

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación No. : **11001-33-42-047-2020-00089-00**

Accionante : **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**

Accionado : **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA Y OTROS**

Asunto : **DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, CONFIANZA LEGÍTIMA, UNIDAD FAMILIAR, TRABAJO, VIDA DIGNA, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LIBRE ESCOGENCIA DE PROFESIÓN U OFICIO**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por el señor **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**, quien actúa en nombre propio, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA Y OTROS**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, confianza legítima, unidad familiar, trabajo, vida

digna, buena fe, confianza legítima, libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de la profesión u oficio.

1.1. HECHOS

- El señor **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA** labora al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana durante más de 27 años y 3 meses, alcanzando el grado de Coronel y desde el año 2015 desempeñándose en equipo (avión) B-737 BBJ.
- Mediante derecho de petición radicado bajo el No. **20195160153703** /MDN-COGFM-COFAC-JEMFA-CATAM-SECOM-DEPLA del 29 de octubre de 2019, solicitó ante el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor del Comando Aéreo de Transporte Militar (CATAM), el retiro de servicio activo a partir del 02 de marzo de 2020.
- A través de Oficio No. 201912670657263 /MDN-COGFM-COFAC-JEMFA-COP- JEPHU-DIPRO-SUPMO del 27 de noviembre de 2019, la Jefatura de Relaciones Laborales de la Fuerza Aérea Colombiana emitió concepto de su retiro; sin embargo, por disposición del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana y, como consecuencia de la asignación de un oficial de menor antigüedad a la del actor en el cargo de Segundo Comandante de CATAM, fue trasladado al Comando de Operaciones Aéreas, en el cargo de Subdirector de Transporte de Personalidades bajo el mando de un señor oficial que es compañero de curso.
- Después de haber presentado su solicitud de retiro de más de tres (3) meses, el día 06 de febrero de 2020 la Capitán Jefe del Departamento de Personal de BACOF (E), le notificó el contenido del Oficio No. 202012990010953 del 28 de enero de 2020, por medio del cual el Jefe de Relaciones Laborales de la FAC le informó que de acuerdo a instrucciones del señor General Comandante de la Fuerza Aérea y dado su historial militar y proyección, se aceptó su retiro a partir del 31 de diciembre de 2020.
- Inconforme con lo anterior, con escrito No. 202010970062693 presentó ante el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana solicitud de reconsideración de la fecha de retiro y que se le otorgara el mismo a partir

del 02 de marzo de 2020, tal como lo había solicitado inicialmente, basado en razones de naturaleza personal y familiar, con el fin de apoyar a su esposa Zoraida Beatriz Lozano León con quien se encuentra casado durante 19 años, en los que lastimosamente no ha disfrutado y aprovechado con ella, dada su disponibilidad con la institución, así como por consideraciones operativas, procurando no afectar el alistamiento y la operatividad del equipo B-737 BBJ.

- El Mayor General Comandante de Operaciones Aéreas de la Fuerza Aérea con Oficio No. 202010970062813 /MDN-COGFM-COFAC- JEMFA-COA-JEM-DIOMO del 17 de febrero de 2020, señaló al señor General Comandante de la Fuerza Aérea que, para el año 2020, la planta del equipo B-737 BBJ contará con *“un total de 7 pilotos, superando el factor tripulación definido en 6 (...)”*.
- Sin embargo, el Jefe de Potencial Humano mediante Oficio No. FAC-S-2020-005106-CI/MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JEPHU del 18 de marzo de 2020, indicó al señor Mayor General Comandante de Operaciones Aéreas que la restricción a su solicitud de retiro no se debía a la afectación de la operatividad del equipo B-737-BBJ, porque no era destinatario de la prescripción legal del artículo 89 del Decreto Ley 1790 de 2000, sino que obedecía a las políticas del Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, advirtiendo que el demandante podía solicitar a este el adelantamiento de la fecha de retiro.
- No obstante, con Oficio No. FAC-S-2020-026677-CI /MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DISAT del 15 de abril de 2020, el Jefe de Relaciones Laborales (E) de la FAC, le indicó que una vez evaluado su historial y proyección en la institución, el Comando de la Fuerza no consideró viable modificar la fecha de su retiro y, en consecuencia, confirmó como fecha de retiro el día 31 de diciembre de 2020.
- Lo expuesto vulnera ostensiblemente el derecho a la igualdad, en la medida en que la FAC concedió el retiro por solicitud propia a varios Coroneles y compañeros del actor que ascendieron al grado mediante Decreto 2175 del 28 de noviembre de 2018, en la fecha por ellos solicitada y sin que a ninguno se le exigiera el cumplimiento de término alguno.

