

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00083-00**
Demandante : **FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA Y OTROS**
Demandado : **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Fabio Roberto Estupiñan Vargas y otros, mediante apoderada, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.9-15).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 6379 de 28 de julio de 2015, por medio de la cual, se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda.

A título de restablecimiento del derecho solicita *“...reintegrar al coronel FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA al servicio activo del Ejército Nacional en el*

grado que le corresponda por antigüedad conservando la precedencia que tenía en el escalafón al momento del retiro.

(...) pagar (...) todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías que se produzcan, aumentos de salario, prestaciones legales y extralegales y demás emolumentos concurrentes al cargo, que le correspondan y que haya dejado de percibir desde la fecha del retiro hasta que se produzca el reintegro definitivo.

Que las sumas indicadas en el numeral anterior se actualicen aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, entre la fecha de retiro y la fecha en que se profiera sentencia, y sobre ellas se liquiden intereses a la tasa establecida en el artículo 1617 del Código Civil, entre las mismas fechas.

Que se declare que, para todos los efectos legales, no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del coronel FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA.

Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a pagar a FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA, SULDERY VARGAS VASQUEZ y MARIA CATALINA ESTUPIÑAN VARGAS, el equivalente en pesos de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos, por concepto de indemnización de los perjuicios morales ocasionados con la expedición de los actos demandados.

Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a pagar las costas procesales y agencias en derecho.

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA”.

1.3 Hechos.

Relata que fue oficial del Ejército Nacional, permaneciendo en el servicio activo durante 24 años.

“El coronel ESTUPIÑAN está casado con SULDERY VARGAS VASQUEZ, con quien tiene una hija: MARIA CATALINA ESTUPIÑAN VARGAS.

... estuvo destinado, desde el 8 de junio de 2012 al 25 de junio de 2014, como Comandante del Batallón Especial Energético y Vial No. 7 (...) de acuerdo a la Resolución Ministerial 0907 de fecha 8 de junio de 2012.

(...)

El día 19 de julio de 2014, el Coronel FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN, ingresó a la Dirección de Personal del Ejército hasta el 28 de julio de 2015, ocupando el cargo de Jefe de Historias Laborales, donde recibió varias felicitaciones al igual que medallas del Batallón Guardia Presidencial por su gran desempeño, en las actividades bajo su cargo en dicha institución.

El día 27 de septiembre de 2014, se recibió un anónimo en la Segunda División del Batallón Especial Energético y Vial No. 7 (...) en donde se informaban una serie de irregularidades que se estaban presentando por parte del Teniente Coronel Rodríguez, quien fuese el reemplazo del Coronel FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN.

Relata que en una visita realizada al Batallón Especial ordenado por el Comandante de la Segunda División, se informó que se presentaban incongruencias respecto a la cancelación de escoltas y almacenamiento de explosivos.

(...)

En auto de fecha 20 de octubre de 2014 se dio inicio a la apertura de la investigación penal militar a cargo del Juez 38 Penal Militar de Barrancabermeja.

La Resolución No. 6379 de 28 de julio de 2015 por medio de la cual "se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial Superior del Ejército Nacional" le fue notificada al Coronel Estupiñan el 11 de agosto de 2015, un año después de haber entregado el Batallón Especial Energético y Vial No. 7 (...) y de haberse iniciado las investigaciones anteriormente mencionadas.

(...)"

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 25 y 125 y Decreto 1790 de 2000.

Manifiesta que con la expedición de la Resolución 6379/15, la entidad violó el derecho de audiencia y defensa porque decidió deliberadamente el retiro del servicio, sin que se ejerciera la facultad disciplinaria prevista en la ley 836/03.

Arguye que si bien la facultad discrecional que tiene la entidad para retirar del servicio a oficiales y suboficiales, es otorgada por la ley, la misma no puede convertirse en un mecanismo para legitimar la arbitrariedad en la toma de decisiones referentes al retiro del servicio del personal.

