



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

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00043-00
Demandante: JOSÉ ALEJANDRO ESCOBAR
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
ARMADA 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 José Alejandro Escobar en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Armada 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 José Alejandro Escobar actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad de la Resolución No. 0664 del 28 de julio de 2016, así como todo aquel posterior que ejecute dicha decisión, mediante la cual la entidad demandada lo retiró del servicio activo como Infante de Marina Profesional de la Armada Nacional, en forma absoluta y por decisión del Comandante de la Fuerza.

Así mismo solicitó que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad o interrupción y por tanto se le reconozca y paguen todos los sueldos, subsidio familiar, subsidio de vivienda, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el retiro hasta la fecha en que se haga el reintegro, junto con los respectivos intereses e indexación a que haya lugar.

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

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 6 y 7) el señor Escobar nació en noviembre de 1981 e inició como soldado regular del Ejército Nacional el 6 de julio de 2000 y posteriormente se desempeñó como soldado profesional para finalmente incorporarse a la Armada Nacional como Infante de Marina Profesional el 27 de mayo de 2005 completando así más de 14 años de servicio.

Agrega que a pesar de lo anterior y de las felicitaciones y reconocimientos recibidos, ante hechos confusos que acaecieron en la ciudad de Tunja, relacionados con una riña y referidos en el acto administrativo demandado, fue retirado fulminantemente del servicio, sin proceso disciplinario previo, sin llamarse a explicaciones, descargos ni darle la oportunidad de pronunciarse, abusando así, en su criterio, del poder discrecional que ostentan, toda vez que allí se indicó que dicho retiro obedecía eminentemente al mejoramiento y eficacia del servicio.

Indica además que encuentra extraño tal argumento pues lo ocurrido en nada afecta la calidad del servicio, pero si resulta *"congruentes con la reducción de las fuerzas militares que traerá consigo el denominado 'proceso de paz' si éste concluyere de manera exitosa"* luego no justifica su retiro, decisión notificada el 3 de agosto de 2016, sin darle a conocer previamente las razones objetivas y los hechos que dieron lugar a la misma, privándolo de percibir el salario y prestaciones que utiliza para la manutención de su familia.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 4 y 209 de la Constitución Política, artículos 4º de la Ley 857 de 2003, 3, 5, 9, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49 y 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo Decreto 1791 de 2000, así como los precedentes jurisprudenciales.

Señaló que conforme a los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, la discrecionalidad es un derecho que debe ser ejercido de manera razonable y proporcional, por lo que considera que en su caso fue excesivamente arbitrario ya que no se tramitó proceso disciplinario previo, además que la entidad demandada con la expedición del acto acusado vulneró los derechos al debido proceso, defensa, contradicción probatoria y la presunción de inocencia, motivo por el cual están viciadas de nulidad, más cuando contra la misma no se dio la oportunidad de presentar pruebas ni recursos y por el contrario se dio plena credibilidad a lo manifestado por terceros y a supuestas pruebas que no pudo conocer.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional contestó la demanda de manera extemporánea.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 20 de abril de 2017 (Fl. 126), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión, término dentro del cual la parte demandada presentó sus alegaciones (Fls. 128-139), refiriendo el marco jurídico que regula la vinculación y retiro de los soldados profesionales, por lo que atendiendo a lo consagrado en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política el deber institucional se desvirtúa cuando no se cuenta con personal con condiciones morales que se amolden a la naturaleza de la función o que puedan ser depositarios de la confianza necesaria para el cumplimiento de la misma.

En virtud de lo anterior, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional el Comandante de la Fuerza puede retirar del servicio a los soldados profesionales a solicitud de los Comandantes de Unidad Operativa, como lo hizo el Jefe de Unidad Especial en Seguridad y Protección, quien mediante oficio del 19 de junio de 2016, relató que el *"17 de julio de 2016 recibió una llamada de un Suboficial de la Unidad Especial en Seguridad y Protección informándome que en la ciudad de Tunja, (Boyaca), había sido detenido por la policía nacional el infante de marina Profesional ESCOBAR JOSE ALEJANDRO, con una pistola Pietro Beretta No. 1465793 que tenía asignada como arma de dotación y había sido recluido en la Unidad De reacción Inmediata de la misma ciudad"*(sic).