- El pasado 15 de marzo, el accionante llegó de un simulador programado en Miami para su entrenamiento recurrente (reentrenamiento para mantenimiento de autonomía), por lo que cumplió un aislamiento preventivo hasta el 29 del mismo mes, el cual se le autorizó llevar a cabo en la ciudad de Barranquilla cerca a su familia, posterior a ello estuvo hasta el día 8 de abril en teletrabajo, día en que se le ordenó regresar a Bogotá en un avión de la FAC, permaneciendo en una habitación dentro de la base aérea de CATAM a la espera de reunirse de nuevo con su esposa e hijos.
- Refirió que su esposa es la hija menor de los señores Edgardo Lozano de 86 años y María del Socorro León Artuz de 81 años, y es quien vela por el cuidado de ellos, quienes residen en Barranquilla, lo que ha conllevado a tomar la decisión de solicitar el retiro de la FAC por parte del accionante con el fin de radicarse en dicha ciudad, pues, la institución no abrió convocatoria para algún cargo al que pudiera aplicar el actor allí y su esposa e hijos Gabriel Mauricio de 16 años y María Angélica de 14 años se residenciaron desde enero de este año, pensando que a partir de marzo de la presente anualidad podrían reunirse y compartir más tiempo como familia.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El accionante sostiene que con el actuar de la Nación- Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana, se le han vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, confianza legítima, unidad familiar, trabajo, vida digna, buena fe, confianza legítima, libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de la profesión u oficio.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 11 de mayo de 2020, se notificó su iniciación al **MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL** y al **COMANDANTE DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, para que informaran a éste Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela

respecto de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados al accionante y, de oficio se dispuso la vinculación de las siguientes dependencias de la Fuerza Aérea Colombiana: **Segundo Comando y Jefatura de Estado Mayor** - MG. PABLO ENRIQUE GARCÍA VALENCIA, **Jefatura de Relaciones Laborales** - C. LUBERTO MAURICIO RUÍZ MORENO y **Jefatura de Potencial Humano** - C. MAURICIO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La parte accionada y las dependencias vinculadas guardaron silencio, pese a haber sido notificadas en debida forma del auto admisorio de la acción tutelar el día 12 de mayo de los corrientes.

3.1. CONCEPTO REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Dra. ZULLY MARICELA LADINO ROA en calidad de Procuradora 187 Judicial I para Asuntos Administrativos, delegada ante este Despacho, emitió concepto en las presentes diligencias en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 277-7 de la Carta Política y artículos 28, 30 y 44 del Decreto 262 de 2000, el día 14 de mayo de 2020.

Dentro de las anotaciones efectuadas, relaciona el recuento fáctico de la acción de tutela, estableciendo el problema jurídico y la procedencia general de la misma respecto al principio de subsidiariedad, exponiendo el marco jurídico aplicable y analizando el contenido de la opción de retiro en la carrera militar frente a los derechos a la libertad de escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad, alegados por el accionante.

En primer lugar, consideró que si bien existe un mecanismo de control ordinario para controvertir la decisión tomada por la Fuerza Aérea ante la negativa de aceptar el retiro del accionante, dicho procedimiento como es el contencioso administrativo – nulidad y restablecimiento del derecho, no cumple con los requisitos de ser eficaz e idóneo, pues, el retiro ha sido autorizado para el 31 de diciembre de esta anualidad pese a que se solicitó a partir del 2 de marzo del año en curso, y el trámite de dicho medio de control superaría incluso el término del 31 de diciembre de 2020,

máxime cuando nos encontramos ante una suspensión de términos en la jurisdicción, que agrava aún más la situación del tutelante, tornándose en ineficaz.

Luego, concluyó que de acuerdo a la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que por regla general y con fundamento en el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio y libre desarrollo de la personalidad, la opción de retiro no tiene restricción en la carrera militar, pues si bien tiene su limitación ya sea por razones de seguridad nacional o especiales del servicio, estas deben estar expresadas y motivadas en el acto administrativo y soportadas en pruebas, lo que significa que le corresponde a la Fuerza Aérea Colombiana argumentar y demostrar que los motivos por los cuales niega el retiro del servicio al accionante encajan dentro de las restricciones establecidas para tal efecto.

En cuanto al caso en concreto, refirió que ante la insuficiencia del material probatorio y argumentación en los actos administrativos que niegan el retiro del accionante y que demuestren la necesidad de prolongar su permanencia al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana hasta el 31 de diciembre de 2020, ya sea por razones de seguridad nacional o especiales del servicio, no es razonable ni proporcionado que el accionante tenga que permanecer hasta esa fecha contra su voluntad, en un cargo donde incluso el equipo al que pertenece supera en un integrante lo exigido por la ley.