Afirma que “lo legal y lo procedente era optar por el ejercicio de la potestad disciplinaria y no de la medida discrecionalidad, pues una y otra entrañan diferencias abismales en su naturaleza jurídica y las consecuencias que devienen e término del ejercicio de los derechos. Pues la primera tiene como finalidad sancionar la conducta de funcionario por el incumplimiento en los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones y la incursión en prohibiciones de orden constitucional legal y reglamentario; el comportamiento contrario a estos principios debe estar plenamente probado para derivar una sanción disciplinaria (...) y la potestad discrecional, no es más que la libertad con que cuenta la administración de escoger lo mejor para el servicio, decisión que debe ser adecuada a los fines de la norma que lo dispone”.

Contestación de la demanda.

La entidad, mediante apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirmando que la administración al proferir sus actos administrativo, debe obrar en coincidencia con el principio de legalidad, es decir, deben estar ceñidos a las disposiciones legales y constitucionales que los reglamenten, además de tener fundamentos relacionados con el buen servicio, que como es sabido, dichas razones no deben exponerse en los actos administrativos, potestad que otorga la facultad discrecional.

Manifiesta que en el presente caso, el llamamiento está fundamentado en la necesidad del servicio así como en el cupo de planta de personal *“aunado a que el actor cumple con los requisitos para asignación de retiro con lo cual se permite la movilidad de los nuevos oficiales y no perpetuar a los oficiales antiguos cuando ya han cumplido su periodo en la institución”.*

Asevera que los argumentos del actor no son de recibo teniendo en cuenta que si bien pertenecía a la carrera militar, implica una estabilidad relativa, que no obliga al Estado a mantener al servidor por siempre, teniendo en cuenta que pueden existir razones y situaciones que justifiquen su retiro.

Por último afirma que su representada actuó de conformidad con las disposiciones normativas aplicables al caso, y que no está comprobada ni una falsa motivación ni la desviación de poder como bien lo arguye el demandante, razón por la cual, solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda.

1.5 Audiencia inicial.

El 9 de febrero de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta el decreto de pruebas, fijándose fecha para la celebración de la audiencia de pruebas, para el 30 de marzo de la presente anualidad, audiencia que fue suspendida hasta tanto se allegara el material probatorio en su totalidad, periodo que se declaró finalizado, mediante audiencia del 27 de septiembre, concediéndose a las partes un término de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.7 Alegatos de conclusión

La parte demandante

Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de demanda, manifiesta que la entidad excedió los parámetros establecidos en el decreto 1796/00, en razón a que el retiro del servicio activo del actor se produjo con ocasión de la supuesta comisión de unas faltas disciplinarias, demostrándose la desviación del poder *“pues la facultad discrecional de retiro no fue instituida para sancionar la comisión de faltas disciplinarias sino para mejorar el servicio”*.

La entidad demandada

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, indicando que la facultad discrecional es diferente a la facultad penal y disciplinaria, comoquiera que el retiro del servicio no implica un juicio disciplinario ni penal previo que juzgue la conducta del funcionario, *“ya que lo que se persigue con el ejercicio de la facultad discrecional es la buena prestación del servicio y no la penalización de faltas”*.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante le asiste el derecho a ser reintegrado al servicio activo en el grado que le corresponda por antigüedad conservando la precedencia que tenía en el escalafón al momento del retiro, al reconocimiento de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir

desde la fecha en que fue retirado del servicio hasta que sea reintegrado, sin solución de continuidad y, al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes, por concepto de indemnización de perjuicios morales.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ El señor Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 15 de junio de 1993 hasta el 28 de julio de 2015, siendo su último cargo, el de Teniente Coronel (fl.106).
- ✓ Acta No. 669 de 8 de abril de 2015, por medio de la cual se reunió el Comité de evaluación para la aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 (fs.120-135).
- ✓ Acta No. 05 del 27 de abril de 2015 por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, por unanimidad recomendó por razones del servicio y en forma discrecional el retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva del señor Teniente Coronel Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda (fs.187-190).
- ✓ Resolución No. 6379 de 28 de julio de 2015, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares en forma temporal con pase a la reserva, “por retiro discrecional”, al Teniente Coronel Estupiñan Sepúlveda Fabio Roberto (fs.2-4).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Naturaleza de las Fuerzas Militares

La existencia del contrato social impone tanto al ciudadano como al Estado unos deberes y unos derechos, para este último, una de las obligaciones que emerge de dicho vínculo es la de brindar protección a los ciudadanos. En efecto, el artículo 2º de la Constitución Política estipula como fines esenciales del estado la protección a *todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades*, de lo que se infiere que para el cumplimiento de dicho fin el estado debe contar con instituciones que a través de la autoridad (fuerza) ejecuten las acciones pertinentes que permitan garantizar el mencionado propósito.

