



**ARJUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2016-00605-00
Demandante: JAIRO ALEXANDER GARCÍA CAMARGO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – Reajuste Salarial del 20%

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Jairo Alexander García Camargo en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Jairo Alexander García Camargo, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del Oficio No. 20165660351051 del 24 de marzo de 2016 proferido por la entidad accionada en el cual se negó el reajuste salarial del 20% a partir del 1º de noviembre de 2003.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a:

1. Reconocer y pagar el reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 1º de noviembre de 2003, así como el reajuste de sus cesantías con base en lo señalado en el Decreto 1794 del 2000.
2. Condenar a la demandada al pago del valor que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de salario mensual desde noviembre de 2003 hasta la fecha, conforme lo establece el artículo 187 del CPACA y el artículo 280 del CGP.

3. Finalmente, solicitó se condene al pago de intereses moratorios, gastos y costas procesales establecidos en los artículos 182 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como supuestos fácticos que soportan sus pretensiones expuso en síntesis que (fls.15-16):

1. El señor Jairo Alexander García Camargo ingresó a las filas del Ejército Nacional como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y a partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa fue promovido a soldado profesional.
2. Durante el periodo en el cual fue soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, el cual le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.
3. A partir del 1° de noviembre de dicha anualidad, después de obtener el status de soldado profesional, la entidad accionada dejó de pagarle una asignación mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%, para cancelarle sólo un incremento del 40%.
4. El Comando del Ejército Nacional anualmente le liquidó el auxilio de cesantías al sujeto activo conforme a la asignación básica de un salario mínimo más un 40% del mismo salario.
5. El 8 de marzo de 2016, el actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la accionada con el fin de que se reajustara y reliquidara su asignación mensual tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% junto con la reliquidación del auxilio de cesantías.
6. El 24 de marzo de 2016, la entidad dio respuesta al anterior escrito de forma negativa por medio del Oficio No. 20165660351051.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, en los expedientes del epígrafe se cita el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Señaló el apoderado del accionante que se debe reajustar la asignación mensual de su representado, teniendo en cuenta el incremento del 60% sobre el salario mínimo y no sobre un 40% como erróneamente lo realiza la demandada.

Lo anterior con fundamento en los derechos adquiridos por cuanto la situación laboral obtenida por su representado cuando ostentaba el grado de soldado voluntario, no puede ser desconocida, ni desmejorada por la accionada bajo el status de soldado profesional al no reconocerse el incremento del salario base al 60% y al no tenerse en cuenta dicho valor para la liquidación de su asignación básica mensual y el auxilio de cesantías.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 55 a 59).

La apoderada del extremo pasivo, se opuso a las pretensiones del demandante argumentando que no tiene derecho al reajuste reclamado puesto que, al aceptar incorporarse como soldado profesional se sometió de manera íntegra el régimen estatuido en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º señala que quienes se vinculen a las Fuerzas Militares como tal, devengarán una asignación salarial equivalente al mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

De igual forma, señaló que dicho Decreto en cuanto al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, resulta ser más beneficioso que el contemplado para los soldados voluntarios en la Ley 131 de 1985.

Por ello, propuso las excepciones de *“Legalidad del acto definitivo demandado, carencia del derecho e inexistencia de la obligación de la demandada y prescripción de derechos laborales”*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a las excepciones denominadas *“LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO, CARENCIA DEL DERECHO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA”* encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto,

circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Mediante providencia del 27 de noviembre de 2017, el Juzgado corrió traslado a las partes procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl.84).

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito radicado el 30 de noviembre de 2017 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá (fls. 86 a 90) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Por su parte, el actor presentó sus alegatos de conclusión el 11 de diciembre de 2017 (fls.91 a 96), en los cuales solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no rindió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 31 de agosto de 2017 (fls. 69 a 74), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

-¿Le asiste derecho a la parte actora al reajuste salarial del 20%, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario percibido como soldado profesional, junto con la correspondiente reliquidación del auxilio de cesantías según los términos de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?

2. ACERVO PROBATORIO: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

- 2.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 8 de marzo de 2016, mediante el cual la parte actora solicitó el reajuste y pago del 20 % salarial y la reliquidación del auxilio de cesantías de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000 (Fls.2-5).
- 2.2. Oficio N° 20165660351051 del 24 de marzo de 2016, a través del cual la entidad demandada, dio respuesta negativa a la anterior petición (Fl.6).
- 2.3. Certificado proferido por la entidad accionada en la cual se observa los tiempos de servicio prestados por el sujeto activo (Fls.78 a 79).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para dar respuesta a la fijación del litigio, es preciso hacer referencia al régimen salarial y prestacional especial que la Constitución Política ha consagrado para los miembros de la Fuerza Pública, para luego analizar las disposiciones normativas aplicables de dicho régimen a los soldados profesionales y voluntarios del Ejército Nacional.

Así pues, el constituyente de 1991, estableció un régimen especial para los miembros de la fuerza pública al referirse en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 de la Constitución Política sobre su sistema salarial, prestacional, organizacional y de carrera.

Las mencionadas disposiciones consagran:

“Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

e) *Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública;*

Artículo 217. *La ley determinará si 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.”*

En desarrollo de la anterior disposición el Congreso de la Republica a través de la ley 4ª de 1992 fijó las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe atender para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública y establecer las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Así mismo, La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en el artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas.

Además, señalo en el artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la ley carecería de efecto.

Ahora bien, en tratándose del régimen salarial, prestacional y organizacional de los soldados voluntarios la Ley 131 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", en sus artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º estableció:

"ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

PARÁGRAFO 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

ARTÍCULO 3o. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente,

incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 6o. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. (...)

De conformidad con la anterior, se advierte, que los soldados voluntarios tienen derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar, así como a una bonificación por navidad y por una sola vez, se les reconoce al momento del retiro del servicio, una suma que equivale a una bonificación mensual por cada año de servicio prestados y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Posteriormente, se expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 "Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de Policía Nacional", que en su artículo primero señaló:

"ARTICULO 1o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"

Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 *"Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, que en el parágrafo del artículo 5º parágrafo señala:

"PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Igualmente en el artículo 38 del citado Decreto se señaló:

"ARTÍCULO 38. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos".

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 *"Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

"ARTICULO 1. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."
(Negritas fuera del texto original)

De la norma antes transcrita se evidencia que la misma estableció una excepción respecto de la asignación salarial de los soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados como voluntarios según la Ley 131 de 1985, la cual les permite devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el cual dista del 40% establecido para los soldados profesionales que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

Criterio expuesto por el Consejo de Estado, en la Sentencia del 6 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve en el cual se expuso: ¹

¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado interno (3583-13)

"Bajo este supuesto, las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985."

Criterio que fue reiterado por el Consejo de Estado – Sección Segunda en Sala Plena, en sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en cual se dijo:

"(...) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

*De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60% (...)."*²

CASO CONCRETO

El demandante, solicita se le reajuste su asignación mensual de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el incremento del 60% de un salario mínimo, y no un 40% como lo viene haciendo la entidad accionada.

Ahora bien, de la certificación expedida por la entidad accionada (fls.101 y 103), se puede observar que el actor a la fecha se encuentra en servicio activo.