Por lo tanto, solicitó al Despacho amparar los derechos fundamentales a la libertad de escogencia de profesión u oficio, lo cual incluye el aspecto negativo, es decir, la facultad que se tiene para decidir cuando no seguir ejerciendo dicha profesión u oficio, y al libre desarrollo de la personalidad del señor Germán Mauricio Fernández Parra, y ordenar a la Fuerza Aérea Colombiana que se conceda el retiro inmediato en un término máximo de 48 horas.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, confianza legítima, unidad familiar, trabajo, vida digna, buena fe, confianza legítima, libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de la profesión u oficio del señor Coronel **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**, quien luego de 27 años de servicio, el 29 de octubre de 2019 presentó retiro por la causal solicitud propia a partir del 02 de marzo de 2020, al considerar su retiro hasta el 31 de diciembre de la presente anualidad, teniendo como justificación su historial militar y proyección en la institución.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace necesario estudiar la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a los derechos conculcados.

4.2.1. Procedencia de la acción de tutela.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, la Carta Política en su artículo 86 estableció que puede hacerse uso de esta cuando el titular del derecho afectado no cuenta con un medio judicial para la protección de los derechos fundamentales o el mismo es insuficiente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo anterior, fue reiterado en el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y está supeditado a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-001 de 1992 con ponencia del Doctor José Gregorio Hernández Galindo, señaló que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos, pues ante la existencia de estos, por regla general resultaría improcedente su uso.

En ese sentido, dicha Corporación más adelante en Sentencia T-590 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, refirió que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como

competencia de otras jurisdicciones, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia, sin desconocer en este punto que los derechos fundamentales tienen un carácter principal.

Así pues, si los procesos ordinarios están destinados a solucionar las controversias jurídicas y por tanto a proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser aprovechada como un mecanismo alterno o complementario.

Conforme con lo expuesto, es procedente el amparo cuando el solicitante no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, debe analizarse el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, teniendo en cuenta que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

- (i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo.
- (ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Bajo este contexto, al verificarse la existencia de otros medios judiciales, debe realizarse una evaluación sustancial y no simplemente formal de la idoneidad del mecanismo en el caso particular, para determinar si dicho mecanismo tiene la capacidad o no de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados, pues, de no ser así la acción puede proceder de forma definitiva.

Al respecto, la Corte Constitucional en casos similares al que nos ocupa¹ ha estimado la acción de tutela como la vía idónea para la protección de los derechos alegados, en atención a que el proceso contencioso administrativo impediría resolver de manera efectiva un litigio que se presenta a diario, como consecuencia de la negativa de la institución de autorizar el retiro de la misma.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos en los cuales la Jurisprudencia Constitucional se ha referido al perjuicio irremediable.

¹ Ver Sentencias T-718 de 2008 y T-038 de 2015.

Con relación a este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 29 de agosto de 2013, señaló:

“(…)

La Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable. En primer lugar, debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

El perjuicio irremediable exigido se refiere entonces al “grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables” para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.”...

En ese sentido, la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que requieren de un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Para el caso que nos ocupa, considera esta sede judicial que la acción de tutela es procedente en razón a que el actor no cuenta con otros medios de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces, pues, si bien los actos administrativos mediante los cuales se resolvió la reclamación presentada frente al retiro definitivo del servicio, podrían ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, también es cierto que dicho mecanismo no le garantizaría de manera inmediata la protección de sus derechos, ya que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al que habría lugar, podría superar la fecha que le fue impuesta para tal efecto por la entidad -31 de diciembre de 2020-, teniendo en cuenta la suspensión de los términos judiciales con ocasión a la emergencia sanitaria generada por el COVID-19.

4.2.2. Debido proceso administrativo.

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado.

Este derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.

Frente a este particular, resulta adecuado citar el artículo 6° Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, en concordancia con el ejecutar Artículo 121 del mismo texto, en el que se determina que aquellos pueden únicamente ejercer las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

En tal virtud, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual “las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.”²

Por otro lado, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente.³

La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende:

*“a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y **autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas**, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.*

b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la

² Sentencia C-980 de 2010.

³ *Ibídem.*

naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.

f) **El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.**⁴

En lo concerniente al debido proceso administrativo, debe señalarse que se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución Política, en el cual se determina la aplicación del debido proceso en “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”; así como en el artículo 209 del mismo texto y en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, normas en las que se regula como un principio fundamental de la función administrativa.

Frente a este particular, en la Sentencia C-980 de 2010, la Corte señaló que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”⁵. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”⁶.

En la misma providencia, se determinó que las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, son las siguientes:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

⁴ Sentencia C-980 de 2010.

