

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO QUE NIEGA RETIRO DEL SERVICIO -
Procede contra decisiones administrativas de la Fuerza Aérea Colombiana
que vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la
libertad de escoger profesión u oficio**

El problema jurídico consiste en establecer si la Fuerza Aérea Colombiana vulneró o no los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de profesión u oficio del actor, al no concederle su retiro del servicio a partir del 1 de enero de 2015 sino a partir del 15 de enero de 2018... Debe la Sala establecer la procedencia o no de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que la vulneración alegada por el demandante es con ocasión de las decisiones administrativas emanadas del Comandante de la Fuerza Aérea de acceder al retiro del servicio solo a partir de enero de 2018. Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional, sobre el tema que se estudia, se pronunció en la sentencia T-1218 de 2003 señalando que aunque si bien es cierto la decisión de no conceder el retiro inmediato a un miembro de las Fuerzas Militares puede ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el mecanismo idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio es la acción de tutela; por lo anterior, esta acción será estudiada por la Sala.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones administrativas que vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, ver sentencia T-1218 de 2003, de la Corte Constitucional.

**LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO - Noción y dimensiones /
DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA
LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO - Límites de los derechos en
el caso de miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional / RETIRO DE
MIEMBROS DE FUERZAS MILITARES - Causales / SOLICITUD DE RETIRO DE
MIEMBROS DE FUERZAS MILITARES - La autoridad competente debe
realizar un análisis del caso concreto para proferir una decisión motivada**

Sobre la libertad de escoger profesión u oficio la Corte Constitucional consideró que es una garantía de la que goza todo ciudadano para elegir la actividad a la que ha de dedicarse. Indicó que esta garantía tiene un sentido positivo y uno negativo en la medida en que cualquier persona puede decidir en forma autónoma si ejerce o no una actividad lícita, con la certeza de que no será obligado a desempeñar una labor contra su propia voluntad de acuerdo con el principio de la libre elección... Sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, se ha establecido por la jurisprudencia constitucional que estos no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad, sin embargo, estos derechos pueden verse limitados en algunos casos especiales como el de las personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales, es decir, los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que en virtud del artículo 217 Constitucional, están llamados a garantizar la defensa de la soberanía nacional. No obstante lo anterior, la ley prevé la posibilidad de que sus miembros se puedan retirar cuando no quieran seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Militares, en los artículos 100 y 101 del Decreto 1790 de 2000... donde establece como causales de retiro la solicitud por parte de uno de sus miembro en cualquier tiempo y, que, esta se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad

competente respectivamente... Estimó la Corte que la limitación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio de los miembros de la Fuerza Pública, debía ser considerada y analizada en cada caso concreto, debido a la importancia de la función que desarrolle determinada persona dependerá del grado en que se encuentre, de su especialidad, del tiempo en el servicio, de la naturaleza de sus funciones, de la capacitación y preparación que se le haya suministrado, del dinero que se haya invertido en su formación, así como del tiempo en el que esa inversión se haya proyectado, entre otros aspectos... Como lo que se presenta es una vulneración derechos fundamentales, considera la jurisprudencia constitucional que esta facultad discrecional debe ser demostrada por quien la invoca, esto es, por la autoridad castrense, ya que lo que se está restringiendo con la negativa al retiro del servicio son derechos fundamentales que, como mínimo, merecen una explicación entre los fundamentos invocados y la realidad, pues son ellos quienes tienen la información que da cuenta de los motivos que tienen para negarla.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 217 / DECRETO 1790 DE 2000 - ARTICULO 100 / DECRETO 1790 DE 2000 - ARTICULO 101

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al deber de motivar el acto que rechaza la solicitud de retiro del servicio de las fuerzas militares, ver sentencias: T-1094 de 2001 y T-1218 de 2003, ambas de la Corte Constitucional.

VULNERACION DE DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO - Omisión de motivación del acto que decide prolongar por 3 años la permanencia del actor en el servicio / NEGACION DEL RETIRO DEL SERVICIO POR RAZONES DE CAPACITACION - La Fuerza Aérea debe aceptar la solicitud de retiro del accionante

No evidencia esta Sala circunstancias especiales que ameriten la necesidad de prolongar la permanencia del accionante al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana por tres años más, ya que del insuficiente material probatorio no se avizora las razones invocadas para ello, pues no es clara la situación de orden público citado ni cuál es el cargo fundamental que ocupa el accionante... Efectivamente, después de realizado el análisis planteado, no encuentra la Sala acreditadas los supuestos señalados por el Comandante de la Fuerza Aérea para que el accionante permanezca en el servicio, tales como son las capacitaciones especiales recibidas, ya que las reseñadas en el escrito solo muestran unas básicas que no incluyen por ejemplo el entrenamiento para el mantenimiento sillas de eyección cargo que señala la institución como fundamental; ni los valores invertidos en su preparación, los cuales deberían ser retribuidos en tiempo pues los cursos indicados son los básicos de corta duración; o el motivo por el cual el Comandante decide que la salida del accionante es un año después de la sugerida por el Jefe de Operaciones Logísticas. Es decir, considera la Sala que no se probó con la respuesta de la accionada cuales eran las circunstancias especiales, reseñadas por la Corte Constitucional que demostraran que el accionante debía permanecer tres años más a órdenes de la institución. Por las anteriores consideraciones, se revocará el fallo recurrido, en cuanto negó el amparo invocado, en su lugar, se tutelarán los derechos a elegir libremente oficio o profesión y al libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia, se ordenará a la accionada que acepte la solicitud de retiro del demandante en los términos que fue expresada.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la procedencia de la acción de tutela en

contra de decisiones administrativas que vulneren los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, ver sentencia T-1218 de 2003, de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00329-01(AC)

Actor: OSCAR ANDRES RINCON OCHOA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZA AEREA COLOMBIANA

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría General de 2 de marzo de 2015, para decidir la impugnación interpuesta por el señor OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA contra la sentencia de 27 de enero de 2015 proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que declaró la carencia actual del objeto con respecto al derecho de petición, y negó la acción de tutela incoada contra La Nación, Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea Colombiana.

I. EL ESCRITO DE TUTELA

1. Hechos¹.

El señor OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA, actuando en nombre propio, manifestó haber ingresado el 13 de enero de 2009 a la Escuela de Suboficiales de la Fuerza Aérea de Colombia, y haberse graduado el 16 de diciembre de 2011 como Tecnólogo en Electrónica Aeronáutica, ubicándose en el grado militar de Aerotécnico, dentro del escalafón.

¹ Folios 1-6

Señaló que en enero de 2011 fue enviado a los Estados Unidos a un curso de capacitación básica de electrónica en aeronaves por tres meses y que, como requisito para ello, debió firmar un compromiso de permanencia en servicio activo con la institución de dos años o de lo contrario, debía pagar una suma de dinero.

Manifestó que por orden del mando militar de la Fuerza Aérea, el 22 de diciembre de 2011 fue asignado a la base aérea CACOM-3 de Barranquilla, en el escuadrón de armamento aéreo cargo para el cual recibió capacitación básica.

Añadió que, pasados dos años, el 14 de agosto de 2014, decidió pasar una solicitud de retiro del servicio activo por no cumplir sus expectativas el cargo que desempeñaba y porque quería iniciar una nueva carrera profesional.

De esta solicitud, se le informó haber iniciado el trámite el 20 de agosto y nuevamente el 1 de octubre de 2014, pasando más de dos meses sin obtener respuesta alguna. Por lo anterior, el 17 de octubre de la misma anualidad decide presentar otra solicitud en la que manifestó su voluntad de “renunciar al curso de ascenso y al ascenso mismo al grado superior militar de Técnico Cuarto” sin que se la haya dado respuesta.

Precisó que en la dependencia donde él estaba, mantenimiento de armamento aéreo, contaba con el personal necesario para el desempeño de esas funciones.

2. Pretensiones.

De conformidad con la situación fáctica expuesta, el señor OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA, solicita la protección de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de profesión u oficio, ordenándole al Comandante de la Fuerza Aérea dar respuesta de fondo a su solicitud, fijando la fecha exacta y razonable de su retiro del servicio, o que, en caso de ser la respuesta negativa, informe las razones imperiosas, adecuadas, necesarias y proporcionales de seguridad nacional o necesidades del servicio que impidan su retiro del mismo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL DE INSTANCIA

Mediante Auto de 20 de enero de 2015 (fl. 14), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, avocó el conocimiento de la acción de tutela instaurada por el señor OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA contra la Fuerza Aérea Colombiana, ordenando su notificación como demandada, para que rindiera informe acerca de la situación fáctica expuesta.