En ella misma, se pueden extraer los siguientes periodos prestados por el demandante al Ejército Nacional:

CONCEPTO	DESDE	HASTA
SOLDADO VOLUNTARIO	09-01-1999 (9 de enero de 1999)	31-10-2003 (31 de octubre de 2003)

² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia del 25 de agosto de 2016, radicado interno (3420-15)

SOLDADO PROFESIONAL	01-11-2003 (1º de noviembre de 2003)	
------------------------	---	--

De lo anterior se colige, que el actor prestó inicialmente sus servicios como soldado voluntario desde el 9 de enero de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003, y actualmente se encuentra en servicio activo bajo el estatus de soldado profesional desde 1º de noviembre de 2003.

Así pues, es claro para este Juzgado que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues de lo obrante en el plenario se determina que se desempeñó inicialmente como Soldado Voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985 y posteriormente como Soldado Profesional bajo la eficacia del Decreto 1794 de 2000, por tal razón y de conformidad con el artículo 1º de dicho Decreto 1794, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales y es así, como se establece que estos deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), por consiguiente, sus condiciones no se podían desmejorar en ningún aspecto, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente en ese momento.

La diferencia porcentual establecida para las asignaciones mensuales de los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los demás soldados profesionales, tiene un contenido de garantía de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos establecidos por la Constitución (Art. 53) y por la Ley 4ª de 1992, que estableció en su artículo 2 literal a), el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, así como la prohibición de desmejorar sus condiciones laborales, al momento de fijar el régimen salarial y prestacional.

En virtud de lo señalado la entidad accionada ha debido dar aplicación a lo previsto en las citadas disposiciones, sin desmejorar las condiciones salariales preexistentes, lo cual no ocurrió de conformidad con lo probado en el proceso, por lo que se afectó igualmente la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que devengaba el accionante.

En consecuencia, al demandante la asiste el derecho a que la entidad le reconozca y pague el 20% del reajuste salarial conforme a lo establecido por el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 del 2000.

Ahora bien, demostrada la existencia del derecho que le asiste a la parte actora, este Juzgado procede a revisar la prescripción aplicable al asunto, de conformidad con lo señalado por el apoderado de la entidad accionada en la contestación de la demanda.

Así pues, durante la fecha en la cual se causó el derecho a favor del accionante la norma vigente que se encontraba rigiendo en términos de prescripción era el Decreto 1211 de 1990 que en su artículo 174 señala:

“Artículo 174. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

A través del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional modificó el anterior término prescriptivo, disminuyéndolo a tres años.

Sin embargo, en dicha Decreto no se habló nada de las situaciones jurídicas consolidadas antes de su entrada en vigencia, motivo por el cual, el término prescriptivo de tres años solo es aplicable a los acontecimientos que sucedieron partir del 2004 en aplicación del principio general de la irretroactividad de la ley.

Así pues, en el presente asunto la prescripción a aplicar es la cuatrienal en concordancia con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 antes transcrito.

En ese orden de ideas, la parte actora elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 8 de marzo de 2016 (fl.5), es decir a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción por un lapso de cuatro años, lo que significa que las mesadas que serán objeto del reajuste a que haya lugar son las causadas a partir del 8 de marzo de 2012, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

Las diferencias resultantes, serán indexadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con INDEXACIÓN al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes por cada derecho a que tuviere lugar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Aunado a lo anterior, se reitera que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las asignación posteriores, claro está, hasta la fecha en que se efectúe el reajuste aquí ordenando.

Se aclara que se ordenará el pago de las sumas actualizadas conforme a los índices de inflación, certificados por el DANE, revalorizando su cuantía; advirtiéndose que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en concordancia con el artículo 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del *sub-examine*.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. 20165660351051 del 24 de marzo de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de Restablecimiento del Derecho condenar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reconocer y pagar al señor JAIRO ALEXANDER GARCÍA CAMARGO identificado con cedula de ciudadanía N° 413.546 de Tibacuy, la diferencia del 20% entre la asignación mensual que se ha venido pagando por dicho concepto en un 40% hasta obtener el reconocimiento equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), lo anterior a partir del 8 de marzo de 2012 y hasta la fecha efectiva en que la accionada realice el reajuste aquí reconocido con la consecuente reliquidación y pago de todos los derechos laborales causados durante el mismo periodo.

TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al reajuste de los pagos que se hubieren afectado por la no inclusión del reajuste ordenado, y demás emolumentos que tenga derecho conforme la norma, según lo expuesto.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la siguiente fórmula señalada para tales casos por el Consejo de Estado, la que tiene por objeto traer a valor presente lo adeudado:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

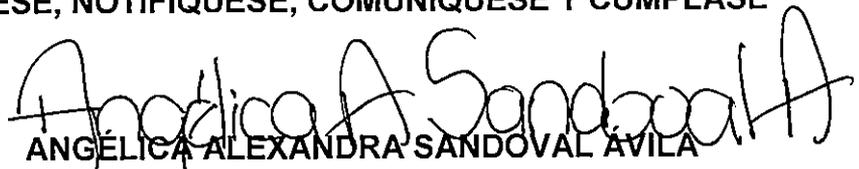
Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes por cada derecho a que tuviere lugar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

SEXTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la Parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público, y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 25 de enero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>004</u></p> <p> DIEGO E. PULIDO MOLANO Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00341-00
Demandante: JUAN PABLO ALDANA PATIÑO
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia
de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Juan Pablo Aldana Patiño en contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Juan Pablo Aldana Patiño, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 07 del 21 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares recomendó el retiro del servicio activo del actor de manera discrecional.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015, a través de la cual el Comité de Evaluación recomendó el retiro del actor por razones del servicio y en forma temporal con pase a la reserva.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015, por la cual el Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional de manera discrecional decidió retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva al actor.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional:

Reintegrar y reincorporar al demandante en el Ejército Nacional al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría con funciones afines a las que desempeñaba.

Reconocer y pagar a favor del demandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el retiro hasta la fecha en que se haga el reintegro, teniendo en cuenta para el efecto los aumentos que se hayan decretado con posterioridad a la desvinculación.

Declarar que no hubo solución de continuidad en el servicio prestado al Ejército Nacional.

Actualizar la condena atendiendo lo previsto en el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en los artículos 189 y 192 ibidem.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 73 y 74):

El señor Aldana se graduó como subteniente del Ejército Nacional el 2º de junio de 2002, destinado a prestar sus servicios en el Batallón de Baraya por año y medio, desempeñándose de manera exitosa en el proyecto de ingenieros militares.

La entidad trasladó al actor al Batallón de Contraguerrillas No. 49 con sede en Arauca en el mes de diciembre de 2003, tiempo de prestación de servicios en el que por un hecho de un miembro armado del ELN se sancionó con represión simple.

El actor fue trasladado al Batallón de Ingenieros ubicado en la ciudad de Palmira (Valle) en el mes de diciembre de 2005, lugar en donde a los seis meses de prestación de servicios, esto es, el 1º de junio de 2016.