Para cumplir lo anterior, el Constituyente de 1991 dispuso en su artículo 217 de la Constitución Política que las Fuerzas Militares tienen como fin “... *la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”, por tal razón, la *ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio*.

Con el fin de regular el régimen disciplinario, de carrera y prestacional, el legislador y el Gobierno Nacional, han expedido una serie de normas, entre las que se destacan los Decretos 1211 de 1990¹, Decreto 1790 de 2000² y 4433 de 2004³, en las cuales se ha determinado los grados de las Fuerzas Militares, las formas de ingreso, ascenso, retiro y demás aspectos de la carrera Militar.

Del Retiro del Servicio

Sea lo primero indicar que el retiro del servicio es aquella figura por medio de la cual los miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesan en la prestación de servicios por haber incurrido en alguna de las causales previstas en la ley para tal efecto.

El Decreto 1790 del 2000 en sus artículos 99, 100 y 104, disponen lo siguiente:

“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,*

¹ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

² “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”.

³ “Por medio del cual se fija el régimen pensonal y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

Coronel o Capitán de Navío, se hará por Decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

“ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. *Modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*
- 3. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
- 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*
- 6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*
- 7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*
- 8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*
- 9. Por no superar el período de prueba;*

(...)

Y el artículo 104, sobre el retiro discrecional preceptúa:

ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. *Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de*

oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.”

La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución. En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares

Respecto del retiro discrecional el Consejo de Estado⁴ precisó:

“Tratándose del retiro del servicio, previsto en el numeral 8, literal a, del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, debe decirse que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite al Gobierno Nacional, en tratándose de oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, y al Ministro o los comandantes de fuerza, en el caso de suboficiales, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio. En estos eventos, la autoridad que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

(...)

En otras palabras, en el caso de los suboficiales el Ministro o los comandantes de fuerza tienen sobre el personal de suboficiales, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requieran explicitar de otro modo sus móviles. Estos actos administrativos se asumen como proferidos en ejercicio de sus potestades sobre la Fuerza Pública y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo. Por lo tanto se presumen ajustados a la normatividad.

(...)”

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. sentencia de 2 de junio de 2011. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 50001-23-31-000-2007-00159-01(2104-10) Actor: Felipe Calderón Morea.

De conformidad con la pauta jurisprudencial que precede, la regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad. Es decir, *“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”*.

No obstante, el ejercicio de esa facultad debe fundarse en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que le es propio. Así entonces, existen límites para ejercer la facultad discrecional, pues en un Estado Social de Derecho no pueden existir poderes ilimitados o absolutos, y el ejercicio de dicha facultad debe ser proporcionada con el fin a obtener.

Ahora bien, sobre el punto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional alude al estándar de motivación justificante que supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.

Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo. Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.

Por último, en lo que refiere a la estabilidad en el cargo, y al cumplimiento de las funciones asignadas, el Consejo de Estado⁵ ha precisado lo siguiente:

“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, circunstancias como las anteriormente anotadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, sin que dicha iniciativa

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 10 de noviembre de 2010. Rad. 25000-23-25-000-2001-02028-02(2122-08). Actor: Oderis Mazo Gamboa.

220

implique el desplazamiento de la facultad, ni mucho menos la pérdida de eficacia y validez del acto demandado". (Subraya y Negrita por el Despacho)

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda estuvo vinculado al Ejército Nacional por un periodo de 24 años, 8 meses y 11 días, siendo su último cargo el de Teniente Coronel.

