

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DEL EJERCITO NACIONAL –La no presencia del superior jerárquico en el comité de evaluación no vicia la ilegalidad del acto administrativo

De acuerdo con lo establecido en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, en la integración del Comité de Evaluación debió estar presente el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenecía el oficial o suboficial cuya desvinculación se recomendó. Sin embargo, al cotejar el contenido del Acta del Comité de Evaluación No. 127 del 13 de octubre de 2000 (fls. 293 – 301) se logró establecer que al Comité aludido no asistió el Comandante del Batallón de Contraguerrillas No. 35 CR. JAIME DÍAZ, esto es, el Coronel JOSE LIBORIO BERMUDEZ SARMIENTO, quien para el momento en que se hizo efectivo el retiro del actor, fungía como tal de acuerdo a la certificación obrante a folio 387. Estima la Sala que la inasistencia al Comité de Evaluación del superior jerárquico inmediato del suboficial para la toma de decisión en esta clase de situaciones administrativas, por sí sola no torna al acto administrativo enjuiciado ilegal, menos aún, por tratarse de una decisión de carácter discrecional, circunstancia que no le genera fuero alguno de estabilidad, ni mucho menos puede ser un límite a la potestad discrecional que la norma le otorga al nominador para que implique la pérdida de eficacia y validez del acto controvertido.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1790 DE 2000 – ARTICULO 99 / DECRETO 1790 DE 2000 – ARTICULO 100 / DECRETO 1790 DE 2000 – ARTICULO 104

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-25-000-2001-02294-02(1010-10)

Actor: JUAN MANUEL BUSTAMANTE ANTOLÍNEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de junio de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas

de la demanda instaurada por Juan Manuel Bustamante Antolínez contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., la parte actora por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 926 del 26 de octubre de 2000, expedida por el Comandante General del Ejército Nacional, por medio de la cual se dispuso su retiro del servicio activo del Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al cargo y grado que tenía cuando se produjo su desvinculación del servicio, reconociéndole los ascensos que se hayan consolidado posteriormente y a los cuales tenga derecho y se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales, ascensos y demás emolumentos prestacionales dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando sea legalmente reintegrado sin solución de continuidad.

Como hechos de la demanda, expuso que prestó sus servicios por espacio de ocho (8) años, nueve (9) meses y tres (3) días de acuerdo a la hoja de vida y fue ascendido paulatinamente hasta obtener el grado de Sargento Segundo, grado del cual fue retirado mediante el acto acusado. Su labor en la institución militar fue ejercida con honradez, lealtad, disciplina y responsabilidad de acuerdo a la hoja de vida.

Señaló que el “Comando General del Ejército Nacional decide dar al traste con la carrera de mi asistido, malogrando parte de su juventud y sus esperanzas y dejando a su familia sin sustento, al emitir una resolución, así como un acto preparatorio (el acta del Comité de Evaluación), carente de todo soporte fáctico,

pues únicamente adujo retirarlo por “razones del servicio”, las cuales **no** existen en este caso, pues el actor jamás incurrió en conductas penales o disciplinariamente reprochables, ni mucho menos en ACTOS VIOLATORIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (Genocidio, torturas, masacres, desplazamientos forzados, secuestros, etc.) o en general la prestación de un servicio deficiente a la comunidad; por lo tanto no existían razones para retirarlo ...”.

Sostuvo que en la conformación del Comité de Evaluación que recomendó su retiro no se encontraba presente el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenecía, incurriendo en violación a lo establecido en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000

Adujo que durante su permanencia en la institución demostró responsabilidad en el cumplimiento de las misiones y tareas encomendadas.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por sentencia del 12 de junio de 2008, denegó las pretensiones de la demanda al considerar que dentro del plenario no obra prueba que haya sindicado al actor de su participación en la comisión de presuntos actos violatorios de los derechos humanos y que por tal motivo se haya dispuesto el retiro del servicio. Así mismo, no obra prueba de la incidencia del Gobierno de Estados Unidos en la decisión de retirarlo del servicio ni se evidencian los supuestos vicios de nulidad que se indican en la demanda. Conforme a lo anterior, el retiro del actor obedeció al ejercicio de la facultad discrecional otorgada a la administración por los artículos 99, 100 y 104 del Decreto 1790 de 2000, es decir, por razones del servicio y sólo requería del concepto previo del Comité de Evaluación.