Acorde con lo anterior, concluye que el acto administrativo atacado no incurre en causal de nulidad alguna, pues en el mismo se hizo uso de la facultad discrecional de retiro consagrada en los artículos 8 y 13 del Decreto 1793 de 2000 y el actor con su conducta transgredió formal y materialmente la Constitución, la Ley y las directrices impartidas por la fuerza armada, al verse inmerso en riñas, portando un arma de dotación oficial y sin permiso, atentando contra la seguridad de la sociedad y deslegitimando la institucionalidad, lo que disipa la confianza del alto mando y del comandante Supremo de las FF. MM.

El extremo demandante no presentó alegatos de conclusión y 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 23 de agosto de 2017 (Fls. 78 a 83), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer si le asiste derecho al actor a ser reintegrado al cargo que ostentaba como Infante de Marina por haberse proferido el acto de retiro con desviación de poder, y de ser así, si tiene derecho a que le sean pagados todos los emolumentos dejados de percibir con ocasión a su desvinculación.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Se aportan como tal las siguientes:

- 2.1. Copia de la Resolución No. 0664 del 28 de julio de 2016 (Fl. 68 y 101 a 102).
- 2.2. Certificación de tiempos laborados por el actor (Fl. 90).
- 2.3. Remisión de informe de novedad respecto de los hechos ocurridos el 17 de julio de 2016 (fl. 91).
- 2.4. Informe de novedad expedido el 19 de julio de 2016 (fl. 92).
- 2.5. Copia simple de los libros de asignación de armamento y de control de armamento y sus respectivos informes (Fls.93-97).
- 2.6. Acta de entrega de arma de fuego (fl. 98).
- 2.7. 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, evaluaciones, estímulos, entre otros (Fls. 107-110).

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, Resolución No. 0664 del 28 de julio de 2016.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 *"Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares."*, que en su artículo 1º dispuso:

"ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

PARAGRAFO. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Antigüedad mínima de cinco años.*
- b. Excelente conducta y disciplina.*
- c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante."*

De otra parte, conforme a la disposición contenida en el artículo 8º del mismo Decreto, el retiro de los soldados profesionales se puede dar por diferentes causales respecto de las cuales precisó:

"ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.*
- 3. <Numeral INEXEQUIBLE>*

b. Retiro absoluto

- 1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.*
- 2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.*
- 3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
- 4. Por condena judicial.*
- 5. Por tener derecho a pensión.*
- 6. (...)" (Resaltado fuera de texto)*

Ahora bien, respecto del retiro discrecional, el artículo 13 *ibídem*, discurrió:

"ARTÍCULO 13. RETIRO POR DECISION DEL COMANDANTE DE LA FUERZA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva."

De lo anterior se colige, que el retiro de los soldados e infantes de marina, entre otras causales se hará de manera discrecional por decisión del comandante de la 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 solicitud del Comandante de la Unidad Operativa respectiva.

- De la facultad discrecional.

En torno a la mencionada facultad discrecional se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006 en los siguientes términos:

"(...) 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. (...)"

Igualmente, frente al retiro en uso de dicha facultad, 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:

"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 Cundinamarca¹ adujo "que la regla y medida de la discrecionalidad como instrumento para el retiro del servicio es la razonabilidad; en otras

¹ 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.

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.”