⁵ Sentencia T-796 de 2006.

⁶ Ibídem.

Para las autoridades públicas, el debido proceso administrativo implica una limitación al ejercicio de sus funciones, puesto que en todo proceso, desde su inicio hasta su fin, deben obedecer de manera restrictiva a los parámetros procedimentales determinados en el marco jurídico vigente. Con lo anterior se pretende eliminar todo criterio subjetivo que pueda permear el desarrollo de los procesos administrativos y, a su vez, evitar la conducta de omisión, negligencia o descuido en que puedan incurrir los funcionarios relacionados en el proceso.

En suma, esta garantía procesal consiste, primero, en la posibilidad de que el particular, involucrado en un procedimiento o proceso adelantado por la administración, pueda ser escuchado y debatir la posición de la entidad correspondiente; segundo, presentar pruebas, solicitar la práctica de las que se considere oportuno y, de ser pertinente, participar en su producción; tercero, controvertir, por medio de argumentos y pruebas, aquellas que contra él se alleguen; cuarto, la posibilidad de interponer los recursos de ley y, quinto, la potestad de ejercer los medios de control previstos por el legislador.⁷

Uno de los requisitos para poder acceder a esta garantía procesal es tener conocimiento de la actuación surtida por la administración, en razón de ello, el principio de publicidad y, el procedimiento de notificación que de él se desprende, constituye un presupuesto para su ejercicio.

4.2.3. El derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 13 superior, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁷ C-034 de 2014.

Para precisar el alcance de esa norma, la Corte Constitucional ha reiterado que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo. Así, en sentencia T-330 de agosto 12 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, precisó:

“(…)

Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo.

(…)”

4.2.4. Derecho a la libertad de escoger profesión u oficio.

Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social (Artículo 26 Superior).

Bajo esta premisa, el derecho a escoger libremente profesión u oficio tiene una garantía constitucional que se presenta en dos escenarios: el primero, destinado a la sociedad, es decir, que delimita las fronteras del derecho, adscribe de manera exclusiva al legislador, de un lado, la competencia para regular los requisitos que deben cumplir los aspirantes a ejercer actividades que requieran capacitación técnica o científica si es su deseo obtener el título correspondiente, así como las condiciones en que el ejercicio de la misma puede ser sometido a inspección y vigilancia por las autoridades competentes, y el segundo, de orden interno, va dirigido expresamente a proteger el núcleo esencial del derecho a la escogencia, de tal manera que no puede el legislador, sin lesionarlo, restringir, limitar o cancelar ese ámbito de inmunidad en el que no es posible injerencia alguna.

Mientras la segunda de las garantías (interna) es absoluta, es decir, opera igualmente para las profesiones y los oficios, la primera sólo se predica de las profesiones y de las ocupaciones, artes u oficios que requieran formación académica e impliquen un riesgo social, por lo cual, existen criterios constitucionales de diferenciación relativos al riesgo a que queda expuesto el

conglomerado social como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad sea a nivel profesional, técnico o empírico, antes que al mayor o menor grado de escolaridad requerido para ejercerlas.

4.2.5. Retiro del servicio en materia de derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio

Desde esta perspectiva, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-038 del 28 de enero de 2015, con ponencia del Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, refirió:

“(...) el retiro del servicio activo, como manifestación de los derechos a la libertad personal y a la libre escogencia de profesión u oficio, puede verse limitado en forma legítima, cuando la autoridad competente lo considere necesario y conveniente para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a la Fuerza Pública.

Cabe destacar que la valoración efectuada para abstenerse de conceder el retiro inmediato del servicio se contrae, exclusivamente, a la existencia de “razones de seguridad nacional o especiales del servicio”. Desde esta perspectiva, si bien la previsión normativa consagra el ejercicio de una potestad administrativa, al contener conceptos jurídicos indeterminados, su ejercicio no es del todo discrecional y debe corresponder a fines constitucionalmente admisibles, fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados.”(Negrillas y subrayas fuera del texto)

Esta Sala reitera así la posición decantada de la jurisprudencia que se sintetiza del siguiente modo:

“...[E]l ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad. No obstante, también ha precisado que tales derechos no son absolutos, ya que pueden verse limitados, por ejemplo, en el caso de personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales. En efecto, así ocurre con los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que en virtud del artículo 217 de la Constitución^[22] están llamados a garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. En efecto, el mencionado artículo constitucional faculta al Legislador para regular el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, los ascensos, derechos y obligaciones, así como el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario al cual estarán sometidos. Quiere decir lo anterior que, en cuanto a derechos se refiere, la misma Constitución consagra expresamente algunas limitaciones no previstas para los demás ciudadanos.”^[23]

De los apartes anteriores se concluye, que a pesar de que el derecho a escoger profesión u oficio permite, en principio, que el individuo decida a qué actividad dedicar su fuerza productiva, dicha autonomía puede ser legítimamente limitada por el Estado cuando las necesidades públicas lo exijan, concretamente, cuando la actividad desplegada por el individuo afecte los intereses generales de la comunidad^[24]. (Negrilla y sublíneas extra texto)

En ese mismo sentido, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 11 de marzo de 2015 proferida dentro del expediente 25000-23-42-000-2015-00329-01 (AC), expresó:

“(...)”

Sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, se ha establecido por la jurisprudencia constitucional que estos no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad, sin embargo, estos derechos pueden verse limitados en algunos casos especiales como el de las personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales, es decir, los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que en virtud del artículo 217 Constitucional, están llamados a garantizar la defensa de la soberanía nacional.

No obstante lo anterior, la ley prevé la posibilidad de que sus miembros se puedan retirar cuando no quieran seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Militares, en los artículos 100 y 101 del 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”, donde establece como causales de retiro la solicitud por parte de uno de sus miembros en cualquier tiempo y, que, esta se concederá “cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente” respectivamente.

Debe entenderse que median razones de seguridad nacional o especiales del servicio cuando la decisión tomada por el nominador es instaurada con fines constitucionalmente admisibles, esto es, “fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados”, lo cual quiere decir que esta facultad no es del todo discrecional sino que debe ser adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar un fin legítimo que no es otro que garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a la Fuerza Pública.

Ahora bien, como lo que se presenta es una vulneración derechos fundamentales, considera la jurisprudencia constitucional que esta facultad discrecional debe ser demostrada por quien la invoca, esto es, por la autoridad castrense, ya que lo que se está restringiendo con la negativa al retiro del servicio son derechos fundamentales que, como mínimo, merecen una explicación entre fundamentos invocados y la realidad, pues son ellos quienes tienen la información que da cuenta de los motivos que tienen para negarla.

Lo anterior por cuanto no siempre invocar la situación actual de conflicto interno constituye razón suficiente para mantener en servicio activo a una persona que no desea permanecer en él, pues la situación de orden público que enfrenta Colombia desde hace años ha ido adquiriendo cierto grado de cotidianeidad en la vida política, económica y social del país, por lo que aducir simplemente la situación de orden público no representa per se un argumento para fundamentar “razones de seguridad nacional o especiales del servicio” con el fin de mantener, contra su voluntad, a un oficial o suboficial en la Fuerza Militar.

De conformidad con la reseña plasmada y descendiendo al caso concreto, no evidencia esta Sala circunstancias especiales que ameriten la necesidad de prolongar la permanencia del accionante al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana por tres años más, ya que del insuficiente material probatorio no se avizora las razones invocadas para ello, pues no es clara la situación de orden público citado ni cuál es el cargo fundamental que ocupa el accionante.

(...)

Efectivamente, después de realizado el análisis planteado, no encuentra la Sala acreditadas los supuestos señalados por el Comandante de la Fuerza Aérea para que el accionante permanezca en el servicio, tales como son las capacitaciones especiales recibidas, ya que las reseñadas en el escrito solo muestran unas básicas que no incluyen por ejemplo el entrenamiento para el “mantenimiento sillas de eyeción” cargo que señala la institución como fundamental; ni los valores invertidos en su preparación, los cuales deberían ser retribuidos en tiempo, pues los cursos indicados son los básicos de corta duración; o el motivo por el cual el Comandante decide que la salida del accionante es una año después de la sugerida por el Jefe de Operaciones Logísticas. Es decir, considera la Sala que no se probó con la respuesta de la accionada cuales eran las circunstancias especiales, reseñadas por la Corte Constitucional que demostrarán que el accionante debía permanecer tres años más a órdenes de la institución. Por las anteriores consideraciones, se revocará el fallo recurrido, en cuanto negó el amparo invocado, en su lugar, se tutelarán los derechos a elegir libremente oficio o profesión y al libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia, se

ordenará a la accionada que acepte la solicitud de retiro del demandante en los términos que fue expresada...” (Subrayas y negrita fuera del texto).

4.3. DEL RETIRO DEL SERVICIO DE LAS FUERZAS MILITARES POR SOLICITUD PROPIA.

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa, el Despacho procede a establecer el marco legal aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de retiro por voluntad propia presentada por el accionante.