En junio del 2007 fue trasladado a la Brigada Móvil 20, orgánica del Batallón de Contraguerrillas No. 120, siendo agregado a fundar la Brigada de Selva No. 22.

En diciembre del 2007, fue trasladado al Departamento del Guaviare desempeñándose como Comandante de Compañía agregada al Batallón Joaquín París sobre el sector de la trocha ganadera, a unos 70 kilómetros de San José del Guaviare.

En el año 2008 le concedieron 50 días de permiso contados a partir del mes de noviembre hasta enero del 2009, por ser la unidad con mayores resultados en la Brigada de Selva No. 22.

En mayo de 2009 se iniciaron investigaciones a todo el personal de la Brigada de Selva No. 22 por presuntos nexos con los paramilitares, tiempo en el cual el teniente suspendió el mando y funciones al cabo tercero de apellido Silva por razones de seguridad, quien presentaba problemas psicológicos.

La entidad trasladó al demandante al Batallón de Ingenieros Albán de la ciudad de Villavicencio en el mes de junio de 2009, prestando sus servicios por un periodo de 6 meses, esto es, hasta el mes de diciembre del mismo año, en consideración al curso de ascenso para el grado de capitán.

La entidad asignó al señor General Jorge Eliecer Suarez Ortiz como comandante del Batallón Albán, quien inició investigación de todas las unidades de la Brigada Selva No. 22, con base en un informe que le pasó el cabo tercero de apellido Silva, situación por la cual solicitó que se adelantaran dos informativos disciplinarios en contra del señor Aldana.

Para el mes de enero de 2010, el actor se encontraba en curso de ascenso al grado de Capitán, no obstante, por motivos de los dos disciplinarios que cursaban en su contra no fue ascendido el 1º de junio de 2010.

Una vez finalizado el curso de ascenso en junio de 2010, la entidad trasladó al demandante nuevamente al Batallón Albán de Villavicencio, desempeñándose como oficial S4.

Los procesos disciplinarios que cursaban en contra del actor fueron cerrados, puesto que se soportaban en rumores y suposiciones, razón por la cual, el señor Aldana fue ascendido en el mes de diciembre de 2010.

En diciembre de 2011, sin que hubiera mediado solicitud alguna por parte del actor se ordenó su traslado a la Brigada Móvil No. 11 del Batallón de Contraaguerrillas No. 79, en la que permaneció por espacio de 2 años.

Por su buen desempeño laboral y permanencia en las 3 unidades de combate de las zonas a las que fue asignado con la Brigada referida, el comando del Ejército Nacional lo designó en el plan de relevos como Comandante del Distrito Militar No. 15 de Valledupar, al cual llegó el 18 de diciembre de 2013.

No obstante lo anterior, por orden del Comandante de la Segunda Zona de Reclutamiento no recibió el Distrito Militar No. 15 y en su lugar, sin que mediara acto administrativo se modificó su traslado al Distrito Militar No. 12 de Santa Marta, en el que se estaban presentando problemas de corrupción entre los suboficiales y el Comandante del Distrito, quien fue trasladado al Distrito No. 15.

Para la fecha en que se modificó el traslado al Distrito No. 12 de Santa Marta, el jefe de reclutamiento es el general Jorge Eliecer Suarez Ortiz.

El Capitán Aldana empezó a prestar sus servicios en el Distrito No. 15, según el apoderado de la parte actora a partir del 16 de enero de 2015.

En la hoja de vida del Capitán Aldana Patiño se encuentran registradas las felicitaciones, con lo que se demuestra el interés, preocupación y proactividad por el servicio y las funciones asignadas al actor, contrariando el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares que lo catalogó como negligente y omisivo en el cumplimiento de sus funciones, circunstancia que conllevó a recomendar el retiro del servicio activo del Ejército Nacional al actor.

Los señores Agustín Cuesta Perea y Ovidio Artunduaga López, eran los suboficiales encargados de expedir las libretas militares en el Distrito Militar No. 12, quienes fueron trasladados en el primer semestre del año 2014.

En el mes de mayo de 2014, el Capitán Aldana se percató de 5 libretas militares expedidas a personas que no habían prestado su servicio militar, motivo que conllevó a informar el hecho a la Dirección de Reclutamiento, quienes al investigar encontraron adicionalmente 200 libretas expedidas a personas que no prestaron el servicio militar.

El Mayor General Jorge Eliecer Suarez Ortiz en el mes de noviembre de 2014, impuso al actor medalla de "FE EN LA CAUSA", teniendo en cuenta que fue el mejor Distrito Militar al cumplir con las cuotas fijadas.

En enero del 2015, el señor Aldana recibió la orden de regresar al Distrito Militar No. 15 con sede en la ciudad de Valledupar y en el mes de mayo de 2015, se ordenó abrir investigación en su contra con ocasión a las libretas de primera que fueron expedidas de manera irregular en el Distrito Militar No. 12 de Santa Marta.

Los sargentos responsables de expedir las libretas se retiraron del servicio activo por tener derecho a la pensión, situación que dejó al Capitán Aldana como único responsable.

Mediante Oficio No. 010 del 10 de mayo de 2015, se informa al Brigadier General Jorge Eliecer Suárez Ortiz que inició auditoria al sistema de reclutamiento del Distrito Militar No. 12, sin que se indique el periodo de tiempo que comprende la misma.

En el año 2015, se trasladó al Capitán Aldana a la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional ubicada en Bogotá.

El 14 de octubre de 2015, se le notificó al actor de manera personal la Resolución por medio de la cual la entidad lo retira del servicio de manera discrecional.

En la hoja de servicios registra 68 felicitaciones por diferentes actuaciones en la prestación de sus servicios a la entidad demandada, otorgadas durante toda su carrera profesional.

En el mes de enero de 2014, se utilizó el nombre del señor Jairo Pabón Pedraza para hacer una falsa denuncia en la Revista Semana en contra del Capitán Aldana, relatando su vida militar y las unidades en las que laboró, información que solo reposa en la base de datos del Ejército Nacional.

El actor a la fecha de retiro del servicio por facultad discrecional devengaba la suma de \$1.853.884.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 42, 90, 121, 122, 123, y 229 de la Constitución Política, artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo.

Señaló que la entidad demandada con la expedición de los actos acusados vulneró los derechos al debido proceso, defensa, presunción de inocencia, in dubio pro disciplinado y contradicción probatoria, motivo por el cual están viciadas de nulidad, toda vez que la decisión no tenía la finalidad de buscar el interés general, mejorar el servicio, garantizar la disciplina institucional o cumplir eficiente y eficazmente la función militar.

Finalmente, afirma que en asunto de la referencia concurren los cargos de falsa motivación y desviación de poder, al desconocerse de manera sospechosa la realidad de las pruebas, faltando de esta manera a la moralidad, imparcialidad e igualdad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 107 a 115).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa tiene la facultad de retirar del servicio al personal sin que medie explicación de los móviles, en ejercicio constitucional y legal del servicio público a su cargo, por lo tanto goza de presunción de legalidad.

Adujo que en el caso concreto la decisión se tomó bajo la facultad discrecional por voluntad del Comando General y por razones del servicio que se encuentran justificadas.