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite al Comandante de Fuerza retirar del servicio activo a los soldados e infantes de marina 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 Comandante de la Unidad Operativa respectiva, 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 conservaran 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.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor José Alejandro Escobar, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0664 del 28 de julio de 2016, mediante la cual el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional lo retiró del servicio activo como Infante de Marina Profesional por decisión del Comandante de la Fuerza.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que el acto atacado es ilegal, porque se expidió con desviación de poder, por arbitrariedad e irrazonabilidad, 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 de la Armada Nacional al señor José Alejandro Escobar bajo los preceptos normativos contenidos en los artículos 8º y 13 del Decreto 1793 de 2000, los cuales tal como se indicó en la parte normativa, permiten que el Comandante de Fuerza ejerza la facultad discrecional a fin de materializar el retiro del servicio de los soldados profesionales por razones del servicio y previa solicitud del comandante de la Unidad Operativa respectiva.

Así las cosas, se encuentra probado con las documentales obrantes en el expediente que el Jefe de Unidad Especial en Seguridad y Protección mediante el Oficio No. 135 MDN-CGFM-CARMA-AYGAR-JUESP-29.25 del 19 de julio de 2016, puso en conocimiento del ayudante General Comando Armada Nacional que los siguientes hechos:

"17 de julio de 2016 recibí una llamada del (...) S3 de la Unidad Especial en Seguridad y Protección informándome que en la ciudad de Tunja, (Boyacá), había sido detenido por la policía nacional el Imp 7'180.264 Escobar José Alejandro, con una pistola Pietro Beretta No. 1465793 que tiene asignada como arma de dotación, y había sido recluido en la URI de la misma ciudad (...). Procedí a comunicarme con el suboficial de guardia Cp Riaño me comunicó que la pistola había sido retirada por el IMP Escobar José el día 15 de julio de 2016 a las 07:48R y que en la oficina no reposaba ningún documento autorizando permiso para mencionado Infante.

El mismo 17 siendo las 21:30R procedí a llamar al Señor Contralmirante José Joaquín Amezquita, Director Programas Estratégicos Armada Nacional, a quien está asignado el IMP

Escobar Jose como Hombre de Protección, informándole la situación presentada y preguntándole si había autorizado algún tipo de permiso para el Infante, el Señor contralmirante Amezquita me contestó que NO y que él había despachado al IMP Escobar José el día 15 de julio de 2016 aproximadamente a las 19:00R sin volverlo a ocupar durante el fin de semana.

El día 18 de julio de 2016 intenté comunicarme repetidamente con los policiales responsables del procedimiento (...), logrando establecer contacto alrededor de la 15:00R, me comuniqué con el Pr Portillo quien se encontraba de guardia en la Estación de Policía de Tunja y quien me manifestó que el caso estaba en la fiscalía seccional de Tunja y que se necesitaba la certificación del arma para realizar la devolución, y me narró resumidamente los hechos por los cuales había sido detenido el Imp Escobar José: el día 17de (sic) julio de 2016 siendo aproximadamente las 18:30R la policía había recibido una llamada denunciando una riña de varias personas con supuestamente armas blancas de por medio en un barrio de Tunja, al llegar al sitio de los acontecimientos realizaron una requisa durante la cual fue detenido el IMP Escobar portando un arma, hicieron los procedimientos de rigor y lo pusieron a disposición de la policía judicial. (...)

Cabe aclarar que el Imp Escobar José no se encontraba en uso de permiso, así mismo se encontraba incumpliendo la normatividad establecida en la Directiva Permanente No. 1013 COARC 2016 donde se establece claramente que el armamento de los esquemas de protección al final de las actividades del servicio debe reposar en el armerillo de la Unidad Especial en Seguridad y Protección. Esto transgrede claramente la confianza depositada en él como hombre de protección y como funcionario público, ya que el arma que estaba encomendada a él se le asignó para uso institucional exclusivamente y los permisos para atender asuntos de tipo personal siempre son otorgados; (...).²

Así mismo, se advierte que con base en dicho informe, la Ayudantía General del Comando Armada, solicitó se estudiara la procedencia de dar aplicación al retiro de la institución del actor (ver folio 91), lo cual se dio en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto ley 1793 de 2000, por razones del servicio y en forma absoluta, por decisión del Comandante de la Fuerza.

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.

- **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”³ 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 Ramirez 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

² Ver folio 92 del plenario

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).

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."

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 que el Ayudante General Comando Armada Nacional, solicitó se estudiara la procedencia de dar aplicación al retiro de la institución del Infante Escobar José, en aras del mejoramiento del servicio, en los siguientes términos: "Los hechos relatados demuestran que el Imp Escobar José faltó claramente a la confianza de su comandante, pasando por alto el conducto regular y todos los procedimientos establecidos para hacer uso de permiso y salida de la guarnición; aunado a esto lo hizo con un arma destinada exclusivamente para uso institucional de su esquema y su protegido. Cabe anotar que además de esto pone en riesgo la integridad de la población civil, a la cual la fuerza pública está llamada a salvaguardar"⁴.

De la manifestación antes transcrita, así como de los hechos narrados en el informe emitido por el Jefe de Unidad visible a folio 92, se extrae que las actuaciones del

⁴ Ver folio 91.

actor no solo desconocen los reglamentos fijados, tanto para obtener los permisos y salidas, como para el manejo y utilización del armamento asignado, sino que también tienen la virtualidad de poner en riesgo potencial la seguridad de la comunidad.

De otra parte, eventualmente podría generarse un daño que conllevaría una responsabilidad del Estado por falla del servicio o riesgo excepcional, tema respecto del cual se pronunció el Consejo de Estado mediante Sentencia del 5 de diciembre de 2016 en los siguientes términos:

"Esta corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, considerando que la guarda de las armas le compete única y exclusivamente al Estado, porque estas generan una situación de riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, lo cual deriva en la especial responsabilidad en su manejo:

"(...) La introducción, fabricación, porte y uso de armas por parte de la administración, si bien se encuentra establecida constitucional y legalmente en beneficio de la comunidad, lo que hace legítimo el monopolio de la fuerza por parte del Estado moderno, genera sin lugar a dudas una situación de riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, porque dada su particular peligrosidad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar como contrapartida de los beneficios que emanan de la prestación del servicio prestado por la fuerza pública, en los términos de los arts. 217, 218 y 223 de la Carta Política.

"En razón de 'ese peligro presunto, ese riesgo mediato inherente a la posesión de instrumentos idóneos para poner en peligro la vida e integridad de los particulares, el patrimonio o la pacífica y normal convivencia de la comunidad', la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, consideran el porte de armas como una actividad de riesgo que debe ser controlada estrictamente por el Estado, y penalizan la tenencia de armas que no esté autorizada por la autoridad competente^{5,6} (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva jurisprudencial, se deduce que al Estado, representado en el presente asunto por la entidad demandada, le corresponde adoptar las medidas de control necesarias para evitar la causación de daños antijurídicos a los administrados y la comunidad en general, medidas como la prohibición de portar dicho armamento cuando los miembros de las fuerzas militares como el actor, no se encuentran en servicio, más cuando el arma es destinada exclusivamente para su uso institucional, establecido en el esquema de seguridad pertinente.

En ese orden, se resalta que ese tipo de prohibiciones establecidas por el Estado, resultan plausibles para precaver la ocurrencia de hechos en los que se pueda ver comprometida gravemente su responsabilidad, y que el desconocimiento de las

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2000, expediente 12012, actor: Marco Antonio Saavedra y otros.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Bogotá, 5 de diciembre de 2016, Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01064-01(40641)

mismas, como ocurrió en el presente asunto con el actuar del demandante, exigen tomar medidas tan contundentes como el mismo retiro del responsable, bajo las facultades discrecionales que le asisten a la pasiva, resultando por ende dicha respuesta, adecuada a los fines de la norma que la autoriza, e igualmente proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, lo que desvirtúa el cargo formulado por el actor, atinente al desconocimiento de las previsiones del artículo 44 del CPACA.

Por ende, no encuentra este Estrado judicial que la entidad demandada haya obrado en contra del mejoramiento del servicio público, como aduce el actor, sino por el contrario, en uso de las medidas pertinentes y oportunas para controlar el uso, manejo y guarda del armamento de su propiedad, ello en aras de garantizar un mejor servicio como es la seguridad de la comunidad, máxime si se tiene en cuenta que los funcionarios de la fuerza pública, deben mostrar un comportamiento absolutamente íntegro e intachable y además respetuoso de la Constitución, la Ley y los reglamentos internos, resultando forzoso concluir que la administración tomó la determinación correspondiente conforme a sus políticas, desvirtuando así la desviación de poder alegada.

Vale precisar, que para proceder al retiro del servicio activo, no resultaba necesario agotar el trámite de un proceso disciplinario en contra del actor, puesto que es facultad discrecional de la entidad demandada efectuar dicho retiro por decisión del Comandante de la Fuerza, siempre y cuando se base y sustente en razones del buen servicio y en solicitud del comandante de la Unidad Operativa respectiva, básicamente por cuanto, son situaciones distintas la acción disciplinaria y la facultad discrecional de la entidad y que una no coarta la libertad de ejercer la siguiente, pues su ejercicio es independiente por parte de la demandada.

Con base en lo anterior se destaca, que la existencia o ausencia de 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, por lo que además, se debe tener claridad que la recomendación del retiro del demandante y su posterior ejecución no constituyen una sanción disciplinaria sino el uso de una facultad concedida por la ley, en aras de mejorar el servicio, tal como lo efectuó sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

Bajo las anteriores consideraciones, queda claro que la decisión de retirar del servicio activo al personal de las Fuerzas Militares 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 fines y principios de la función pública, teniendo derecho a un pago como retribución por el servicio personal prestado.

En tal sentido, la mentada Corporación⁷ 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 Infante de Marina José Alejandro Escobar obtuvo once felicitaciones desde que se vinculó con la Armada Nacional tal como obra a folios 108 a 109 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 Escobar 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 Resolución demandada, lo cual permite al Comandante de la Fuerza retirarlo del servicio activo que prestaba como infante de marina, por lo que su desvinculación del servicio activo no desatendió las disposiciones invocadas en la demanda.

⁷ 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).

En ese sentido, se precisa que las 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 extremo demandado, 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.

Bajo la anterior perspectiva, además de los informes antes referidos, se observa a folios 93 y 94 del expediente, copias de los libros de "*entrada - salida*) del esquema *DIPROE*" según lo indicado en el informe rendido por el Suboficial Guardia UESP (fl. 95), en el que se indicó que verificado dicho libro, "*aparece que retiró la pistola de serie 1465793 el día 15 de julio alas (sic) 0748R y no la ha retornado a la fecha, también se verificó con el jefe de personal de la unidad y tampoco se encontraba de permiso*"; igualmente a folio 98 obra copia del "*ACTA DE ENTREGA ARMA DE FUEGO*".

En ese sentido, se colige que el actor incumplió su deber de cuidado y observancia de los diferentes reglamentos que regulan su comportamiento al interior de las Fuerzas Militares, más cuando tal deber se exige de todo funcionario público al servicio del Estado, a efectos de reafirmar la confianza depositada por la Institución y la comunidad, razón por la que, actuaciones como la desplegada por el actor, en efecto ponen en entredicho la responsabilidad y expectativa de seguridad y decoro que se espera de todos los miembros de tal Institución, además de que pone incluso

en riesgo la seguridad de la comunidad, resultando por tanto como se indicó antes, razonable y proporcional la respuesta de la entidad frente a tales hechos.

Bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia 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 Infante de Marina Profesional José Alejandro Escobar en forma definitiva de manera discrecional y por razones del servicio, previa solicitud del comandante de la Unidad Operativa respectiva 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.

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.

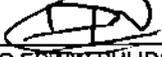
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Angelica A Sandoval A
ANGÉLICA/ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy veintiuno (21) de junio de 2018 se notifica la sentencia anterior
por anotación en el ESTADO No. 014


DIEGO EDWIN PÚLIDO MOLANO
Secretario

MPV.