Respecto a la expedición irregular del acto acusado, por ausencia del Comandante de la Unidad Operativa en el Comité de Evaluación que recomendó el retiro del actor, manifestó que en la norma aplicable no se establece en forma expresa que para efectos de validez de las decisiones debe conformarse una mayoría especial, es decir, debe contarse con la mayoría simple de sus miembros en armonía con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1790 de 1990.

Consecuentemente con lo anterior, al no haberse demostrado que las razones que determinaron la desvinculación del actor fueran ajenas al interés general, ni que con ocasión del retiro se hubiese producido un desmejoramiento en la prestación del servicio, se entiende que el retiro del actor obedeció al ejercicio de la facultad discrecional conferida al Comandante del Ejército Nacional de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1790 de 2000.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora apeló oportunamente la decisión del Tribunal solicitando que se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones del libelo.

Reiteró el demandante que el acto acusado incurrió en expedición irregular en atención a que en el Comité de Evaluación que analizó la hoja de vida, intervinieron 25 altos mandos, pero no intervino el Comandante de la Unidad Operativa a la que pertenecía, es decir, el Comandante del Batallón José Liborio Bermúdez Sarmiento de la Compañía Ballesta de Contraguerrilla No. 35, situación que advierte una falla en el proceso de retiro pues era quien debía reunirse para determinar si era procedente o no su retiro.

Adujo la falta de motivación en el acto de retiro implicando un desconocimiento de su dignidad en cuanto no tuvo la oportunidad de conocer las razones del intempestivo retiro de la institución. Así mismo manifestó que se pasó por alto el revisar su hoja de vida, en cuanto se limitó a transcribir las normas referentes al retiro y justificarlo con el argumento que también reposa en el Comité

de Evaluación. Precisó que no existió una apreciación de circunstancias singulares ni criterios objetivos o razonables, ni mucho menos un examen completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro, en cuanto no se estudió su hoja de vida para proceder al retiro o para recomendar el mismo.

Finalmente alegó la desviación de poder en la expedición del acto por cuanto él se opuso a la participación de ciertos superiores en actividades relacionadas con paramilitares. En el plenario obra copia de las múltiples quejas que el actor presentó sobre el particular, desbordando de esta forma la facultad discrecional para retirarlo del servicio activo con el uso abusivo. Sostuvo que la entidad adoptó la facultad discrecional para sancionarlo con el retiro por unos hechos presuntamente constitutivos de faltas disciplinarias y penales, sin concluir primero las respectivas investigaciones, con lo que evidentemente se apartó del fin para el cual fue creada la potestad de mejorar el servicio.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral el señor **JUAN MANUEL BUSTAMANTE ANTOLÍNEZ** a través de apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución 000926 del 26 de octubre de 2000 por medio de la cual el Comandante del Ejército Nacional dispuso su retiro del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal y con pase a la reserva, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, 100 literal a). numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000.

En orden a adoptar la decisión que en derecho corresponda, se procede a realizar las siguientes precisiones.

El mentado acto administrativo acusado fundamentó el retiro del actor en la facultad discrecional conferida y en lo establecido en los artículos 99, 100 literal a., numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, que “modifica las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”.

Disponen las citadas normas:

“ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

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

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

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a. Retiro temporal con pase a la reserva
.....

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este Decreto.

(. . .).”

A su vez el artículo 104 del mismo decreto estableció la posibilidad de retirar a los oficiales y suboficiales por razones del servicio y en forma discrecional, sin importar el tiempo de servicio, **previa recomendación del Comité de Evaluación** para el efecto, en los términos siguientes:

“ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.”

Se trata entonces, de otra forma de retirar del servicio a los oficiales y suboficiales pertenecientes a las Fuerzas Militares (Ejército Nacional), diferente a las existentes, que no implica la imposición de una sanción disciplinaria, sino que se trata de una simple medida de carácter administrativo destinada a la defensa del interés general y al mejoramiento del servicio público.

Tanto en la demanda como en el recurso de apelación, la parte actora alega la nulidad del acto acusado por haber sido expedido en forma irregular, esto es, porque en el Comité de Evaluación que analizó su situación no intervino el Comandante de la Unidad Operativa a la que pertenecía, es decir, el Comandante de la Compañía Ballesta de Contraguerrilla No. 35.

Obra a folio 293 y siguientes, copia del Acta No. 00127 del 13 de octubre de 2000, por la cual el Comité de Evaluación en aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 recomendó el retiro por razones del servicio y en forma discrecional del actor, y aparece firmada por quienes intervinieron en la decisión.

Mediante oficio No. 20135560201141: MDN – CGFM – CE – JEDEH – DIPER –SBD del 12 de marzo de 2013, visible a folio 387 del expediente, el Subdirector de Personal del Ejército Nacional da respuesta al requerimiento realizado, en los siguientes términos:

“ (. . .) me permito informarle, que una vez revisada la base de datos de personal de Ejército se encontró lo siguiente:

Señor Sargento Segundo ® **JUAN MANUEL BUSTAMANTE ANTOLÍNEZ**, se encuentra retirado de la Institución, última Unidad en la que laboró **BATALLÓN DE CONTRAGUERRILLAS No. 35 CR JAIME DIAZ**, con sede actual en La Macarena – Meta.

El señor Coronel **JOSE LIBORIO BERMUDEZ SARMIENTO**, estuvo como comandante del **BATALLÓN DE CONTRAGUERRILLAS No. 35 CR. JAIME DÍAZ**, desde 01 – 12 – 1999 hasta el 01 – 01 – 2001

(. . .).”

De conformidad con el oficio allegado por el Subdirector de Personal del Ejército, el retiro del actor tuvo novedad fiscal a partir del 27 de octubre de 2000 (fl. 108).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, en la integración del Comité de Evaluación debió estar presente el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenecía el oficial o suboficial cuya desvinculación se recomendó. Sin embargo, al cotejar el contenido del Acta del Comité de Evaluación No. 127 del 13 de octubre de 2000 (fls. 293 – 301) se logró establecer que al Comité aludido no asistió el Comandante del Batallón de Contraguerrillas No. 35 CR. JAIME DÍAZ, esto es, el Coronel **JOSE LIBORIO BERMUDEZ**

SARMIENTO, quien para el momento en que se hizo efectivo el retiro del actor, fungía como tal de acuerdo a la certificación obrante a folio 387¹.

No obstante lo anterior, las formalidades que la norma consagra hacen expresa referencia a los requisitos externos de los cuales deben estar revestidos los actos administrativos con el fin de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso. En este sentido se observa en el expediente concepto previo del Comité de Evaluación en el que se recomienda el retiro del servicio del actor, suscrito por altos mandos de la institución². El hecho de que no haya concurrido el superior jerárquico inmediato y directo del actor al aludido Comité de Evaluación, no significa que no se haya hecho un estudio exhaustivo de su hoja de vida y que se hayan evaluado las implicaciones de su retiro, como tampoco que ante la inasistencia se afecte la validez del acto administrativo que dispuso el retiro, teniendo en cuenta que en este caso se trató del ejercicio de la facultad discrecional, sin que sea necesario que la autoridad administrativa manifieste los criterios que tuvo para disponer la separación del servicio.

Se concluye entonces que el Comité de Evaluación que recomendó su retiro, obró dentro de los límites que la norma le señala y realizó un análisis pormenorizado respecto de la situación particular del señor Bustamante Antolínez, sin que sea dable calificar de arbitraria la actuación ante la ausencia de su superior del Comité de Evaluación.

Estima la Sala que la inasistencia al Comité de Evaluación del superior jerárquico inmediato del suboficial para la toma de decisión en esta clase de situaciones administrativas, por sí sola no torna al acto administrativo enjuiciado ilegal, menos aún, por tratarse de una decisión de carácter discrecional, circunstancia que no le genera fuero alguno de estabilidad, ni mucho menos puede

¹ La citada Acta No. 127 del 13 de octubre de 2000 aparece suscrita por el Jefe de Estado Mayor y 2º Comandante del Ejército, por el Inspector General del Ejército, por el Comandante de la Quinta División del Ejército, por el Comandante de la Cuarta División del Ejército, por el Comandante de la Tercera División del Ejército, por el Comandante de la Segunda División del Ejército, por el Comandante de la Primera División del Ejército, por el Jefe de Desarrollo Humano, por el Jefe de Educación y Doctrina, por el Comandante de la Fuerza de Despliegue Rápido, por el Director de Inteligencia, por el Director de Personal y por el Subdirector de Personal – ver folios 293 - 301.

² *Ibídem*

ser un límite a la potestad discrecional que la norma le otorga al nominador para que implique la pérdida de eficacia y validez del acto controvertido.

Analizado lo anterior, la Sala considera que la medida adoptada por el Comité de Evaluación que recomendó el retiro del actor se ajustó a la normatividad vigente, en cuanto la entidad estaba en total libertad de estudiar las razones de conveniencia para su permanencia o por el contrario, para retirarlo del servicio.

Así mismo, alegó el actor que su desvinculación tuvo origen en las declaraciones rendidas a los medios de comunicación por parte del Ministro de Defensa Nacional y del Comandante de las Fuerzas Militares y por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos en las que se afirmó que lo que se estaba haciendo hacia el interior de las Fuerzas Militares era aplicar correctivos tendientes a evitar la corrupción y la violación de los derechos humanos.

Para demostrar lo anterior al proceso se allegó copia simple de publicaciones en diarios de amplia circulación (fl. 7 – 9) aportadas por el actor, respecto de las que afirma que existe coetaneidad entre la fecha de los hechos allí relatados y su retiro. La Sala observa que la prueba documental aludida, no tiene la suficiente contundencia para establecer que efectivamente la entidad demandada utilizó incorrectamente el poder discrecional, pues si bien entre las declaraciones aludidas y el retiro del actor existe cercanía temporal, ello no da certeza directa de la relación de causalidad.

Esta información dada por los medios de comunicación no se puede considerar prueba idónea válida que demuestre la desviación de poder alegada, pues se repite, aunque guarde cercanía temporal con el retiro del actor de la institución, no demuestra la veracidad de su contenido y por ende no se puede inferir la relación con el retiro del actor

Esta Corporación, respecto del ejercicio de la facultad discrecional, ha manifestado:

“(. . .)

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

“No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

“La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

“No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.).

“Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del

privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

“Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

“En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

“No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

“Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal”³.

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 8 de mayo de 2003, Consejero Ponente doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Número Interno: 3274-02 Actor: José Humberto Medina Donato.

La Sala advierte que el retiro debe estar encaminado al mejoramiento del servicio en la entidad y propender por los intereses generales de la misma, de tal suerte que en estos casos la carga de la prueba le corresponde al actor a cabalidad, quien está obligado a entregar las pruebas que lleven a la certeza incontrovertible de que los motivos o fines que tuvo la administración, son ajenos al mejoramiento del servicio en que se funda la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora para separarlo del cargo.

Conforme a lo anterior, se tiene que el retiro del actor en forma discrecional obedeció a las necesidades del servicio público, presunción esta que no fue desvirtuada dentro del proceso contencioso administrativo a través de los medios probatorios ordinarios, por lo que los requisitos de legalidad del acto se mantienen intactos y la decisión acusada produciendo plenos efectos jurídicos.

En estas condiciones, se impone, en consecuencia, confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del doce (12) de junio de dos mil ocho (2008) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por el señor **JUAN MANUEL BUSTAMANTE ANTOLÍNEZ**.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO