



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 065

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor **YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 72.233.164, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, elevando las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0230 del 7 de marzo de 2014, por la cual se retiró del servicio activo por “Llamamiento a Calificar Servicio” al señor Sargento Primero de I.M. YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

Que se condene a reintegrar al servicio activo al actor sin solución de continuidad, en el grado y cargo que le corresponda, teniendo en cuenta su antigüedad, con el reconocimiento de los ascensos pertinentes que se hayan causado durante su desvinculación.

Que se condene a la demandada a pagar al señor YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA los ajustes salariales a los que tiene derecho, reliquidación de prestaciones sociales entre lo que devenga como Suboficial retirado (asignación de retiro) y lo que realmente debería estar devengando en actividad según su grado y antigüedad; igualmente que se condene al pago de bonificaciones, primas, vacaciones y demás conceptos salariales que devengaba en actividad y que al ser retirado le fueron suspendidos, con los aumentos salariales que año a año se hayan causado, desde su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado al servicio activo.

¹ Folios 24-34 cdno. ppal I.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Que se declare que para todos los efectos legales en especial para reliquidación de prestaciones sociales, prima de antigüedad, tiempo de servicio, ascenso y otros factores, no ha existido solución de continuidad desde que se retiró del servicio activo hasta que sea reintegrado a la Armada Nacional.

Que sobre las sumas reconocidas se aplique la indexación e intereses comerciales y moratorios.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

El actor prestaba sus servicios en la Armada Nacional – Infantería de Marina, ostentando el grado de Sargento Primero, para octubre de 2009 pertenecía a la Unidad Grupo Tarea con sede en San José del Guaviare.

El 24 de diciembre de 2009, efectuó formalmente presentación militar por traslado a la Unidad Militar – Batallón de Comando y Apoyo de I.M. No. 2 (BACAIM 2), sede Coveñas – Sucre y el entonces Comandante del Batallón, lo nombró de manera verbal como Almacenista del Batallón BACAIM2, sin que el actor contara con capacitación administrativa para su función y solo 7 meses después de estar desempeñando el cargo, se nombró mediante orden del día No. 059 del 19 de julio de 2013.

El señor TNLAM LEURIS GUERRERO MANCERA – Jefe Abastecimiento, en calidad de superior del Suboficial MOLINARES, le ordenó como Almacenista de la Unidad Militar, el día 14 de diciembre de 2013, mediante llamada telefónica que si podía se guardara un regalo de los que había recibido de Presidencia y que si tenía que devolverlo lo hiciera, ya que como Jefe de Abastecimiento le hacían solicitudes de apoyo de las Unidades Tácticas de la BEIM y mucho más en temporada navideña; que dicho regalo tenía como destino de acuerdo a lo explicado por el superior, apoyar las diferentes actividades que se realizaban en esa temporada.

El 3 de febrero de 2014, el Comando de la Armada Nacional requirió al señor TNLAM LEURIS GUERRERO MANCERA – Jefe Abastecimiento, para que elevara informe sobre la novedad con los regalos de navidad y donde se explicara que fue él como superior, quien le pidió al Suboficial MOLINARES – Almacenista, guardar un regalo procedente de Presidencia, quedando dicho regalo disponible en el almacén.

Por Resolución No. 0230 del 7 de marzo de 2014, el Comandante de la Armada Nacional resolvió retirar del servicio activo al señor Sargento Primero MOLINARES ESCORCIA YAIR JESÚS por facultad discrecional.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas: Arts. 1, 2, 6, 13, 16, 25, 29, 91 y 125 de la Constitución Política.

Como concepto de violación expuso lo siguiente:

Que el acto demandado está viciado de nulidad por falsa motivación, expedición irregular por violación de la Constitución y la ley, desviación de poder – abuso de poder, con violación del debido proceso, derecho a la defensa, contradicción e igualdad respecto de las normas propias de la carrera militar.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Expuso que las razones esgrimidas en el acto que retira al Suboficial MOLINARES ESCORCIA no son objetivas según las pruebas documentales aportadas con la demanda, toda vez que en sus consideraciones se evidencia la falsa motivación al hacer creer que el demandante actuó bajo un interés personal al guardar un regalo del almacén de la unidad militar, por lo que se dejó de un lado la génesis del actuar del demandante, que era una orden del superior.

Adujo que se desconoció el informe del Oficial superior de MOLINARES, que da cuenta no solo de la orden clara dada al demandante, sino de la finalidad de guardar un regalo, como era suplir necesidades institucionales frente a los requerimientos de apoyo que recibía el superior para satisfacer, no necesidades propias, sino para la misma institución militar.

Lo anterior, también indicó que se evidenciaba con la documentación obrante en la investigación disciplinaria.

Que el Jefe Abastecimiento, Teniente LEURIS GUERRERO MANCERA por escrito el 3 de febrero de 2014, reiteró lo manifestado en su informe el 17 de diciembre de 2013.

Argumentó que está demostrado que MOLINARES ESCORCIA no sustrajo de manera ilícita ningún regalo del Almacén de la Unidad Militar y que solo cumplió una orden de su superior inmediato, como se evidencia en los informes reiterativos rendidos por éste último, que le ordenó al Almacenista MOLINARES ESCORCIA, guardar un regalo en el Almacén, al punto que fue devuelto porque así lo había ordenado su superior, por lo que actuó conforme el mandato del art. 91 Constitucional.

Sustentó que al no haber una verdadera motivación respecto de las circunstancias y la forma como ocurrieron los hechos, se incurrió en falsa motivación y desviación de poder.

Aludió a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad con que se debe ejercer la facultad discrecional y a la violación del debido proceso, por la recomendación de retiro y su posterior concreción en el acto administrativo por circunstancias que no son reales conforme a las pruebas documentales existentes.

2. Contestación de la demanda (fls. 58 a 67 cdno. ppal.)

Respecto a los hechos de la demanda, sostuvo que en lo narrado por el actor de que fue encargado verbalmente como almacenista sin capacitación, no obra alguna anotación en la hoja de vida del señor Yair Jesús Molinares Escorcía y precisó que él fue trasladado al Batallón Fluvial de Infantería de Martina No. 42 mediante acto administrativo del 28 de noviembre de 2013.

Expuso que el fundamento principal para el retiro del servicio activo del actor, se basó en razones del servicio con el único fin del mejoramiento y la eficacia del mismo, puesto que se requiere que las actuaciones de los militares se mantengan a la altura de la confianza depositada por el Gobierno Nacional y el mando institucional.

Que como se motivó en la Resolución 0230 del 7 de marzo de 2014, el señor MOLINARES ESCORCIA afectó la buena prestación del servicio a la Armada Nacional de una manera grave con la actitud demostrada frente a la custodia del material donado a la Armada, con lo que se perjudicó la imagen de la institución ante la Presidencia de la República.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sostuvo que la conducta del actor, constituye una afrenta para la prestación del servicio activo, pues se requiere de unas calidades morales, de tal manera que las actividades a las que habitualmente se someten no pueden verse entorpecidas por el debilitamiento o deterioro de la confianza, porque la imagen, idoneidad y legitimidad hacen parte del patrimonio de la Fuerza Pública.

Insistió en que el retiro del servicio del actor tuvo origen en razones del servicio conforme el Decreto 1790 de 2000, norma que enuncia el retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública discrecionalmente, sin que se demuestre su participación en actuaciones delictivas, pues basta con que se vea afectada la prestación del servicio, que en efecto ocurrió con el debilitamiento de la confianza.

Enfatizó que no hubo violación al debido proceso, pues el retiro del servicio del demandante se produjo en legal forma.

Planteó las excepciones de: presunción de legalidad del acto acusado, falta de competencia por el factor territorial, cobro de lo no debido, buena fe e innominada.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 3 de septiembre de 2014², correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo - Sucre; se admitió mediante providencia del 6 de octubre de 2014³, se llevaron a cabo las notificaciones de rigor (fld. 48 a 51 cdno. Ppal. 1). Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez se corrió traslado de las excepciones propuestas⁴, la audiencia inicial se celebró el 15 de marzo de 2017, según acta No. 00013⁵, pero se declaró probada la excepción previa de falta de competencia por el factor territorial y se ordenó la remisión del proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, correspondiéndole por reparto a este Despacho (fl. 314 cdno. Ppal. 2). Mediante auto del 25 de mayo de 2017, se avocó el conocimiento del asunto (fls. 316 y 317 cdno. Ppal. 2) y se dio trámite a la audiencia inicial el 12 de febrero de 2017 (fls. 319 a 322 cdno. Ppal. 2), el 23 de abril de 2018, se realizó la audiencia de pruebas (fls. 329 y 330 cdno. Ppal. 2), en la que se declaró clausurada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para presentar por escrito los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora⁶

Expuso por conducto de su apoderado, que el Oficial LEURIS GUERRERO MANCERA, Jefe de Abastecimiento del BACAIM6, le dio al actor como subalterno, una orden militar con todos los requisitos que establece la Ley 836 de 2003 y los cánones de jerarquía que regulan la vida militar, es decir, una orden militar legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa, contrario a las consideraciones de la Resolución No. 0230 del 7 de marzo de 2014.

² Folio 35 cdno. Ppal. 1.

³ Folio 37 cuaderno principal 1.

⁴ Fl. 132 cdno. Ppal.

⁵ Folios 297-301 cdno. Ppal. 2.

⁶ Folios 331 a 349 cdno ppal 2.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sostuvo que al cumplir la orden del superior, el actor propendió por la disciplina, dando cumplimiento no solo a la norma legal, sino que también acató sus funciones con el ejemplo, y de no haberlo hecho, se hubiera expuesto a la investigación militar por incumplimiento de orden de superior jerárquico.

Insistió que se violó el debido proceso al no tener en cuenta lo expuesto por MOLINARES ESCORCIA y su superior, que manifestó por escrito haber dado la orden como competente y superior del demandante.

Sustentó que las motivaciones del acto demandado eran subjetivas y que el comité recomendó el retiro del servicio al Gobierno Nacional, creyendo que el candidato a retirar era Oficial, pero que como el actor era Suboficial se debió recomendar su retiro al Comandante de la Armada Nacional, que es el nominador.

Cuestionó la forma de sesionar del Comité, porque algunos lo hicieron a través de videoconferencia, respecto de ellos no se sabe cómo firmaron el acta. A su juicio el hecho que el demandante afectó gravemente el servicio, debió ser debatido al interior de un proceso ordinario y no se estableció cómo lo afectó, si estaba cumpliendo una orden de su jefe inmediato.

Adujo falsa motivación porque contrario a lo expresado en el acto de retiro, no se encuentra un documento que refleje que la Armada tuvo en cuenta las evaluaciones y apreciaciones de naturaleza institucional que están debidamente regladas en el Decreto 1790 de 2000, lo que a su vez configura una violación del debido proceso.

Sostuvo que un Comandante de Fuerza no puede postular para retirar por Llamamiento a Calificar Servicios a un Suboficial como el señor YAIR JESÚS MOLINARES ECORCIA que tiene excelentes evaluaciones militares y trayectoria militar.

Reiteró las pretensiones de la demanda.

4.2. De la parte demandada

No se pronunció en esta etapa procesal.

5. Concepto del Ministerio Público

No se pronunció en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Procedibilidad del medio de control y competencia

Teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el señor YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. Caducidad del medio de control

La caducidad es el fenómeno jurídico procesal a través del cual se limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia, convirtiéndose en una carga procesal; no concede derechos subjetivos, por el contrario, apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado, no puede iniciarse válidamente el proceso. Es una figura de orden público, por lo que resulta irrenunciable y se puede declarar de oficio⁷.

En consecuencia:

“(...) la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.”⁸

Bajo este orden de ideas, se evidencia que en este asunto para efectos de caducidad, corresponde aplicar el numeral 2, literal d) del artículo 164 del CPACA, el cual establece:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso el acto administrativo demandado, la Resolución 0230 del 7 de marzo de 2014, le fue comunicada al señor YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA el 12 de marzo de 2014 (fls. 4 a 7 cdno. ppal.).

Así las cosas, la presente demanda está afectada de la figura de la caducidad, toda vez que la parte actora tenía para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, hasta el 13 de julio de 2014 y la solicitud de conciliación extrajudicial solo se radicó el 22 de julio de 2014 (fl. 22 cdno. ppal.).

En consecuencia, de oficio se declarará probada la excepción de caducidad.

3. Condena en costas

En este caso, la parte demandante fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Proceso No. 0833-10. (7 de febrero de 2013; C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila).

⁸ Ibid.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00100-00
Accionante: YAIR JESÚS MOLINARES ESCORCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como no prosperaron las pretensiones de la demanda, pero solamente se encuentran demostradas las agencias en derecho, se deberán reconocer a favor del demandado, en cuantía equivalente a \$300.000, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar probada de oficio la excepción de caducidad, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Se condena en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, según lo expuesto. Las costas se liquidarán por Secretaría.

TERCERO.- Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia.

CUARTO.- Devolver, si a ello hay lugar, los excedentes de gastos del proceso, dejando expresa constancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


ADRIANA PAOLA ARBOLEDA CAMPO