III. INFORME RENDIDO EN EL PROCESO

Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Colombiana².

El Comandante de la entidad accionada rindió informe respecto del escrito de tutela, indicando que con relación al derecho de petición, se presentaba un hecho superado pues este fue resuelto por la entidad el 21 de enero de 2015, y que no existía vulneración de derecho fundamental alguno que permitiera acceder a la acción impetrada.

Afirmó que la institución era respetuosa de los derechos de cada uno de sus integrantes, pero que, no obstante lo anterior, el retiro de los oficiales o suboficiales requería de un procedimiento que debía realizar el Comando, en el cual se evalúan las necesidades del servicio y el interés general, que prima sobre el particular, con el fin de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza Aérea en cuanto a la protección e integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

Indicó que el proceso administrativo que se dio a la solicitud de retiro del demandante el 14 de agosto de 2014, se realizó así: fue presentada pidiendo ser efectiva a partir del 1 de enero de 2015; el jefe de operaciones logísticas aeronáuticas la apoyó pero a partir del 13 de diciembre de 2017 “teniendo en cuenta que pertenece al cuerpo técnico aeronáutico, especialidad electrónica aeronáutica y se desempeña como operario de mantenimiento de sillas de eyección en el Comando Aéreo de Combate No. 3”; adicionalmente determinó que el desempeño del suboficial en la Fuerza era fundamental para la misión constitucional, por lo que de acuerdo con el análisis de la situación actual operativa, las necesidades del personal, el cubrimiento laboral y el alistamiento de personal, el Comando autorizaba el retiro para el 15 de enero de 2018.

² Folios 19-31

Argumentó que contrario a lo señalado por el actor, su labor sí era fundamental para el desarrollo de la misión del Comando ya que su especialidad y la experiencia adquirida eran determinantes para la ejecución de las operaciones aéreas.

Adujo que el tiempo que se establece para el retiro del servicio no era caprichoso sino que este provenía de un estudio detallado de las calidades, especialidad y experiencia de la persona, lo mismo que de la planta de personal, el sistema de relevos planeado en cada grado y el tiempo que se necesite para capacitar a alguien más, así como de la situación de orden público en ese momento, factores determinantes a la hora de decidir sobre la administración de personal. Añadió que al actor se le había formado militarmente por casi tres años, con un costo aproximado de \$24.000.000 los cuales deberían ser retribuidos en tiempo de servicio garantizando así la correcta administración de los recursos. Agregó que no permitir el retiro inmediato de sus miembros en ningún momento vulnera sus derechos, pues los militares son personas con una misión constitucional que cumplir, además de ser piezas importantes y fundamentales dentro de la institución.

De otro lado sostuvo que renunciar al ascenso no era posible, y así se le informó al suboficial el 21 de enero de 2015, ya que estos se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 51, 52 y 54 del Decreto ley 1790 de 2000³ los cuales, una vez cumplidos, se deben aplicar pues ello implica mejoras salariales y prestacionales irrenunciables en el sistema laboral colombiano.

Concluyó que no existía perjuicio irremediable que justificara el amparo solicitado, pues el accionante había elegido libremente su profesión militar y seguiría gozando hasta la fecha en que le sea autorizado su retiro del servicio activo, de todos los derechos y garantías laborales en el desempeño de su cargo

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda , Subsección D, con sentencia de 27 de enero de 2015, declaró la carencia actual del objeto con

³ “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”.

respecto al derecho de petición, y negó la acción de tutela incoada contra La Nación, Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea Colombiana (fs. 38-52).

Hizo un recuento normativo y jurisprudencial con respecto al derecho de petición para concluir que aunque la entidad no dio respuesta a las solicitudes del actor dentro del límite establecido en la ley, ya le fueron contestadas y se le notificaron personalmente configurándose así la figura de hecho superado frente al derecho fundamental de petición.

Sobre el derecho fundamental de libre escogencia de profesión u oficio, indicó que conforme con la sentencia T-718 de 2008 de la Corte Constitucional este derecho no es absoluto sino que en su aplicabilidad y protección deben mirarse ciertas limitantes tales como si tiene repercusiones de índole general que puedan afectar la comunidad, o existan restricciones legales debidamente motivadas, que no permitan desarrollar la facultad de abandonar o cambiar las condiciones laborales; o que sea una actividad de aquellas cuya finalidad sea el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado en cuyo caso el empleador goza de un mayor grado de discrecionalidad o flexibilidad para ejercer la potestad de permitir o no el ejercicio laboral del empleado, ya sea por la naturaleza de las actividades que realiza, el objeto social que se persigue o si las necesidades públicas lo exigen.

Con respecto a los miembros de la fuerza pública, señaló que con mayor razón se aplica esta restricción, toda vez que su misión institucional está orientada al mantenimiento del orden público y la defensa de la soberanía, funciones de orden constitucional que por esto mismo, son parte del orden jurídico interno y que encuadra dentro de los límites establecidos para el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 Superior).

V. LA IMPUGNACIÓN

El actor impugnó el fallo argumentando que el plazo de tres años indicado por la Fuerza Aérea en la respuesta, seguía vulnerando sus derechos fundamentales pues, reiteró, no era su deseo continuar en servicio activo y este plazo en ningún momento cumplía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a ser razonable, necesario y proporcional (fs. 59-67).

En efecto, advirtió que no era cierto que haya recibido capacitación como “operario de mantenimiento de sillas de Eyección de las (sic) especialidad electrónica aeronáutica del Cuerpo Técnico Aeronáutico” sino como tecnólogo en electrónica, conocimientos que no había utilizado ya que desde que inició el servicio activo fue asignado al escuadrón de armamento aéreo, en manipulación de armamento para aeronaves, cargo que ha desempeñado con varias personas, algunas con más experiencia que él, lo cual demostraría que no es necesario esperar tres años para su retiro.

Además, indicó que la capacitación que hizo para el cargo que ha desempeñado fue de dos meses y el resto de las capacitaciones recibidas han sido las básicas que reciben todos los suboficiales en la escuela militar por la que tienen que pagar aproximadamente 18 millones de pesos.

Consideró que no se demostró por parte de las fuerzas militares que existieran razones de seguridad nacional o especiales del servicio que ameritaran la restricción de sus derechos fundamentales por tres años, desconociendo los precedentes constitucionales en cuanto a que debía fundarse en razones legítimas y proporcionales que permitieran garantizar los derechos fundamentales involucrados, por lo que solicitó tener en cuenta la circunstancias actuales del País.

VI. CONSIDERACIONES

Es la acción de tutela un instrumento jurídico de carácter subsidiario e inmediato, que busca brindarle a la persona la posibilidad de acudir a la justicia de una manera informal en procura de obtener protección directa de los derechos constitucionales fundamentales; siendo procedente solo en aquellos casos en que el ciudadano no disponga de otros medios de defensa judicial, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales por tratarse de un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades o de particulares, en los casos que señale la ley.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que “Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, el 27 de enero de 2015.

2. Cuestión previa.

Conforme se establece en el expediente, al actor se le contestó el derecho de petición por el cual instauró la presente acción, sin que en la impugnación presentara objeciones al mismo, lo que hace que con respecto a esta solicitud, se presente el hecho superado establecido por el Tribunal, por lo que no se hará pronunciamiento al respecto.

3. Problema Jurídico.

El problema jurídico consiste en establecer si la Fuerza Aérea Colombiana vulneró o no los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia de profesión u oficio del señor Oscar Andrés Rincón Ochoa, al no concederle su retiro del servicio a partir del 1 de enero de 2015 sino a partir del 15 de enero de 2018.

4. Procedencia de la acción de tutela.

Debe la Sala establecer la procedencia o no de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que la vulneración alegada por el demandante es con ocasión de las decisiones administrativas emanadas del Comandante de la Fuerza Aérea de acceder al retiro del servicio solo a partir de enero de 2018.

Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional, sobre el tema que se estudia, se pronunció en la sentencia T-1218 de 2003 señalando que aunque si bien es cierto la decisión de no conceder el retiro inmediato a un miembro de las Fuerzas

Militares puede ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “el mecanismo idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio es la acción de tutela”; por lo anterior, esta acción será estudiada por la Sala.

Sobre la libertad de escoger profesión u oficio la Corte Constitucional consideró que es una garantía de la que goza todo ciudadano para elegir la actividad a la que ha de dedicarse. Indicó que esta garantía tiene un sentido positivo y uno negativo en la medida en que cualquier persona puede decidir en forma autónoma si ejerce o no una actividad lícita, con la certeza de que no será obligado a desempeñar una labor contra su propia voluntad de acuerdo con el principio de la libre elección.

No obstante lo anterior, consideró la Corte que estos derechos fundamentales no son absolutos para todos los ciudadanos, ya que pueden verse limitados, por ejemplo, en el caso de personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales, como ocurre con los miembros de la Fuerzas Militares los cuales, en virtud del artículo 217 de la Constitución, están llamados a garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional cuando establece que es la ley la que “... determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares ...”. Esto quiere decir que en cuanto a derechos se refiere, la misma Constitución consagra expresamente algunas limitaciones no previstas para los demás ciudadanos.

Con fundamento en el anterior argumento estimó la Corte que la limitación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio de los miembros de la Fuerza Pública, debía ser considerada y analizada en cada caso concreto, debido a: “La importancia de la función que desarrolle determinada persona dependerá del grado en que se encuentre, de su especialidad, del tiempo en el servicio, de la naturaleza de sus funciones, de la capacitación y preparación que se le haya suministrado, del dinero que se haya invertido en su formación, así como del tiempo en el que esa inversión se haya proyectado, entre otros aspectos.”.

Por consiguiente, cada caso debe estudiarse y analizarse de acuerdo con el impacto social que dicha actividad genera a la sociedad y los posibles perjuicios,

es decir, que cuando el trabajo compromete de manera negativa directa los intereses generales, las restricciones aumentan y probablemente se desataría la vulneración de otros derechos fundamentales.

Así las cosas, la Sala procederá a realizar el estudio del caso planteado.

5. El caso concreto.

Considera el actor que la actuación de la Fuerza Aérea Colombiana trasgrede sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de ejercer profesión u oficio por cuanto no existen motivos reales, razonables, necesarios y proporcionales para retenerlo por tres años más en la institución, pues el cargo que desempeña lo realizan otras personas, inclusive, con más experiencia que él.

En el presente asunto debe verificarse si la negativa de la Institución a la solicitud de retiro inmediato, reúnen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha considerado necesarios para que pueda considerarse como razonable y proporcional.

Antes de analizar la controversia, se hará una reseña de los escritos presentados por las partes, así:

En el escrito de tutela el actor manifiesta: i) que en enero de 2011 fue enviado a Estados Unidos, por tres meses, a tomar un curso de capacitación básica en electrónica en aeronaves; ii) que para tomar dicho curso, tuvo que firmar un compromiso de permanencia en servicio activo de dos años o de lo contrario debía pagar una cláusula de dinero; iii) que se graduó en diciembre de 2011 en el grado militar de Aerotécnico; iv) que posterior al grado, fue asignado para desempeñarse en el escuadrón de armamento aéreo realizando manipulación de armamento para las aeronaves, división que contaba con varios funcionarios que cumplían la misma labor, algunos con mayor experiencia y capacitación que él; y v) que a pesar de la capacitación recibida en San Antonio, Texas, nunca la puso en práctica pues la manipulación de armamento para las aeronaves no requerían de dicho conocimiento.

Por su parte el Comandante de la Fuerza Aérea en el informe presentado al proceso, solicitó permitir el transcurso del tiempo estipulado por la institución para el retiro del tutelante como tiempo razonable para preparar el reemplazo del mismo, ya que esto evitaría ocasionar daños a la institución pues eran considerables las solicitudes de retiro inmediato presentadas, lo que hacía necesario capacitar nuevo personal para su reemplazo.

Entre los argumentos planteados en su escrito, manifestó que una vez presentada la solicitud de retiro por parte del actor, se llevó a cabo un proceso administrativo por parte del Jefe de Operaciones Logísticas Aeronáuticas, área funcional a la cual pertenecía el suboficial, en el cual se estudió su especialidad, la capacitación recibida, experiencia, el área en que se encontraba laborando, el movimiento y rotación, así como el sistema de relevos programados o planeados para cada grado y cargo, para concluir que creía pertinente autorizar el retiro del actor para el 13 de diciembre de 2017.

No obstante lo anterior, consideró el Comandante de la accionada que la labor del actor era fundamental para el desarrollo de la misión constitucional, esto es, "operario de mantenimiento de sillas de eyección en el Comando Aéreo de Combate No. 3", por lo tanto la fecha que autorizaba para el retiro del señor Rincón Ochoa era a partir del 15 de enero de 2018.

Aseveró para ello que las Fuerzas Armadas habían formado militarmente al accionante en la escuela de suboficiales durante dos años y once meses; que posteriormente en diciembre de 2011, ingresó al escalafón militar como "Aerotécnico Especialista en Electrónica Aeronáutica", Escuadrón de Armamento Aéreo del Comando Aéreo de Combate No. 3 y que, adicionalmente, había sido capacitado en los cursos básicos de mantenimiento de los equipos A-37B, A-29 y C-95; lavado de aeronaves; despachador de línea de vuelo; y armamento aéreo, ello con un costo de \$22.958.320 (fl.24), lo que hacía necesario que esta inversión fuera retribuida en tiempo de servicios a la institución en cumplimiento de la misión constitucional asignada.

Además de lo anterior, se refirió a las normas que rigen el retiro del personal militar para concluir que no permitir que ello se de en forma inmediata, no vulnera derecho alguno de sus miembros, pues son piezas fundamentales con una misión

constitucional que cumplir que hace necesario el estudio de cada caso en concreto tal como se dio en el presente caso.

Hizo alusión a los derechos señalados como violados en la tutela, indicando que el de petición fue contestado en los términos solicitados; que no se demostró un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción impetrada, pues el actor había escogido libremente su profesión como militar conociendo de antemano las limitaciones que tenía; y que frente al libre desarrollo de la personalidad, el Consejo de Estado se había pronunciado en la sentencia de 4 de diciembre de 2013⁴, en la que dijo que estos derechos no eran absolutos para los miembros de las fuerzas militares del país, y que la justificación para ello era los fines esenciales que cumplían los miembros de las fuerzas armadas, que no era otro que la defensa de nacional; resaltó que en dicha sentencia se concluyó que no era dable que “quien pertenezca a las Fuerzas Militares como oficial o suboficial desconozca las limitantes a sus derechos, las cuales aceptan de manera voluntaria al momento de incorporarse”.

Por su parte, el accionante manifestó en la impugnación que las capacitaciones recibidas eran las básicas y que todos los estudiantes debían pagar por ellas cuando hacían el curso en la Escuela de Suboficiales de la Fuerza Aérea; que él había cancelado aproximadamente \$18.000.000 (fl. 63) por ellas; igualmente sostuvo que nunca recibió capacitación como operario de mantenimiento de sillas de eyección y que el curso que tomó en Estados Unidos fue de tres meses los cuales debía pagar con tiempo de servicios en la institución por dos años, tiempo que ya había cumplido.

Una vez analizados los hechos planteados, y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia T-1218 de 2003 se pronunció en un caso muy similar al de estudio, considera la Sala que la acción de tutela tiene vocación de prosperidad por los motivos que se pasan a explicar.

Sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, se ha establecido por la jurisprudencia constitucional que estos no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad, sin embargo, estos derechos pueden verse limitados en algunos casos especiales como el de

⁴ Radicación N.º 250002324000201304219-01; Tutelante: Rafael de Jesús González Delgado; Tutelado: Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea; M.P. Susana Buitrago Valencia.

las personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales, es decir, los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que en virtud del artículo 217 Constitucional, están llamados a garantizar la defensa de la soberanía nacional.

No obstante lo anterior, la ley prevé la posibilidad de que sus miembros se puedan retirar cuando no quieran seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Militares, en los artículos 100 y 101 del Decreto 1790 de 2000⁵ “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, donde establece como causales de retiro la solicitud por parte de uno de sus miembros en cualquier tiempo y, que, esta se concederá “cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente” respectivamente.

Debe entenderse que median razones de seguridad nacional o especiales del servicio cuando la decisión tomada por el nominador es instaurada con fines constitucionalmente admisibles, esto es, “fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados”⁶, lo cual quiere decir que esta facultad no es del todo discrecional sino que debe ser adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar un fin legítimo que no es otro que garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a la Fuerza Pública.

Ahora bien, como lo que se presenta es una vulneración de derechos fundamentales, considera la jurisprudencia constitucional que esta facultad discrecional debe ser demostrada por quien la invoca, esto es, por la autoridad castrense, ya que lo que se está restringiendo con la negativa al retiro del servicio son derechos fundamentales que, como mínimo, merecen una explicación entre los

⁵ “ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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:
(...)”

“ARTÍCULO 101. SOLICITUD DE RETIRO. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007> Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto.”

⁶ Sentencia T-1094 de 2001

fundamentos invocados y la realidad, pues son ellos quienes tienen la información que da cuenta de los motivos que tienen para negarla.

Lo anterior por cuanto no siempre invocar la situación actual de conflicto interno constituye razón suficiente para mantener en servicio activo a una persona que no desea permanecer en él, pues la situación de orden público que enfrenta Colombia desde hace años ha ido adquiriendo cierto grado de cotidianidad en la vida política, económica y social del país, por lo que aducir simplemente la situación de orden público no representa *per se* un argumento para fundamentar "razones de seguridad nacional o especiales del servicio" con el fin de mantener, contra su voluntad, a un oficial o suboficial en la Fuerza Militar⁷.

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

En efecto, en la respuesta a la solicitud de retiro del servicio enviada por el Jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea Colombiana al accionante, se le indica:

“El Comando, teniendo en cuenta las actividades especiales del servicio que le han sido encomendadas y las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el País por parte de las organizaciones al margen de la Ley, ha decidido con fundamento en el artículo 101 del Decreto 1790/00 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo a partir del **15-Enero-2018**, salvo que la situación mencionada perdure o se agrave.
(...)”

Efectivamente, después de realizado el análisis planteado, no encuentra la Sala acreditadas los supuestos señalados por el Comandante de la Fuerza Aérea para que el accionante permanezca en el servicio, tales como son las capacitaciones especiales recibidas, ya que las reseñadas en el escrito solo muestran unas básicas que no incluyen por ejemplo el entrenamiento para el “mantenimiento sillas de eyección” cargo que señala la institución como fundamental; ni los valores invertidos en su preparación, los cuales deberían ser retribuidos en tiempo

⁷ Sentencia T-1218 de 2003

pues los cursos indicados son los básicos de corta duración; o el motivo por el cual el Comandante decide que la salida del accionante es una año después de la sugerida por el Jefe de Operaciones Logísticas. Es decir, considera la Sala que no se probó con la respuesta de la accionada cuales eran las circunstancias especiales, reseñadas por la Corte Constitucional que demostraran que el accionante debía permanecer tres años más a órdenes de la institución.

Por las anteriores consideraciones, se revocará el fallo recurrido, en cuanto negó el amparo invocado, en su lugar, se tutelarán los derechos a elegir libremente oficio o profesión y al libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia, se ordenará a la accionada que acepte la solicitud de retiro del demandante en los términos que fue expresada.

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

VII. FALLA

REVOCASE la sentencia de 27 de enero de 2015 proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que negó la acción de tutela interpuesta por OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA contra La Nación, Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea Colombiana, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: TUTÉLENSE los derechos fundamentales a elegir libremente oficio o profesión y al libre desarrollo de la personalidad del señor OSCAR ANDRÉS RINCÓN OCHOA.

SEGUNDO: ORDENASE a la Nación-Ministerio de Defensa- Fuerza Aérea Colombiana, aceptar la solicitud de retiro del actor en la forma que fue expresada, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de esta

providencia, por las razones expuestas en la parte motiva. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de la entidad demandada a manifestar su desacuerdo frente a las motivaciones expuestas en la solicitud de retiro.

TERCERO: LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

CUARTO: En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por Secretaría General de la Corporación, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