En primer lugar, de conformidad con lo señalado en el artículo 216 de la Constitución Política “*La Fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”; con la expedición de la Ley 578 de 2000, el Congreso de la República otorgó facultades al señor Presidente de la República para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

Atribuciones que el ejecutivo ejerció al proferir los **Decretos 1790 de 2000 que contempla el Régimen de Carrera de las Fuerzas Militares**; 1791 de 2000 contentivo del Régimen de carrera de la Policía Nacional, y 1792 de 2000 que consagra el Régimen del personal civil.

En ese sentido, el Decreto 1790 de 2000 en su Título II se ocupó de establecer la Jerarquía, clasificación y escalafón de los miembros de las Fuerzas Militares, preceptuando:

“Artículo 6°. Jerarquía. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES

(...)

3. Fuerza Aérea

a) Oficiales Generales

- 1. General del Aire*
- 2. Teniente General del Aire*
- 3. Mayor General del Aire*
- 4. Brigadier General del Aire*

b) Oficiales Superiores

- 1. Coronel**
- 2. Teniente Coronel*
- 3. Mayor*

c) Oficiales Subalternos

1. Capitán
2. Teniente
3. Subteniente

SUBOFICIALES

(...)

Parágrafo. Los grados y jerarquía de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, se aplicarán también a los Oficiales y Suboficiales del Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada Nacional.

(...)”

Así al actor, en su calidad de Coronel de la Fuerza Aérea, le son aplicables las normas del Decreto 1790 de 2000 que regulan lo pertinente al retiro del servicio, disponiendo 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, 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. 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 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;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.

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

(...)”

Por su parte, el artículo 101 ibídem dispuso que **“Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto.”**

La norma transcrita limitó el derecho de retiro voluntario de las Fuerzas Militares cuando señala que el mismo es viable siempre y cuando las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad del servicio lo permitan.

4.4. HECHOS PROBADOS

Se encuentran demostrados en el proceso con los medios de prueba documentales aportados al plenario, los siguientes:

- Solicitud radicada por el actor el 29 de octubre de 2019, ante el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Aérea Colombiana y el Presidente de la República a fin de obtener el retiro del servicio por voluntad propia con pase temporal a la reserva a partir del 02 de marzo de 2020.
- Oficio de respuesta No. 202012990010953 del 28 de enero de 2020 expedido por el Jefe de Relaciones Laborales de la FAC, informando que de acuerdo a instrucciones del señor General Comandante de la Fuerza Aérea y dado el historial militar y proyección del accionante, se aceptó su retiro a partir del 31 de diciembre de 2020.
- Petición de reconsideración de la fecha de retiro radicada el 04 de febrero de 2020 ante el Comandante de la Fuerza Aérea.
- Oficio remisorio expedido por el Jefe de Potencial Humano de la FAC con la de respuesta No. 202010.970062813 /MDN-COGFM-COFAC- JEMFA-COA-JEM-DIOMO del 17 de febrero de 2020, mediante el cual se tramitó la solicitud anterior.

- Oficio No. S-2020-005106 del 18 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe Potencial Humano, informa al Comandante de Operaciones Aéreas, entre otros aspectos, i) el Cr. Fernández Parra, recibió autonomía de cargo PIL, equipo B 737 el 11 de agosto de 2015, lo que no genera obligatoriedad de permanencia, ii) que con decreto 2175 del 28 de noviembre de 2018 ascendió al grado de coronel con fecha 20 de diciembre de 2018 y, iii) que a pesar del concepto de retiro emitido por Comando para diciembre de 2020, el Oficial puede adelantar su fecha de retiro.

- **Oficio de respuesta No. FAC-S-2020-026677-CI /MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JERLA-DISAT del 15 de abril de 2020, suscrito por el Jefe de Relaciones Laborales, por el cual no modifica fecha de retiro, soportado en la historia militar y proyección en la Institución.**

- Decreto 2175 del 28 de noviembre de 2018, por medio del cual se asciende a unos Oficiales de las Fuerzas Militares, entre otros miembros del **curso No. 69**, hallándose el accionante al grado de coronel.

- Decretos 930 del 30 de mayo de 2019 y 1887 de 18 de octubre de ese mismo año, a través de los cuales se les concede el retiro del servicio a otros Coroneles del **curso No. 69** de la FAC.

4.5. CASO CONCRETO

El señor **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**, considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, confianza legítima, unidad familiar, trabajo, vida digna, buena fe, confianza legítima, libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de la profesión u oficio, por parte de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA**, por cuanto aceptó su retiro de la institución a partir del 31 de diciembre del año en curso y no desde el 02 de marzo de 2020 como lo había solicitado en escrito presentado desde el 29 de octubre de 2019, con fundamento en su historial militar y proyección.

La instancia judicial advierte que en el presente caso la parte accionada y las dependencias vinculadas, no respondieron la acción constitucional de la referencia, por lo tanto, y conforme lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en el presente caso se dará aplicación a la presunción de veracidad y se

tendrán por ciertos los hechos de la demanda, en desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que presiden la tutela.

Descendiendo al caso en concreto y, de acuerdo al material probatorio obrante en el plenario, se tiene que el señor GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA es Oficial en el grado de Coronel de la Fuerza Aérea Colombiana con más de 27 años de servicio, actualmente orgánico de la Subdirección de Transporte de Personalidades – Comando de Operaciones Aéreas; con escrito de fecha 29 de octubre de 2019 manifestó al Comandante de la Fuerza Aérea su deseo de retirarse voluntariamente a partir del 02 de marzo de los corrientes.

El Jefe de Relaciones Laborales de la FAC a través de Oficio No. 202012990010953 del 28 de enero de 2020 le respondió que una vez evaluada su historia militar y la proyección en la institución, el Comando de la Fuerza Aérea había considerado su retiro a partir del 31 de diciembre de 2020, concediéndole 30 días vacaciones entre el 1º al 30 de ese mismo mes y año, a fin de quedar a paz y salvo por ese concepto y hacer entrega formal del cargo o cargos adicionales y ordenando en una nota remitirse a la Circular No. 201912990082483 del 19 de junio de 2019.

Lo anterior conllevó a que el actor por razones de naturaleza personal y familiar con escrito No. 202010970062693 del 04 de febrero de 2020 presentara solicitud de reconsideración de la fecha de retiro ante el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, insistiendo en que este se diera a partir del 02 de marzo de 2020, con el fin de apoyar a su esposa Zoraida Beatriz Lozano León con quien se encuentra casado durante 19 años y por razones operativas para no afectar el alistamiento y la operatividad del equipo B-737 BBJ.

Al respecto, el Jefe Potencial Humano de la entidad accionada con Oficio No. FAC-S-2020-005106-CI / MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JEPHU del 18 de marzo de 2020, refirió que el cargo del accionante no se encuentra sujeto a obligatoriedad de permanencia, así:

“(…)

En referencia a oficio No. 202010970062813 del 17-02-2020 7 MDN-COGFM-COFACJEMFA-COA-JEM-DIOMO, respetuosamente me permito informar al señor Mayor General Comandante Operaciones Aéreas, que la permanencia del señor Coronel GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA con C.C 79685077, se encuentra enmarcada dentro de la normativa vigente en el Decreto 1790 de 2000, Artículo 89, Parágrafo 2º “Quienes sean seleccionados para adelantar curso de piloto o técnico de aeronaves están obligados a prestar sus servicios dentro del arma o especialidad por un tiempo equivalente al triple de la duración

del curso realizado. Tal prestación en ningún caso será inferior a tres (3) años. Para el efecto, no se tendrán en cuenta los cursos mandatorios para mantener vigente la autonomía”.

Lo anterior, teniendo en cuenta, que el señor Oficial recibió autonomía de cargo PIL en el equipo B-737 el 11 de Agosto del 2015, lo cual no le genera obligatoriedad de permanencia.

Por otra parte, de acuerdo al Decreto 2175 del 28/11/2018, el señor Oficial ascendió al grado de Coronel con fecha 20/12/2018.

Por esta razón, esta Jefatura mediante Oficio No. 201912670657263 del 27-11-2019 /MDNCOGFM-COFAC-JEMFA-COP-JEPHU-DIPRO-SUPMO, siguiendo las políticas de COFAC, **emitió el Concepto de retiro del señor Oficial para diciembre de 2020. Sin embargo el Oficial puede solicitar a COFAC el adelanto de su fecha de retiro...**” (Subrayas y negrillas extra texto).

Por su parte, el Jefe Relaciones Laborales (E) de la FAC con Oficio No FAC-S-2020-026677-CI del 15 de abril de 2020 / MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JERLADISAT, respondió:

“(…)

En referencia al oficio No. FAC-S-2020-013768-CI del 19 de marzo de 2020, en mi calidad de Jefe Relaciones Laborales, me permito informarle que:

El Comando de la Fuerza, una vez evaluado su historial militar y la proyección en la Institución, no se considera viable modificar la fecha autorizada previamente, por lo tanto se mantiene la fecha informada mediante oficio No. 202012990010953 del 28-01-2020 / MDN-COGFMCOFAC-COP-JERLA-DIPER-SUMIL-AOFSUB (31-DICIEMBRE-2020). (resaltado por el despacho).

NOTA: Favor remitirse a la circular No. 201912990082483 del 19-06-2019/MDN-COGFMCOFAC-JEMFA-COP-JERLA-DIPER-SUMIL-AOFSUB, que trata de las recomendaciones para el trámite de retiro del servicio activo. Así mismo, deberá presentarse ante la oficina de Personal respectiva para efectuar notificación del presente documento...”

Analizado la normatividad que regenta el sistema de retiro por solicitud propia de las fuerzas militares y del material probatorio aportado a la acción constitucional, esta Agencia Judicial considera que la Fuerza Aérea Colombiana, vulneró los derechos fundamentales invocados en la demanda, en la medida en que esta entidad al resolver la solicitud de desvinculación del actor y, establecer una fecha de retiro distinta a la señalada por el oficial, se limitó a fundamentar la decisión en aspectos personales y subjetivos como son el historial militar o trayectoria y proyección en la institución del señor Coronel GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA, más no en circunstancias de seguridad nacional o situaciones especiales del servicio a juicio de la autoridad competente, a pesar del análisis realizado por el Jefe Potencial Humano quien indica que la presencia del funcionario no resulta obligatoria al interior de la fuerza dada la autonomía de cargo PIL en el equipo B-737 el 11 de Agosto del 2015, y que en consecuencia, podía solicitar a COFAC el adelanto de su fecha de retiro.

Lo anterior tiene asidero entre otras en la Sentencia T-1218 de 2003, en la cual a renglón seguido la Corte Constitucional precisó que:

“(…)

La no aceptación del retiro inmediato del miembro de las Fuerzas Militares que lo solicita, bien sea por razones de seguridad y defensa nacional, por la necesidad del servicio o por cualquier otra causa que lo justifique, deberá acreditarse de manera cierta por quien la invoca. Ello significa imponer una carga argumentativa y probatoria a la autoridad castrense, que se explica al menos por dos razones: en primer lugar, porque tratándose de la restricción de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares es apenas razonable exigir una correspondencia entre los fundamentos invocados y la realidad; y en segundo lugar, porque es la institución quien efectivamente dispone de la información suficiente para dar cuenta de los motivos que aduce cuando impide el retiro de sus miembros...”

En ese sentido, exigirle al accionante la permanencia injustificada al interior de las filas en contra de su voluntad, constituye una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio, lo cual se materializa en el hecho de obligar a las personas a permanecer durante un periodo en el servicio activo, en contra de su voluntad, y menos aduciendo aspectos no autorizados en la ley, lo que a toda luces, se traduce en una actuación desproporcionada y arbitraria por parte de la fuerza militar.

Así las cosas, de la actitud adoptada por la entidad accionada se observa una falta de relación entre la necesidad de mantener vinculado al accionante en su cargo militar y las razones de seguridad nacional o condiciones especiales del servicio que impone el ordenamiento (Decreto 1790 de 2000) y, que sería el único fundamento para limitar el ejercicio de garantías fundamentales; sin embargo, esta no es la situación que aduce y acredita la administración, para extender la prestación del servicio del accionante hasta finales de este año, por lo que, tal actuación se torna inconstitucional; lo cual conlleva a su vez atentar contra el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a la igualdad, en atención a que los Oficios que negaron su retiro en la fecha peticionada no contienen una exposición clara y detallada de los motivos que dieron lugar a ello, ni se soporta en los parámetros señalados en la ley, aunado a que en otras oportunidades han aceptado la misma petición a sus compañeros e integrantes del curso No. 69 de Oficiales de la Fuerza Aérea, a quienes se les aceptó el retiro por solicitud propia, a través de los Decretos 930 del 30 de mayo de 2019 y 1887 del 18 de octubre del mismo año, quienes al igual que el actor, ascendieron al grado de Coronel mediante Decreto 2175 del 28 de noviembre de 2018.

En consecuencia, éste Despacho ordenará a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las gestiones necesarias para autorizar de manera inmediata el retiro del servicio activo por la causal solicitud propia, al Oficial Coronel Germán Mauricio Fernández Parra, solicitado desde el 19 de octubre de 2019.

Finalmente y, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y al trabajo, así como la confianza legítima y unidad familiar, se denegarán en razón a que no se acreditó dentro del plenario la afectación de los mismos. En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONCEDER la tutela por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio del señor **GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**, identificado con la C.C. No. 79.685.077 de Bogotá, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, que dentro de un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las gestiones necesarias para autorizar de manera inmediata el retiro del servicio activo por la causal solicitud propia al Oficial **Coronel GERMÁN MAURICIO FERNÁNDEZ PARRA**, identificado con la C.C. No. 79.685.077 de Bogotá, solicitado desde el 19 de octubre de 2019.

TERCERO: Denegar la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y al trabajo, así como la confianza legítima y unidad familiar, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a la entidad accionada, a las dependencias o jefaturas vinculadas, al accionante y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez