

(...)

Con respecto al argumento, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula¹⁴.

(...)

En relación con la presunta violación del artículo 26 del decreto 2400 de 1968, alegada por la actora en el libelo introductorio, basta señalar que ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación en el sentido de que **la constancia en la hoja de vida del ex servidor público acerca de las causas que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no constituye elemento del acto ni requisito para su validez y eficacia** y, por ende, la omisión de tal exigencia no conduce a la anulación del mismo.” (Negrilla fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la ausencia en la anotación de los motivos por los cuales se declaró insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción, no afecta la validez del acto administrativo, ni las garantías fundamentales, en cuanto se trata de una atribución de naturaleza discrecional que autoriza al nominador a disponer el retiro, ajeno al acto que no tiene la virtualidad de afectarlo”.

En ese sentido, si bien el hecho de no dejar constancia en la hoja de vida del empleado sobre las causas que dieron origen al retiro, no hace parte de la etapa de formación del acto y su inobservancia no torna en ilegal la decisión, lo cierto es que en el caso bajo estudio, dicha circunstancia impide a esta Juzgadora, establecer que las razones que motivaron al Director de la Unidad

¹² Sentencia del 15 de mayo de 2008, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Expediente: 25000-23-25-000-2003-04220-01(4858-05).

¹³ Cita de cita. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Expediente. 3686-14.

¹⁴ Cita de cita. Sentencia del 17 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).

Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a expedir la Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, no fueron otras, que los reiterados informes que rindió sobre las irregularidades que presentaban las máquinas extintoras adquiridas por la entidad, en virtud del Contrato de Compraventa No. 587 de 2016, pues así se evidencia de las declaraciones rendidas por los testigos, amén que de la prueba documental que obra en el expediente se acredita que, en efecto, los informes y requerimientos fueron realizados por el demandante y presentados ante el Director de la entidad, en ejercicio de sus funciones como supervisor del referido contrato y aún antes de su designación como tal, en la medida que estuvo al tanto del funcionamiento de tales equipos en su calidad de Subdirector Logístico.

Sobre el particular el apoderado de la entidad demandada afirma que no pudo existir ningún motivo oculto o fraudulento en la desvinculación del demandante, pues éste al rendir sus informes simplemente estaba ejerciendo las labores propias de su cargo, aseverando que el ejercicio de la facultad discrecional fue consecuencia de la **pérdida de confianza**.

Al respecto, llama la atención del Despacho la contradicción existente, pues si el demandante cumplía con las funciones que le correspondían en ejercicio de su cargo, -como se advierte de sus informes y recomendaciones- no existe una justificación plausible en la adopción de la medida, máxime cuando no se señalan cuales fueron esos hechos y circunstancias en los que incurrió el demandante que conllevaron a que el Director de la entidad perdiera la confianza en su gestión como Subdirector Logístico y prescindiera de sus servicios, análisis necesario para que esta juzgadora pudiera determinar si los hechos que sustentaban tal desconfianza respaldaban la legalidad de la decisión.

Por último, frente al señalamiento consistente en que la entidad demandada no tuvo en cuenta la condición de prepensionado del actor, baste señalar que la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación SU003/18, determinó que por regla general los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada en tal calidad y menos cuando les falta solo la edad, tal como sucede en el caso del actor.

5.5. DECISIÓN.

Para el Despacho, es claro que la desviación de poder alegada por el demandante y sustentada en los hechos narrados en la demanda tiene un definido respaldo probatorio que lleva a esta juzgadora a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos para declarar insubsistente el nombramiento del doctor Carlos Augusto Torres Mejía en el cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07, son ajenos a los que según la ley deberían orientar la decisión administrativa, circunstancia que impone la anulación del acto acusado, con el consecuente restablecimiento del derecho, tal como se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia.

Conforme a lo anteriormente expuesto, quedó desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por cuanto el retiro del servicio del señor Carlos Augusto Torres Mejía por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, se fundamentó en razones diferentes a la prevalencia del buen servicio y del interés general.

5.6. Cargos de libre nombramiento y remoción. De la regla indemnizatoria prevista en la Sentencia SU- 556-2014.

Al respecto, debe señalarse que en la sentencia SU- 556 de 24 de julio de 2014 la Corte Constitucional estableció una regla *“orientada a atemperar la orden [judicial] de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir”* por los empleados vinculados en provisionalidad cuando estos son retirados del servicio sin motivación alguna.

Sostuvo la Honorable Corte Constitucional que era innegable la tensión constitucional que se presenta entre *“el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro lado, frente la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.”*

Por tal razón, estimó la Corte que teniendo en cuenta que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una condición excepcional y temporal de

permanencia en el cargo resultaba inapropiado asumir, para efectos de la cuantificación de la indemnización originada en la ilegalidad del retiro, que este había permanecido indefinidamente en el desempeño del empleo.

Bajo ese entendido, concluyó la H. Corte Constitucional que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son:

“(..)

(i) El reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y,

(ii) A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (...).”

Ahora bien, dicha Corporación en la sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, señaló que si bien “la regla de decisión” trazada en la sentencia SU- 556 de 2014, fue concebida para el caso de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la misma debe ser aplicada, cuando no exista motivación alguna en aplicación del principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución Política. Discurrió así la mencionada Corporación Judicial:

*“De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución”.
(Negrilla del Despacho).*

De la jurisprudencia en cita, se desprende que la regla indemnizatoria fijada en la sentencia SU- 556 de 2014, debe hacerse extensiva al caso particular y

concreto del demandante, pues si bien se trata de un servidor público que fue nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que dichos parámetros cobijan a todas las personas que estén en una situación similar o análoga de retiro.

Así las cosas, se advierte que a la fecha han transcurrido más de treinta y dos (32) meses desde que fue declarado insubsistente su nombramiento, hecho que ocurrió el 14 de diciembre de 2018, razón por la cual, este Despacho en observancia de lo señalado en la sentencia SU- 556 de 2014, reconocerá con carácter indemnizatorio, a favor del actor, la suma equivalente a veinticuatro (24) meses de salarios y prestaciones sociales, previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar, en todo caso, efectuándose los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya percibido el demandante, durante el tiempo en que permaneció separado del empleo.

Lo anterior, sumado a la orden de reintegro del señor Carlos Augusto Torres Mejía al mismo cargo que venía desempeñando en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, esto es, Subdirector Técnico de la Subdirección Logística – Código 068 – Grado 07, o en un empleo de igual o superior jerarquía, sin que exista solución de continuidad, desde la fecha del retiro hasta el momento del reintegro.

5.7. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 861 del 14 de diciembre de 2018, por medio de la cual la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del actor, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la BOGOTÁ, D. C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS, **REINTEGRAR** al señor CARLOS AUGUSTO TORRES MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.100.804 de Socorro (Santander), sin solución de continuidad para todos los efectos legales, en un cargo igual o similar al que venía desempeñando de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística - Código 068 - Grado 07, o en otro de superior Jerarquía.

TERCERO.- CONDENAR a BOGOTÁ, D. C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS a **PAGAR** al señor CARLOS AUGUSTO TORRES MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.100.804, de Socorro (Santander), con carácter indemnizatorio, la suma equivalente a veinticuatro (24) meses de salario y prestaciones sociales que corresponden al cargo de Subdirector Técnico de la Subdirección Logística - Código 068 - Grado 07, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, efectuándose los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor durante el tiempo en que permaneció separado del empleo.

CUARTO.- CONDENAR a BOGOTÁ, D. C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS a **PAGAR** al señor CARLOS AUGUSTO TORRES MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.100.804, de Socorro (Santander), los valores correspondientes señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh (Ind. F / Ind. I)$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago.

QUINTO.- Sin costas a cargo de BOGOTÁ, D. C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS.

SEXTO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

SÉPTIMO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

OCTAVO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 024, de hoy 10 de septiembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

.<

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

018

Juzgado Administrativo

Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **574335f37b9974e810a9d880b7cd43be23a104b593c07ed630ece172ce918910**

Documento generado en 09/09/2021 12:56:07 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>