Que mediante Acta No. 669 de 8 de abril de 2015 el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, recomendó por razones del servicio y en forma discrecional el retiro del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva del señor Teniente Coronel Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda del Ejército Nacional, al considerar que:

"... con lo anterior, mencionado (sic) oficial faltó a sus funciones de mando, control, supervisión y ejecución de actividades que correspondieran a lo ordenado en la institución, incumpliendo de manera flagrante las funciones que le son propias como Comandante encontrando falencias en el cumplimiento de lo ordenado por la Constitución Política de Colombia, la ley 836 de 2003 (...)

Adicional a ello, con su proceder se extralimitó de manera clara en el propósito principal del cargo que no es más que dirigir, organizar y coordinar todos los aspectos de mando de la Unidad, con el fin de asegurar y responder por el normal desarrollo de los diferentes procesos del Batallón, teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por el Comando Superior, falencias evidentes en el mando de la Unidad Táctica.

Este comportamiento indolente a todas luces afecta de manera grave el servicio, puesto que fueron notorios y fundamentados los hallazgos de "la inspección delegada del comando general de las Fuerzas Militares para la segunda división", en los cuales se vio involucrado de manera directa el oficial, colocando en tela de juicio la trayectoria de su carrera militar, perdiendo la credibilidad y confianza en futuros cargos y misiones que se le encomienden ante sus superiores, compañeros y subalternos.

(...)

*Por lo anterior y en concordancia con el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, las anteriores circunstancias, ameritan recomendar por razones del servicio y en forma discrecional el retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva del señor Teniente Coronel **FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA (...)**"*

(Subraya y Negrita por el Despacho)

Que mediante Acta No. 05 del 27 de abril de 2015, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional recomendó el retiro discrecional del servicio activo del señor Estupiñan Sepúlveda. Así lo dispuso:

“RETIRO DISCRECIONAL (Art. 104 del Decreto Ley 1790/2000) 05

No	GDO.	ESP	APELLIDOS Y NOMBRES	C.C.
1	TC	INF	ESTUPIÑAN SEPULVEDA FABIO ROBERTO	79.576.591

(...)

*La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional después de estudiar la propuesta sometida a su consideración y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 99, 100 literal a, numeral 8 y Artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, **por unanimidad recomendó el retiro discrecional del servicio activo del Oficial citado anteriormente**”.*

(Subraya y Negrita por el Despacho)

El señor Estupiñan Sepúlveda fue retirado del servicio activo, en forma temporal con pase a la reserva “por retiro discrecional”, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 100 literal a) numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, mediante Resolución 6379 de 2015, que en su parte considerativa señaló:

“(…)

Que el retiro del Teniente Coronel ESTUPIÑAN SEPULVEDA FABIO ROBERTO, no constituye una violación a su derecho fundamental al debido proceso, ni a la presunción de inocencia, dado que en el ejercicio de dicha causal discrecional, no se exige el juzgamiento de la conducta del uniformado, pues no se trata de penalización de faltas, sino de una medida cuyo fin es la búsqueda del bienestar general, en cuanto al servicio se refiere, sustentado en los cuestionamientos y señalamientos de que ha sido objeto el comportamiento del citado oficial, el cual sobrepasa los términos contenidos bajo el marco del Honor Militar...

Que para el caso en concreto, se considera necesario ejercer la facultad discrecional, lo cual está soportado en la evaluación realizada por el Comité de Evaluación, según Acta No. 669 registrada en el folio 96, de fecha 8 de abril de 2015.

(...)

Que de conformidad con lo anteriormente expuesto, es necesario acoger la recomendación formulada por la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, en relación al retiro del servicio del citado señor Oficial, encontrando que los fundamentos analizados, reúnen los requisitos para ser retirado en aplicación del artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000.

(...)”

(Subraya y Negrita por el Despacho)

Luego la motivación justificante del acto de retiro está sustentado en razones objetivas y hechos ciertos que justifican el retiro del servidor de la Fuerza Pública en tanto se dijo que el oficial faltó a sus funciones de mando, control, supervisión y ejecución de actividades que correspondieran a lo ordenado en la institución, incumpliendo de manera flagrante las funciones que le son propias como Comandante de lo cual da cuenta el informe presentado por el Inspector Delegado del Comando General de las Fuerzas Militares para la Segunda División en revista efectuada al Batallón Especial Energético y Vial No 7 “CS. RODRIGO ANTONIO ARANGO QUINTERO” de acuerdo a lo ordenado por el Comandante de la segunda División.

Alude el Comité de Evaluación que en el informe de inspección citado, “se evidencia que el señor Teniente Coronel **FABIO ROBERTO ESTUPIÑAN SEPULVEDA, como Comandante del batallón especial Energético y Vial No 7 “CS Rodrigo Antonio Arango Quintero” no dio cumplimiento a sus deberes y compromisos militares además de sus funciones como Comandante de Unidad Táctica, a la cual fue destinado desde el 08 de junio de 2012 al 25 de junio de 2014 de acuerdo a Resolución Ministerial 0907 de fecha 8 de junio de 2012, así:**

1. Omitió sus funciones Como Comandante de la Unidad al no realizar el seguimiento y control a los dineros recaudados producto de las escoltas, permitiendo con su falta de control y supervisión que existiera sin autorización la cuenta corriente No 084-012...74 del BBVA, incumpliendo las ordenes e instrucciones contenidas en la Directiva Permanente 134 de 2006 ‘Administración de Fondos Internos’, ocasionando con su negligencia que estos dineros fueran manejados de manera autónoma por el señor MayorMELO PORTILLA sin cumplir los mínimos requisitos que imponen las cuentas oficiales de la unidad.
2. Incumplimiento al procedimiento ordenado por la Directiva permanente 0204 de 2014 ‘Instrucciones columnas motorizadas y escoltas de material reservado explosivos’ al efectuar movimientos tácticos motorizados a través de órdenes de movimientos- ordenes de marcha, omitiendo las ordenes de operaciones fragmentarias para ese tipo de operaciones, generando un riesgo jurídico en el evento de presentarse un incidente.
3. Omitió el cumplimiento de la Directiva Permanente 008 de 2002 ‘Centralización sistema administrativo, presupuestal y contable de los Cantones de Brigada’ toda vez que la Unidad no se encontraba facultada para el manejo de la cuenta No 084-012...74.
4. Omitió el cumplimiento de la Directiva de Transporte 255202 al no presentar soporte documental para el control de los bonos Big pass, como son: Anexo “A” Libro control de combustibles, Anexo ‘K’ Tarjeta de abordaje, Anexo ‘L’ Libro entrada y salida de vehículos, Anexo ‘E’ Órdenes de marcha, Ordenes fragmentarias de movimiento de vehículos.
5. No se tiene certeza del destino, cantidades y manejo de los dineros recaudados por concepto de escoltas y almacenamiento de explosivos a empresas privadas.”

Nótese que frente a estos señalamientos concretos y que fueron producto de la visita realizada en el año 2014 a la unidad ubicada en Barrancabermeja, y de la cual se enteró el actor dado que no solo fue realizada en la unidad en la que se encontraba, sino que producto de ella se iniciaron actuaciones administrativas concretas entre ellas una indagación preliminar para corroborar y corregir las situaciones advertidas, no obra prueba alguna en este proceso de la que se deduzca con certeza que las afirmaciones realizadas en el acta 669 de 8 de abril de 2015 no corresponden a la realidad.

Por el contrario, resultan más que fundados argumentos para sustentar sobre ellos la decisión discrecional, dada la pérdida de confianza y credibilidad en este servidor público.

No debe perderse de vista que el retiro discrecional en las Fuerzas Militares es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyen en la vulneración de los principios éticos y morales así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.

De la desviación de poder

El ejercicio de la facultad discrecional debe estar precedido no solamente por el Concepto del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, sino que es imperioso que existan razones del servicio que justifiquen la decisión adoptada, evitando con ello que se configure el vicio por desviación de poder.

En lo que refiere a la acreditación de la desviación de poder, el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos, ha señalado que quien alega dicha causal es a quien le concierne el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que procura hacer valer para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado; aseveración que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla imperativa contenida en el estatuto procesal

222

civil, que se convierte en principio de prueba y que resulta ser relevante para la definición del problema jurídico, en la cual se exige de manera inequívoca, "que incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen⁶".

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 8 de marzo de 2006, al declarar la exequibilidad del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, señaló:

"... En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

No se trata, como equivocadamente lo entiende el demandante, de un acto absolutamente subjetivo de las autoridades competentes, pues ello rompería por completo el orden constitucional que nos rige. Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario pues esto último implica un capricho individual de quien lo ejerce, sin sujeción al ordenamiento jurídico, contrario por completo a la atribución discrecional que se cuestiona, que si bien comporta cierta flexibilidad, ella se encuentra sujeta a reglas de derecho preexistentes en cabeza de un funcionario competente, para ser aplicada a un destinatario específico, y con un fin determinado.

(...)

Ahora, la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder. En efecto, según dispone el artículo 1 de la Ley 857 de 2003, el retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional; el de Suboficiales a través de resolución proferida por el Director General de la Policía Nacional. Y, en el caso de miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, establece que "[E]l acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto. (...)."

Con base en los elementos probatorios obrantes en el expediente, se observa que tanto el Comité de Evaluación como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, recomendaron el retiro discrecional del señor Estupiñan Sepúlveda porque sobrepaso los términos contenidos bajo el marco del Honor Militar sin cumplir a cabalidad sus deberes y porque además hubo una serie de

⁶ Artículo 167 del CGP.

inconsistencias en el ejercicio de su labor que llevaron al mencionado Comité a efectuar la referida recomendación, lo que permite entrever que se hizo en razón del servicio y porque además se consideró que el actor no podía continuar en el ejercicio de sus funciones debido a que la entidad perdió *“la credibilidad y confianza en futuros cargos y misiones que se le encomienden ante sus superiores, compañeros y subalternos”*.

Conforme a lo anterior, estima el despacho que en el caso objeto de estudio no se puede inferir que la entidad demandada utilizó en contra del actor incorrectamente el poder discrecional, pues no existen elementos de juicio que sugieran que, el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y el Ministro de Defensa hubieran tenido en cuenta motivos distintos al mejoramiento del servicio para recomendar y ordenar, respectivamente, su retiro del servicio como Teniente Coronel, toda vez que la recomendación de éstas de retirar del servicio al actor, obedeció a omisiones y actuaciones contrarias a la ley en la función de sus labores como Comandante del Batallón Energético y Vial No. 7.

De igual forma, se destaca que la entidad cumplió con el procedimiento y formalidades señaladas en el Decreto 1790 de 2000, pues obra en el expediente copia del Acta No. 05 de 27 de abril de 2015⁷, por medio de la cual la Junta Asesora de Ministerio de Defensa Nacional, recomendó el retiro discrecional del servicio del actor previo concepto emitido por el Comité de Evaluación, a través de Acta No. 669 de 8 de abril de 2015⁸.

En aplicación de los criterios anteriores analizados en su conjunto el material probatorio, observa el despacho que no se allegaron elementos de juicio que permitieran determinar que la entidad actuó con desviación de poder y que su decisión no obedeció a razones del servicio como lo alega la demanda, razón suficiente para desestimar el cargo de desviación de poder propuesto por la parte demandante.

Nótese que en este caso se acreditan con suficiencia los elementos comunes a toda potestad discrecional: **(i)** existir una norma de rango legal que la contemple expresamente; **(ii)** su ejercicio fue adecuado a los fines de la norma que la autoriza;

⁷ Visible a folios 187 a 190

⁸ Visible a folios 120 a 123.

223

(iii) la decisión resultó ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, lo que implica que se mantiene incólume la presunción de legalidad que ampara el acto.

En consecuencia, al no prosperar el cargo propuesto y no desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, el despacho denegará las pretensiones de la demanda.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”⁹.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida

⁹ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)”

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)”

¹⁰ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹¹

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

¹¹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

224

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez

9