Respecto del cargo de desviación de poder, manifestó que corresponde a la parte actora demostrar que la desvinculación del actor se efectuó por razones diferentes del buen servicio.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *“El retiro por facultad discrecional del artículo 104 del decreto 1790 de 2000, es un acto legal.”*, al señalar que el acto administrativo se expidió en ejercicio de la facultad discrecional por razones del buen servicio; (ii) *“El buen servicio, no genera fuero de estabilidad en el empleo es un deber contractual”*, en consideración a que el hecho de que el actor tenga una excelente hoja de vida, cumpla con sus deberes y su conducta sea buena, no quiere decir que la entidad no lo pueda remover de su cargo; (iii) *“Legalidad del acto acusado”*, al precisar que la resolución atacada se expidió con base en la legislación vigente y (iv) *“El acto administrativo contenido en la Resolución 9018 del 05 de octubre de 2015 fue expedido por funcionario competente”*, es decir, por el Comandante del Ejército Nacional en uso de sus facultades legales.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 30 de octubre de 2017 (Fl. 276), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, las partes demandante y demandada presentaron escrito de alegatos el 14 de noviembre y el 15 de noviembre de 2017, respectivamente (Fls. 278-304 y 324-326).

El apoderado de la parte actora, en síntesis adujo que la entidad demanda con la expedición de los actos acusados vulneraron el principio de legalidad, de presunción de certeza de las que están investidos y los derechos a la moralidad, imparcialidad e igualdad, en consideración a que desconocieron sospechosamente la realidad de las pruebas, causando de esta manera un daño antijurídico al actor, que rompe el equilibrio de las cargas públicas que no está en el deber jurídico de soportar.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, precisando además que la entidad que representa acató la disposición contenida en el artículo 104 de la Ley 1790 de 2000, esto es, que el retiro del servicio activo del demandante se efectuó previa recomendación del Comité Evaluador o de la Junta Asesora.

De otro lado, indicó que la decisión proferida por la demandada cumple con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad exigidos para esta clase de retiros, con lo cual se persigue el mejoramiento del servicio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 18 de mayo de 2017 (Fls. 149 a 154), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

1. ¿Hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015 y las Actas Nos. 7 del 21 de julio de 2015 y 678 del 20 de mayo del 2015 por haber sido expedidas con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación y desviación de poder?
2. De resultar afirmativa la respuesta al anterior interrogante, ¿Le asiste derecho a la parte actora a que sea reintegrado al servicio activo?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Gabriela Aldana Aldana, hija del actor (Fl. 52).

2.2. Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Isabella Aldana Aldana, hija del actor (Fl. 53).

2.3. Copia simple de auto de apertura de la investigación disciplinaria en contra del actor en la Cuarta División –Vigésima Segunda Brigada de Selva del Ejército Nacional de fecha 18 de enero de 2010 (Fls.9-10).

2.4. Copia simple del extracto de hoja de vida del actor, en la que se relaciona el registro de actuaciones y desempeños significativos, las evaluaciones y clasificaciones, evaluación mensual, funciones y concertación de objetivos de los años 2013, 2014 y 2015 (Fls. 20-44).

2.5. Copia simple hecha en la revista semana presuntamente por el señor Jairo Pabón Pedraza (Fls. 45-47).

2.6. Copia simple de los comprobantes de nómina del actor correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre del 2015 (Fls. 48-50).

2.7. Copia simple del Oficio No. 010 del 10 de mayo de 2015, mediante el cual el Teniente Coronel de la Oficina de Control Interno de Reclutamiento y control de reservas informó al Brigadier General del Ejército Nacional que de acuerdo a auditoría realizada en el Distrito Militar No. 12 de la segunda Zona de Reclutamiento, que 238 ciudadanos no prestaron el servicio militar en la Institución (Fls. 11-12).

2.8. Copia simple del extracto de la Hoja de Servicios del actor en la que se relacionan sus datos personales, su perfil profesional, su información general, las condecoraciones y felicitaciones impresa el 1º de diciembre de 2015 (Fls. 13-18).

2.9. Copia simple de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 5 de febrero de 2016, por medio del cual solicitó las copias de las Actas Nos. 678 del 20 de mayo de 2015 y 07 del 21 de julio de 2015 (Fls. 54-55).

2.10. Oficio No. 20165530314191 del 15 de marzo de 2016, mediante el cual el Subdirector de Personal del Ejército Nacional allegó al actor las documentales requeridas (Fl. 56).

2.11. Copia simple del Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del Decreto Ley 1790 del 2000 recomendó por razones del servicio y en forma temporal con pase a la reserva el retiro del servicio activo del actor (Fls. 57 a 60).

2.12. Copia simple del Acta No. 07 del 21 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares por unanimidad recomendó el retiro discrecional del servicio activo del demandante (Fls. 61-66).

2.13. Copia simple de la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva “*Por retiro discrecional*” al capitán Aldana, con su respectiva constancia de notificación personal (Fls. 3-8).

2.14. Copia simple de la certificación expedida por la Jefatura de Educación y Doctrina Centro de Educación Militar Escuela de las Armas y Servicios en la que se indican las asignaturas y calificaciones requeridas para la aprobación del curso Comando (Fl. 87).

2.15. Constanza de conciliación adelantada ante la Procuraduría 10ª Judicial II Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 89-90).

2.16. Copia simple del Oficio No. 20173800430932 del 17 de marzo de 2017, mediante el cual se informa al señor Aldana que la investigación que cursa en su contra será remitida al Comando de la Zona de Reclutamiento para que continúe con el trámite (Fl. 169).

2.17. Copia simple de la Orden Administrativa de Personal de la Jefatura de Desarrollo Humano No. 2128 del 14 de noviembre de 2013, mediante la cual se traslada al actor a la Brigada Móvil No. 11 del Ejército Nacional (Fls. 177-178).

2.18. Copia simple de los antecedentes administrativos del actor (Fls. 180 -254).

2.19. Copia simple del expediente prestacional del actor (Fls. 260-271).

- INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaración rendida el 21 de junio de 2017, por el señor Juan Pablo Aldana Patiño (Fls. 159 -161), la cual se encuentra en medio magnético a folio 164 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que reguló el retiro del servicio del actor a la fecha de expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 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”*, que en su artículo 2º dispuso:

“(…) Por medio del presente Decreto se regula el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”

Para proceder al retiro se debe acatar la disposición contenida en el artículo 99 del mismo Decreto, que discurrió:

“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.”
(Negrillas fuera del texto).

A su vez, el mentado Decreto en su artículo 100, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, señaló las causales de retiro de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 24. El artículo 100 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así:
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 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;

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. (Negrillas fuera de texto).

Respecto al retiro discrecional el artículo 104 ibídem, discurrió:

"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 regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto"¹

De lo anterior se colige, que el retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, entre otras causales se hará de manera discrecional por decreto del Gobierno y de los suboficiales por voluntad del Ministro de

¹. Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179-06 de 8 de marzo de 2006, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

Defensa, del Comandante General o Comandantes de Fuerza a través de resolución, quienes por razones del buen servicio y en forma discrecional pueden establecer la desvinculación del servicio activo del miembro de la entidad en cualquier momento, previa recomendación del Comité de Evaluación y en el caso de los oficiales previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

El artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006, bajo las consideraciones que pasan a citarse:

"(...) Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables. (...)

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que pueda ser ejercida la potestad discrecional. (...)"

- **De la facultad discrecional.**

Respecto al retiro por facultad discrecional, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la

Consejera Bertha Lucia Ramírez de Paez, en sentencia del 3 de noviembre de 2011, expediente con radicado número: 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09), actor: José Guillermo Medina Vargas, demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al resolver un recurso de apelación, discurrió:

(...)

Las normas y jurisprudencia transcritas describen el procedimiento y los requisitos exigidos para retirar del servicio a Oficiales del Ejército Nacional, como el actor, a través de la causal de retiro discrecional, en cuanto a que deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Ahora bien, la situación legalmente denominada "retiro discrecional" aplicada a los Oficiales y Suboficiales, es propia de una facultad que compete ejercer previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, el cual no es vinculante ni obligatorio, pues si lo fuera se desplazaría dicha facultad a tal Organismo Asesor.

(...)

Así las cosas, el retiro absoluto del servicio activo del actor, por Voluntad del Comandante del Ejército, contó con el Concepto Previo del Comité de Evaluación, conforme a las disposiciones pertinentes.

De conformidad con la providencia en cita la facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.

La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación con los servidores del Ejército Nacional, que por la naturaleza de sus funciones, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

(...)"

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca² adujo *"que la regla y medida de la discrecionalidad como instrumento para el retiro del servicio es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados."*

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección F, con ponencia de la Magistrada Patricia Salamanca Gallo, en providencia del 30 de junio de 2016, expediente No. 110013331709200900189-01, demandante: Elkin Alberto Esteban Castro, demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite al Gobierno Nacional a través de decreto retirar del servicio activo a los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío; y al Ministerio de Defensa, Comandante General o Comandante de Fuerza, retirar del servicio activo a los suboficiales a través de resolución.

Tal potestad jurídica se debe basar en las circunstancias particulares del caso, las cuales deben ser suficientes para establecer que el funcionario no es apto para continuar en ejercicio de la función pública, pues su finalidad es el mejoramiento del servicio, en pro de la misión constitucional y legal que implica el servicio público de la autoridad administrativa.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad no se puede ejecutar de manera ilimitada, toda vez, que de conformidad al artículo 44 del CPACA *“debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Respecto de la finalidad y límites de la discrecionalidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección E de Descongestión, con ponencia del Magistrado Jorge Hernán Sánchez Felizzola, expediente No. 11001-33-31-024-2008-00266-01, Demandante: Deiby Yesit Palacio, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en sentencia del 24 de noviembre de 2011, adujo:

(...)

La facultad discrecional de retiro que aquí se cuestiona debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios; todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.

(...)

Por lo expuesto anteriormente, para la Sala, es claro, entonces que la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función

pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.

De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como es caso de la Fuerza pública, el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.

(...)"

Del precedente jurisprudencial, se extrae que la decisión de retiro por voluntad de la administración se debe fundar en razones objetivas, proporcionales y razonables, que tienen como finalidad el mejoramiento del servicio.

Ahora bien, con anterioridad la Corte Constitucional en sentencia C- 525 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al resolver la exequibilidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995 precisó los alcances de los conceptos "discrecionalidad" y "razones del servicio", así:

(...)

De esta manera, cuando se produce un retiro discrecional, por razones del servicio, el mismo "debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general" y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer "a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes", sino que ha de quedar "consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder"[68].

(...)

De la misma manera, en control concreto, esta Corte ha establecido de forma reiterada[70] que existe un deber de motivación por parte de la Fuerza Pública, cuando hace uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. Específicamente, sobre el retiro de integrantes del Ejército Nacional, se pueden mencionar los siguientes precedentes:

19.1. *En la sentencia T-456 de 2009, la Sala Tercera de Revisión[71] determinó que el retiro de un funcionario del Ejército Nacional, debe atender a una justificación razonable, por lo tanto, debe estar sustentada en la evaluación de su hoja o folio de vida.*

19.2. *En las sentencias T-1173 de 2008[72] y T-638 de 2012[73], las Salas Tercera y Novena de Revisión, determinaron que los retiros discrecionales sólo se consideraban respetuosos del debido proceso y de la Constitución cuando lograran garantizar: "(i) la existencia de razones que guardaran relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii)*

que esas razones sean plasmadas, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el acta del Comité de Evaluación; (iii) en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe respetar lo ordenado en la ley respecto de la obligación de que exista una recomendación previa al retiro; (iv) dicha recomendación la emite un Comité en el cual se le debe garantizar al peticionario el derecho a ser oído y (v) la decisión debe ser notificada en la forma prescrita por la ley al afectado."

A juicio de las Salas, el ejercicio de la potestad de desvinculación discrecional omitiendo la motivación del acto, no es consecuente con lo decidido en la sentencia C-179 de 2006, teniendo en cuenta que en ella quedó establecido que dicha facultad no podía ejercerse sin la estricta observancia del debido proceso, lo cual implicaba la motivación del acto.

(...)

De lo expuesto, se puede concluir que, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han construido unos límites al ejercicio de la competencia discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública, representados en la legalidad y en la salvaguarda del debido proceso.

(...)"

De conformidad con la providencia en cita, la facultad discrecional debe ser ejercida en estricta observancia del debido proceso, lo cual implica que: la decisión de retiro se base en razones que atañen a la finalidad y funciones de la entidad; las cuales deben estar consagradas en el acto de desvinculación o en el acta del Comité; debe existir una recomendación previa del retiro; la mentada recomendación debe ser por parte de un Comité Evaluador que debe velar para que se respete al afectado su derecho a ser oído y que al afectado se le notifique en debida forma.

Con posterioridad, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-288 del 14 de mayo de 2015, estudió nuevamente la discrecionalidad del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública, al indicar:

"(...)

Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros.

(...)

Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional,

concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:

8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

8.2. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

8.3. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

8.4. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional (...). No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

8.5. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

8.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservarán tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

8.7. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal específica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.

A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional (...)."

Así las cosas, desde el punto constitucional el acto de retiro del servicio debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración

justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Lo anterior, se ve reflejado en la proporcionalidad y razonabilidad como principios rectores del ejercicio de la facultad discrecional y en el estudio particular del caso que permita evidenciar las razones del servicio que conllevan a que las juntas de evaluación y clasificación recomienden el retiro del servidor.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional ya reseñadas, el Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente No. 050012331000199800554 01, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

(...)

En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita 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, debe decirse, 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.

(...)

Bajo las anteriores consideraciones, de conformidad a la norma aplicable al asunto de la referencia y a la línea jurisprudencial que precede, el retiro del servicio activo del personal del Ejército Nacional por voluntad del Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa, Comandante General o Comandante de Fuerza, es un acto discrecional que a la luz de la Constitución Política debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en beneficio de los fines constitucionales de la Fuerza Pública.

Además, previo a tomar la decisión de retiro del servicio activo del personal de la entidad debe existir concepto del Comité de Evaluación o de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, a quien de manera clara le corresponde hacer un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Juan Pablo Aldana Patiño, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual el Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional recomendó por razones del buen servicio y en forma temporal con pase a la reserva el retiro del servicio activo del actor; en el Acta No. 07 del 21 de julio de 2015, a través de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares por unanimidad recomendó el retiro discrecional del servicio del actor, y en la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por retiro discrecional al actor.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que los actos atacados son ilegales, porque se expidieron con falsa motivación y desviación de poder, toda vez que obedecieron a intereses mezquinos, en consideración a que no persiguieron el mejoramiento del servicio, como tampoco al cumplimiento eficiente y eficaz de la función militar.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo del Ejército Nacional al señor Juan Pablo Aldana Patiño bajo los preceptos normativos contenidos en los artículos 99, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, los cuales tal como se indicó en la parte normativa, permiten que el Gobierno Nacional, el Ministerio de Defensa, el Comandante General o Comandante de Fuerza ejerzan tal facultad previa recomendación de la Junta

Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares o del Comité de Evaluación por razones del servicio y de manera discrecional.

Así las cosas, se encuentra probado con las documentales obrantes en el expediente que el Comité de Evaluación mediante el Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015, recomendó por razones del servicio y de forma temporal con pase a la reserva el retiro del actor (Fls. 77 a 80); que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares que a través de Acta No. 07 del 21 de julio de 2015, por unanimidad por razones del servicio y en forma temporal con pase a la reserva recomendó el retiro discrecional del servicio del actor y que mediante la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015, el Ministro de Defensa Nacional dispuso el retiro del mismo con fundamento en las anteriores recomendaciones.

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto concurre alguno de los cargos alegados por la parte actora.

- **Falsa Motivación definida como “aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto.”³**

El Decreto Ley 1790 de 2000, mediante el cual se reguló el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, estableció en el artículo 99 que el retiro se hará por decreto del Gobierno Nacional, por resolución del **Ministerio de Defensa**, facultad que se puede delegar en el Comandante General o Comandante de Fuerza.

En ese sentido, se avizora que mediante la Resolución No. 9018 del 5 de octubre de 2015, el Ministerio de Defensa resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por retiro discrecional al capitán Juan Pablo Aldana Patiño, de conformidad a lo dispuesto en el literal a) del numeral 8º del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, según el cual: *“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: (...) Retiro temporal con*

³ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

pase a la reserva: (...) Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.”

A su vez, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, dispuso: “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 regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.”

Con fundamento en las normas precedentes, este Despacho establece que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, no incurrió en error de hecho o de derecho alguno, puesto que el ejercicio de la facultad discrecional de la entidad se basó en los principios de proporcionalidad y razonabilidad que conllevaron a tomar la decisión de retiro del servicio.

Adicionalmente, el retiro por razones del servicio y en forma discrecional a través de resolución del Ministerio de Defensa Nacional estuvo precedido de la recomendación del Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, quienes realizaron un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo, pues además de señalar los hechos por cuales tomaron tal decisión tuvieron en cuenta su historia laboral, tal como lo indicaron a folios 79 y 85 del expediente, razón por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se encuentra incólume.

En atención a las anteriores consideraciones, se precisa que la entidad demandada tomó la decisión de retiro del actor con fundamento en hechos reales y con base en la correcta aplicación de normas establecidas por el legislador, motivo por el cual, no hay lugar a dar prosperidad al cargo de falsa motivación que invalide los actos administrativos atacados.

- **Desviación de poder entendida como “la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”⁴ y error de derecho por interpretación errónea.**

Respecto a la desviación de poder, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada: Bertha Lucia Ramírez de Páez, dentro del proceso No. 2002-12596-01(1752-09), anotó:

(...)

Desviación de Poder

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

Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.

Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:

“El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.

De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.”.

En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.”

⁴ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado del demandante debe ser probada de manera *“irrefutable y fidedigna”*, evidenciándose de manera clara que la actuación de la administración contraría los fines perseguidos por la ley.

En el caso bajo estudio es claro por una parte que el Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares de Colombia –Ejército Nacional mediante Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015 y por otra, que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares a través de Acta No. 07 del 21 de julio de 2015, recomendaron el retiro del servicio activo del capitán Juan Pablo Aldana Patiño en aras del mejoramiento del servicio, teniendo en cuenta que *“faltó a sus funciones de control, supervisión y ejecución de las actividades que le eran propias como Comandante del Distrito Militar No. 12, enmarcando su comportamiento además en la Ley 836 de 2003 “Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*.

Asimismo adujo, que *“Este comportamiento, negligente a todas luces afectó de manera grave el servicio, puesto que fueron notorios y fundamentados los hallazgos evidenciados durante la auditoria adelantada al sistema Integrado de Información de Reclutamiento, lo que conllevó necesariamente a un detrimento patrimonial, por el no pago de la cuota de compensación de los ciudadanos a quienes se expidió la libreta militar.*

Su permisividad y negligencia, colocan en tela de juicio su trayectoria militar, perdiendo por ende la credibilidad y confianza en futuros cargos y misiones que se le encomienden ante sus superiores, compañeros y subalternos, colocando además en entredicho la función constitucional y legal que corresponde a la Institución y sus integrantes.

Es vital considerar, que si bien es cierto hasta los hallazgos referenciados, el oficial tenía una historia laboral plana, que le permitió ostentar el grado actual, como se ha evidenciado del estudio que se le realizó a su historia laboral, pero en los actuales momentos, por obvias razones no puede continuar en la Fuerza. Y es que realizada la valoración del comportamiento individual del funcionario que afecta la buena marcha de la Institución con claro perjuicio del servicio que está obligado a cumplir

y por tanto el interés general, puesto que sus funciones deben estar encaminadas a la consecución de los fines que la Constitución y las leyes le ha confiado.”

Por ende, no encuentra este recinto judicial que la entidad demandada haya obrado en contra del mejoramiento del servicio público conforme lo señala la ley, pues lo que se infiere es que en aras de prestar un mejor servicio y por las calidades que deben tener los funcionarios de la fuerza pública, la administración tomó la determinación correspondiente conforme a sus políticas, razón por la cual, se logró desvirtuar la desviación de poder alegada.

De otro lado, el apoderado de la parte actora en el escrito de alegatos de conclusión señaló que hay una vulneración al principio *“NOM BIS IN ÍDEM”*, toda vez que, el acto de retiro del servicio y la investigación disciplinaria tuvieron como sustento los mismos hechos, que corresponden a *“la presunta definición irregular de la situación militar de 238 ciudadanos en el Distrito Militar No. 12 con sede en Santa Marta derivadas de la falta de control y dirección del Oficial ALDANA PATIÑO”*.

Respecto a la acción disciplinaria, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia líneas atrás enunciada, manifestó:

“(...) Ahora bien, en relación con el uso de la facultad discrecional de remoción por hechos que podían generar investigaciones disciplinarias y/o penales, la Sección Segunda en sentencia de 30 de junio de 2011, proferida dentro del expediente No. 2787-2008, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, manifestó lo siguiente:

“Adicionalmente, observa la Sala que el a quo también sostuvo la hipótesis según la cual el retiro del accionante estuvo motivado por hechos que alteraban su buen status como policial, situación que afirmó permitía el ejercicio de la facultad discrecional en procura de obtener un cuerpo integrado por personas con la probidad suficiente para el ejercicio de las funciones encomendadas. Esta conclusión, empero, no es absoluta, en la medida en que no puede perderse de vista que, en principio, ante el referido tipo de informaciones deben iniciarse las investigaciones necesarias para determinar la veracidad de las mismas; y, adicionalmente, será ajustada a la legalidad el ejercicio de la facultad discrecional, en aquellos eventos en los que se afecte verdaderamente el servicio”.

(...)

En relación con el uso de la facultad discrecional de remoción con fines sancionatorios es pertinente aclarar que la primera está dirigida al mejoramiento del servicio público y su ejercicio no significa una sanción. A contrario sensu, la facultad sancionatoria es reglada y exige el adelantamiento de un proceso disciplinario en el que el inculpado debe tener derecho a intervenir, pedir pruebas y controvertir las que sean aportadas en su contra

para hacer efectivo el derecho de defensa ya que nadie puede ser vencido en juicio sin haber sido oído previamente.

Lo anterior permite concluir que el actor podía ser retirado del servicio sin importar que en su contra se estuvieran tramitando investigaciones disciplinaria y penal pues estas son independientes y no coartan el ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley al Director General de la Policía que sólo requiere de la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo.

(...)"

A su vez, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 22 de marzo de 2012, con ponencia del Consejero Luís Rafael Vergara Quintana, expediente No. 2001-00987-01(0518-09), consideró:

"(...)

La simultaneidad y la coetaneidad en que sucedieron los hechos acreditan que el retiro del demandante estuvo relacionado con los hechos irregulares denunciados por la ciudadanía; por lo que si ello fue así, la Sala estima que la medida administrativa como tal, estuvo bien utilizada, porque se hizo dentro de los límites que impone la ley, como lo es el mejoramiento del servicio.

En todo caso, en el expediente no se demostraron fines torcidos, ilegales o inmorales por la entidad demandada, sino todo lo contrario -en pro del buen servicio público- por lo que el retiro demandado fue adecuado a los fines de la norma que lo autoriza.

No se trata de una sanción disciplinaria, sino de un instrumento administrativo que le permite al Director General de la Policía Nacional desvincular del servicio a sus agentes sin necesidad de explicar los motivos y permitir unas investigaciones penales y disciplinarias transparentes e imparciales, donde el actor podrá demostrar su inocencia y ejercer el derecho de defensa.

Así las cosas, se considera que no existe desviación de poder cuando el actor del proceso se encuentra investigado disciplinaria y/o penalmente, pues estas medidas no constituyen una sanción, sino que es un instrumento para mejorar el servicio y permitir el desarrollo de los procesos de manera transparente y libre de cualquier obstáculo.

En otras palabras, el hecho de que existan denuncias o quejas disciplinarias no confiere fuero de estabilidad al servidor público investigado por presuntas irregularidades y la administración -Policía Nacional- puede válidamente escoger entre el retiro discrecional por razones del buen servicio o llevar hasta el final un proceso de carácter disciplinario; al tomar la primera opción, no existe desvío de poder porque la misma hace parte de la concepción "mejoramiento de servicio" que inviste los actos administrativos discrecionales

(...)". (Negrillas fuera de texto).

De los anteriores pronunciamientos los cuales acoge este Despacho, es claro que son situaciones distintas la acción disciplinaria y la facultad discrecional de la

entidad y que una no coarta la libertad de ejercer la siguiente. En el caso bajo estudio salta a la vista que es independiente el ejercicio por parte de la demandada de la facultad discrecional que tuvo lugar en las recomendaciones del Comité de Evaluador de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional en Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015 y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares en Acta No. 07 del 21 de julio de 2015 y el proceso disciplinario que cursa en contra del actor, según lo manifestado por el apoderado de la parte demandante.

Lo anterior, en consideración a que la investigación disciplinaria no restringe ni limita la libertad de la institución demandada para ejercer su facultad discrecional en aras del servicio y por razones de confiabilidad de sus funcionarios.

De conformidad a lo anterior, se debe tener claridad que la recomendación del retiro del demandante y su posterior ejecución no se tratan de una sanción disciplinaria sino de una facultad concedida por la ley que usó en aras de mejorar el servicio.

Además, se reitera que el Ministro de Defensa Nacional podía ejercer, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, la facultad de retirar del servicio al demandante mediante la causal de razones del servicio y en forma discrecional con pase a la reserva, tal como lo efectuó sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda, al expedir la Resolución acusada.

Bajo las anteriores consideraciones, queda claro que la decisión de retirar del servicio activo al personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional es una facultad discrecional que desde el punto constitucional debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, en consideración a que tal facultad se ejecuta en pro del buen servicio, como acaeció en el presente asunto.

Ahora, respecto al argumento de que la entidad demandada no tuvo en cuenta al momento de tomar la decisión de retiro del servicio, las felicitaciones y su excelente hoja de vida, sostiene la Jurisprudencia del Consejo de Estado que la labor excelente y la adecuada prestación del servicio es una obligación del servidor, puesto que el objetivo de la vinculación debe estar orientado al cumplimiento de los

finés y principios de la función pública, teniendo derecho a un pago como retribución por el servicio personal prestado.

En tal sentido, la mentada Corporación⁵ indicó:

*(...)
Esta jurisdicción ha reiterado que el buen desempeño de un empleado es una obligación legal y constitucional, las felicitaciones, la buena conducta y la ausencia de sanciones disciplinarias no atan per se a la administración y no generan un factor de inamovilidad o garantía de estabilidad ya que pueden existir razones del servicio que aconsejen la remoción del servidor si la institución ha perdido la confianza en su desempeño policial.
(...)*

Así las cosas, si bien es cierto que el capitán Juan Pablo Aldana Patiño obtuvo dos condecoración y felicitaciones desde que se vinculó con el Ejército Nacional tal como obra a folios 15 a 18 del expediente, también lo es que su deber como servidor es hacerse acreedor de las mismas en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y dando alcance a la misión de la Institución, que no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, la del Estado y todo lo que ello implica.

No obstante lo anterior, el señor Aldana encontrándose en servicio activo actuó de manera contraria a los fines constitucionales exigidos para el desempeño de su función, tal como se reseñó en la tan renombrada acta demandada, lo cual permite inferir que el desempeño del demandante no se hace imprescindible para la Institución, por lo que su desvinculación del servicio activo no desatendió las disposiciones invocadas en la demanda.

En ese sentido, se precisa que las condecoraciones, felicitaciones y el buen desempeño del actor, que fueron reconocidas por la Institución demandada, tal como se indicó en líneas atrás, se otorgaron con anterioridad a los hechos que tuvo en cuenta la entidad para disponer su retiro del servicio, es decir, que no fueron concomitantes, lo que da pie a establecer que efectivamente la entidad no tuvo razones personales, arbitrarias o inmotivadas para disponer la separación del cargo.

A juicio del Juzgado, las pruebas aportadas al proceso no demuestran cosa diferente que la legalidad de la decisión discrecional de la voluntad del Ministerio de

⁵ Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 22 febrero de 2007, Exp. N° 25000-23-25-000-2001-05808-01(6408-05).

Defensa Nacional, pues no aportó documentales tendientes a demostrar lo contrario y en esas condiciones no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petitum, pues como quedó visto el criterio jurisprudencial es claro en indicar que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y su ejercicio va encaminado en razones del buen servicio.

En estas condiciones, es claro que la desviación de poder debe tener un respaldo probatorio definido que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

Descendiendo al asunto de la referencia, a folio 21 del expediente se encuentra documento denominado *"PROGRAMA PERSONAL DE DESEMPEÑO EN EL CARGO"*, en el que se relacionan las funciones y responsabilidades del Comandante del Distrito Militar No. 12, a cargo del señor Juan Pablo Aldana Patiño en el periodo comprendido en los años 2013-2014, indicando entre otras la de *"Controlar que se defina la situación militar de los ciudadanos en su distrito militar de acuerdo con las normas legales vigentes"*.

En ese sentido, el actor tenía la obligación de hacer seguimiento a la situación militar de cada persona que prestara el servicio militar en el Distrito No. 12, desde el ingreso hasta la expedición de la libreta militar.

Así las cosas, si bien el actor manifiesta en el numeral 20 del acápite de hechos que informó a la Dirección de Reclutamiento sobre la expedición irregular de libretas militares a ciudadanos que no prestaron el servicio militar, tal como se encuentra demostrado con la documental obrante a folio 208 del expediente, lo cierto es que incumplió con su deber de vigilancia y cuidado.

Lo anterior, tiene sustento en el hecho de que el actor afirmó que puso en conocimiento tal situación en mayo de 2014, fecha para la cual tenía más de un año de prestación de servicios en ese Distrito, pues de conformidad al registro de

actuaciones visto a folio 22 vuelto, el actor fue asignado como Comandante del Distrito Militar No. 12 por necesidades del servicio desde el 4 de enero de 2013.

En tal medida, al señor Aldana en su calidad de Comandante del Distrito le correspondía vigilar y controlar que las libretas militares fueran expedidas en favor de los ciudadanos que en efecto prestaron el servicio militar, independientemente de que el registro como incorporación, grabación e impresión de las mismas estuviera a cargo de otros uniformados.

Contrario sensu, en caso de que el actor haya ejercido de manera eficaz la función y responsabilidad referida, no se encuentran los medios de prueba que permitan a esta instancia advertir que en efecto ejerció su deber de vigilancia y cuidado que tiene todo funcionario público al servicio del Estado y que conlleve a reafirmar la confianza depositada por la Institución y la comunidad.

De otro lado, el apoderado de la parte actora afirma que existió una persecución a su defendido por parte del Mayor General Jorge Eliecer Suarez Ortíz, quien según su dicho manipuló el traslado del señor Aldana al Distrito No. 12 e intervino en la recomendación del retiro por facultad discrecional ante el Comité de Evaluación.

Así las cosas, se encuentra demostrado en el extracto de la Hoja de Servicios obrante a folios 13 a 18 del expediente, que el señor Aldana fue trasladado al Distrito Militar No. 15 mediante Resolución No. OAP-EJC 2128 del 14 de noviembre de 2013, unidad en la que prestó sus servicios desde el 9 de diciembre de 2013 hasta el 14 de mayo de 2015, fecha a partir de la cual fue trasladado a la Escuela de Armas y Servicios, información que igualmente se corrobora en la Orden Administrativa de Personal de la Jefatura de Desarrollo Humano No. 2128 del 14 de noviembre de 2013, vista a folios 177 y 178 del plenario, sin que se relacione la prestación de servicios en el Distrito No. 12.

No obstante lo anterior, en el registro de actuaciones se avizora anotaciones administrativas de asignación de cargos del 4 de enero de 2013, que indicó *"En la fecha el oficial es asignado como Comandante del Distrito Militar 12 por necesidades del servicio según OS No 01 art No 002 del Comando de la Segunda Zona."* (22 vuelto) y del 16 de enero de 2015, que señaló *"En la fecha el comando*

de la segunda zona de reclutamiento nombra por necesidades del servicio al oficial como comandante del distrito militar No 15 según OS No 3 del 16 de enero del 2015 ART No 008.” (Fl. 31 vto).

Entonces, se puede inferir que la entidad demandada en la Hoja de Servicios del actor relacionó el tiempo de servicios prestados en el Distrito 12 como si los hubiera ejercido en el Distrito 15, lo cual se tendrá como un error en su registro, pues no hay lugar a que tal circunstancia se tenga como persecución en contra del actor, siendo que no obran pruebas que permitan corroborar tal afirmación.

Además, no obra documental por medio de la cual se haya ordenado el traslado en el año 2013 del señor Aldana al Distrito No. 15, con la cual se logre desvirtuar la legalidad del traslado al Distrito No. 12, pues tal como se relató en párrafos precedentes, el actor fue trasladado al Distrito No. 12 el 4 de enero de 2013 y con posterioridad al Distrito No. 15, esto es, el 16 de enero de 2015, lo cual guarda relación cronológica con los hechos narrados por el actor en la demanda.

Ahora bien, respecto a que el Mayor General Suarez intervino en la recomendación de retiro por facultad discrecional ante el Comité de Evaluación, es importante traer a colación que el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, precisa que en tratándose de retiros de oficiales como es el caso del actor debe mediar concepto previo por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, requisito que en efecto acató la entidad demandada y que consta en el Acta No. 07 del 21 de julio de 2015 (Fls. 81-85).

Sin embargo, esta instancia ha referido que el Comité Evaluador igualmente recomendó el retiro del servicio activo del actor con pase a la reserva de manera discrecional, por lo cual, se hace necesario precisar que debe estar conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1790 de la Ley 2000.

En ese sentido, se evidencia que el Comité Evaluador de las Fuerzas Militares se sometió a dicha exigencia tal como consta en el Acta No. 678 del 20 de mayo de 2015 (Fls. 77-80), en consideración a que la misma fue suscrita por: (i) Mayor

General Jairo Salguero Casas –Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional; (ii) Mayor General Jorge Eliecer Suarez Ortiz –Jefe de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional; (iii) Mayor General Guillermo Arturo Suarez Ferreira –Inspector General del Ejército Nacional y (iv) Mayor General Ernesto Maldonado Guarnizo –Segundo Comandante y JEM del Ejército Nacional.

Bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia, la declaración obrante en medio magnético rendida por el señor Aldana que reitera los hechos de la demanda (Fl. 164) y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que el actuar de la entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, al contrario, se hizo en cumplimiento de una disposición legal que establece la facultad del Ministerio de Defensa Nacional de retirar del servicio activo al capitán Juan Pablo Aldana Patiño en forma temporal con pase a la reserva de manera discrecional y por razones del servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de las Fuerzas Militares –Ejército Nacional y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y con fundamento en las pautas establecidas por la Corte Constitucional, que refieren a la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión y al estudio de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veinticinco (25) de enero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>004</u></p> <p> DIEGO EDWIN PLUJIDO MOJANO Secretario</p>
