



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.

Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 16 de febrero de 2018

“Sentencia N° 020 de 2018”

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00130-00
Demandante: DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA
AÉREA

Tema: Retiro del servicio discrecional

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señor DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA Capitán ® de la Fuerza Aérea, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del CPACA, actuando por intermedio de apoderado judicial, solicita a esta Jurisdicción se declare la nulidad de la Resolución No. 11431 del 15 de diciembre de 2015, a través de la cual la Nación Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio de la facultad discrecional, lo retiró del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA

AÉREA COLOMBIANA a reintegrarlo al grado de Capitán o a otro de igual o superior categoría y remuneración y le reconozcan los ascensos a los grados inmediatamente superiores que haya dejado de obtener como consecuencia de su retiro y como si no hubiese existido solución de continuidad.

Así mismo, requiere que le paguen todos los salarios, primas, subsidio familiar, vacaciones, cesantías y demás haberes dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, actualizados con el IPC certificado por el DANE, además que se declare para todos los efectos legales que no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido con el demandante desde la fecha de separación hasta la fecha de reintegro al servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana y por lo mismo, no podrá deducírsele suma alguna por tal concepto, debiendo reconocerse el carácter intangible de lo percibido por el actor en dicho interregno. Finalmente, pide que se pague las costas y agencias en derecho del proceso, se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 189 y s.s. y concordantes con el C.P.A.C.A., (fls. 55-56).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

El 26 de julio de 2002 el demandante DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana en calidad de alumno administrativo, el 14 de enero de 2003 fue vinculado a la entidad en el grado de subteniente, después de cursar y aprobar los correspondientes cursos de ascenso alcanzó el grado de Capitán. Durante su vida laboral recibió medallas, condecoraciones y distintivos debido a su buen comportamiento, (fls. 37-40 y 162-177).

El señor Parra Valencia se desempeñó como Subdirector Adquisición de Bienes y Servicios de la Jefatura de Apoyo Logístico desde 2013 hasta el 1º de julio de 2015. Así mismo, mediante las Resoluciones de Delegación N° 2240 del 19 de marzo de 2014 y No. 1549 del 6 de marzo de 2015 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, le delegaron funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios de la entidad, (fl. 38 reverso y C.D. 235).

Como quiera que se evidenciaron algunas inconsistencias en el trámite de contratación adelantado por Capitán DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA, el Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana el 13 de febrero de 2015, realizó unas anotaciones negativas en la hoja de vida, la primera señala que: "Se le realiza una anotación negativa por tomar acciones y emitir órdenes apresuradas obteniendo a futuro responsabilidades contractuales y administrativas. Lo anterior teniendo en cuenta la falta

de supervisión en el envío (sic) de pagos de contratos de la Dirección de Servicios, de la vigencia 2014”, y la segunda se realizó el 28 de febrero de 2015 en estos términos: “El señor oficial realizó trámites administrativos sin el visto bueno del Director de los Servicios en el Contrato 122-00-A teniendo que tomar acciones correctivas tendientes a corregir este mal proceder, enviando dicho contrato a pago sin recibir los elementos a entera satisfacción”, la notificación de tales anotaciones se efectuó el 8 de septiembre de 2015, frente a lo cual el señor Parra Valencia señaló: “interpondré reclamo”, (fls. 164 reverso y 165).

En abril de 2015 el demandante fue sometido a una prueba técnica fisiológica de credibilidad y confiabilidad, a la que accedió de manera libre y voluntaria, en ella efectuó las siguientes manifestaciones:

“... en el contrato de parches que se hizo con la empresa INBOUTEX quien era el supervisor CT PAZ, también ordené que se ingresaran virtualmente y se emitiera la respectiva alta virtual, a pesar que los parches no cumplían con el control de calidad, en razón a que el contratista no alcanzó a cumplir con el control de calidad, en razón a que el contratista no alcanzó a cumplir con el contrato ya que el alto mando no tomó la decisión rápida de cómo querían los parches ... igualmente pasó con lo con los contratos de las toallas con la empresa POVEDA y ASOCIADOS por \$350'000.000 aproximadamente, el contrato de botas y tenis por \$400'000.000 aproximadamente, realizado por la FERRETERÍA SERVIRODAMIENOS y el contratos de camisetas azules por \$320'000.000 aproximadamente y los mosquiteros por \$260'000.000 aproximadamente, donde no cumplieron pero se realizó el mismo procedimiento de recibir virtualmente los elementos y emitir el alta de los de los elementos de la misma forma”

“... me tocó direccionar el contrato que estaba ejecutando la empresa MILEXINC, quien es el representante en Colombia en la empresa INSUMOS DE MODA del señor JUAN CARLOS PÉREZ, debido a que este contrato es en ACOFA y yo realice las especificaciones técnicas para que se lo ganara la empresa, ya que en el año 2014 como no se tomaban la decisión del color de las botas, yo hablé con el contratista el señor Juan para que empezaran a efectuar la producción con tres meses de anterioridad del contrato que estaba por un millón quinientos mil dólares US 1'500.000, correspondientes a botas, overoles, gafas y espadas ... en el 2012 viajé a Estados Unidos como supervisor de ese contrato y estando en Estados Unidos, nació mi hijo y hablé con el señor Juan quien me pagó los tiquetes para devolverme a Colombia ve a mi hijo y, por esta

situación, tengo una relación de amistad con el señor Juan, hasta el punto de que es el padrino de mi hijo ... así mismo, en el año 2013 viajé nuevamente a Estados Unidos en compañía del señor Mauricio Pérez, hermano del señor Juan Pérez quien me trató muy bien y me regaló una chaqueta de 250 dólares y regalos para mi hijo y mi esposa ...”

El 9 de septiembre de 2015, el demandante rindió un informe respecto a su gestión desarrollada como Director de los Servicios (e) de la entidad, en el periodo comprendido entre diciembre de 2014 a enero de 2015, respecto de algunos contratos cuyo objeto era la adquisición de material de intendencia para la entidad, (fls 127-128).

Dentro de los argumentos expuestos en el informe se encuentran que: al momento de ser encargado como Ordenador del Gasto no le entregaron instrucciones de los asuntos que debían ser atendidos por él; durante diciembre de 2014 a enero de 2015 desempeñó dos cargos y, además, se desempeñó como supervisor de contratos cuyo objeto era adquirir bienes de intendencia; le correspondió atender las justificaciones de los contratistas por el incumplimiento en la entrega oportuna; en su gestión buscó evitar traumatismos jurídicos en los procesos y las decisiones fueron concertadas con los respectivos Subdirectores de DISER, (fls. 127-128).

En respuesta al informe anterior, el Director de Servicios JAL de la Fuerza Aérea Colombiana, a través del Oficio N° 20151850203421 del 14 de septiembre de 2015, le manifestó al accionante que no modificaba, ni eliminaba las dos anotaciones y conceptos negativos en su hoja de vida, dadas las irregularidades en la gestión del cargo que desempeñó entre los meses de diciembre de 2014 a enero de 2015, (fls. 129-132).

El 14 de septiembre de 2015, mediante Acta N° 17 de la misma fecha, el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea Colombiana, presidida por el Director de la Escuela de Posgrados de la entidad, recomendó el retiro del servicio activo del actor por la causal de retiro discrecional, conforme al Decreto Ley 1790 de 2000, artículo 99, numeral 8, literal a del artículo 100 y artículo 104, teniendo en cuenta, entre otras razones, la pérdida de confianza de los altos mandos y de sus subordinados debido a una serie de hechos irregulares en el manejo de contratos de dotación (uniformes y calzado) para las miembros las Fuerzas Militares que presuntamente realizó el accionante en el desempeño de su labor en la Institución y, según el citado Comité, afectaba el desempeño y buen servicio que deben observar los servidores públicos, criterios que se encuentran plasmados en los artículos 217 y 218 Constitucionales, (fls 23-24).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea Colombiana, presidida por el Ministro de Defensa Nacional y con la asistencia de treinta y tres Generales y Oficiales de Insignia de la República, recomendó el retiro del servicio activo del actor por la causal de retiro discrecional, conforme al Decreto Ley 1790 de 2000, artículo 99, numeral 8, literal a del artículo 100 y artículo 104, teniendo en cuenta, entre otras razones, la pérdida de confianza de los altos mandos y de sus subordinados por una serie de hechos irregulares que presuntamente realizó el accionante en el desempeño de su labor en la Institución y, según la entidad, afectaba el desempeño y buen servicio consagrados en los artículos 217 y 218 Constitucionales, de igual forma, tal decisión quedó plasmada en el Acta N° 009/15 del 7 de octubre de 2015 (fls. 25-31).

Como consecuencia de lo anterior, el Ministro de Defensa Nacional mediante Resolución N° 11431 del 15 de diciembre de 2015 - acto acusado -, teniendo en cuenta la recomendación del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea Colombiana y la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, se afirmó que el Capitán ® de la Fuerza Aérea Colombiana DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA violentó leyes, procedimientos contractuales y el Régimen Disciplinario Militar, a pesar de la formación académica que ostentaba lo que produjo la pérdida de la confianza en él, por ello se dispuso retirarlo del servicio activo por la causal “Retiro Discrecional”, conforme al literal a), numeral 8° del artículo 100 y artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 (modificados por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006), en concordancia con los artículos 217 y 218 de la Constitución política de 1991, a partir de la expedición del referido acto administrativo, esto es, el 15 de diciembre de 2015, (fotocopia autenticada por la entidad reposa a folios 20-22 del expediente). El anterior acto administrativo fue notificado personalmente al actor el 18 de diciembre de 2015, según se verifica en la constancia original del acta de notificación que obra a folio 16 del expediente.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes normas de rango constitucional artículos 2 y 29 y de orden legal artículos 2, 3, 4, 6 y 13 de la Ley 836 de 2003, artículos 4, 6, 8, 9, 17 y 21 de la Ley 734 de 2002, artículos 99 y numeral 8°, literal a del artículo 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000.

A fin de lograr sus pretensiones, la parte actora formula los cargos de desconocimiento de la Constitución Política por violación del debido proceso, presunción de inocencia y

defensa material y técnica como causales de anulación del acto acusado, a cuyo efecto expone que:

En las imputaciones efectuadas al demandante, mediante el acto acusado, no se observaron la reglas del debido proceso, por el contrario, se constituyó en un proceso unilateral de juzgamiento al oficial que vulnera su presunción de inocencia y el derecho a la defensa material y técnica, de tal forma que la administración con su facultad discrecional usurpó las funciones del juez administrativo y de plano declaró al Capitán Parra Valencia como responsable de faltas disciplinarias sin haber adelantado el proceso ante juez competente, de tal forma que se desconoció su presunción de inocencia, debido proceso, sin observar calidades profesionales y su hoja de vida.

Considera que el acto administrativo demandado debe ser retirado del ordenamiento jurídico por cuanto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional recomendó al Gobierno Nacional la propuesta de retiro discrecional del servicio activo del oficial Parra Valencia sin que éste hiciera uso de sus derechos, (fls. 55-71).

4. OPOSICIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 83-104). La apodera de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a cada uno de los hechos descritos en la demanda, basó su defensa en la facultad discrecional que ostenta la entidad, la pérdida de la confianza respecto al demandante, la ausencia de desviación de poder en la expedición de acto y la carga probatoria para demostrar la falsa de motivación, a continuación se sintetizan las consideraciones presentadas en estos términos:

Sostiene que el acto acusado fue expedido de conformidad con las facultades establecidas en los artículos 99, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 que autoriza al nominador retirar de forma discrecional, en cualquier tiempo, a Oficiales o Sub oficiales de las Fuerzas militares, pues el objetivo de la misma es la buena prestación del servicio y no busca penalizar ni sancionar faltas.

De tal forma que, el Capitán Parra Valencia al manifestar, de manera libre y voluntaria, conductas que son rechazadas por ir en contra de la formación, adiestramiento y capacitación dada por la Fuerza Aérea tenía conocimiento de las consecuencias

administrativas que ello generaba, como son el retiro discrecional, sin embargo, no interpuso recurso alguno ante las anotaciones que le efectuaron en su hoja de vida.

Refiere la apoderada que, en el presente caso, no se vulneró el debido proceso por cuanto al demandante le habían señalado las irregularidades detectadas en algunos contratos, que él mismo direccionó, las cuales fueron anotadas en su folio de hoja de vida, frente a lo cual no interpuso recurso alguno. Como consecuencia de tal situación, el militar perdió la confianza por parte de sus superiores y compañeros, generando una grave afectación del servicio

Así las cosas, el procedimiento utilizado por la Fuerza Aérea para disponer el retiro del servicio del demandante se desarrolló dentro del marco legal, en uso de una facultad discrecional consagrada por la ley como causal especial de retiro temporal con pase de reserva, sin pérdida de su grado militar, independiente del tiempo de servicio prestado y la conducta observada durante el mismo.

Con fundamento en los argumentos expuestos considera que el acto administrativo censurado reviste de legalidad, sin desviación de poder y debidamente motivado. Respecto a este tema sostiene que la Corte Constitucional en sentencia C-456/98 señaló que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional se presumen que obedecen en aras del buen servicio y quien alegue que se efectuó con desviación de poder debe especificar cuáles son los verdaderos motivos que considera tuvo la administración para expedir el acto enjuiciado y corre con la carga de la prueba, en iguales términos lo señala el Consejo de Estado.¹

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda al no probarse la ilegalidad del acto acusado.

5. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

5.1. Reposa a folios 10 a 12 del expediente, fotocopia informal del “formato de acta de promesa de reserva de personal militar”, en la que el accionante se comprometió a no divulgar información clasificada y reservada sobre los asuntos de los cuales tuvo conocimiento durante el desempeño de su cargo como Director de Programa de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, lo anterior conforme a la

¹ Cita sentencia No. 00039042, radicación 14552 del 97/05/29.

Constitución Política de 1991 y demás normas concordantes. De igual forma, a folios 13 – 14 del plenario milita en fotocopia informal el “formato de acta de compromiso de reserva para funcionarios o contratistas que se desvinculan de la Fuerza Aérea Colombiana”, de tal manera que, una vez retirado del servicio oficial, el señor Parra Giraldo se comprometió a mantener en reserva la información confidencial que posee sobre los asuntos que fueron sometidos a su conocimiento durante el tiempo en que desempeño en el cargo de Director de Programa de Logística Aeronáutica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana. Lo anterior, conforme al artículo 10 de la Ley 1621 de 2013 y los artículos 10 y subsiguientes del Decreto 857 de 2014.

5.2. A folio 19 del expediente, se evidencia una fotocopia informal de la certificación expedida por la Subdirección de Servicios Personales de la Fuerza Aérea Colombiana, el 22 de febrero de 2016, en la que constan el sueldo y demás emolumentos devengados por el accionante correspondientes al mes de noviembre de 2015.

5.3. Resolución N° 11431 del 15 de diciembre de 2015 -acto acusado-, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, por la cual se retiró del servicio activo al Capitán ® de la Fuerza Aérea Colombiana DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA por la causal “Retiro Discrecional”, conforme al literal a, numeral 8° del artículo 100 y artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, en concordancia con los artículo 217 y 218 de la Constitución Política de 1991, a partir de la expedición del referido acto administrativo, esto es, el 15 de diciembre de 2015, (fotocopia autenticada por la entidad reposa a folios 20-22 del expediente). El anterior acto administrativo fue notificado personalmente al actor el 18 de diciembre de 2015, según se verifica en la constancia original del acta de notificación que obra a folio 16 del expediente.

5.4. Figura a folios 23-24 del expediente, fotocopia informal del Acta N° 17 del 14 de septiembre de 2015 mediante la cual el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea Colombiana presidida por el Director de la Escuela de Posgrados de Fuerza Aérea Colombiana, recomendó separar del servicio activo al Capitán ® Parra Valencia por la causal de retiro discrecional, conforme al artículos 99, literal a, numeral 8 del artículo 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006), teniendo en cuenta un estudio de inteligencia, la hoja del vida del demandante y, entre otras razones, la pérdida de confianza de los altos mandos y de sus subordinados por una serie de hechos irregulares en el manejo de contratos que presuntamente realizó el accionante en el desempeño de su labor en la Institución y según el citado Comité afecta el desempeño y buen servicio que deben observar los servidores públicos.

5.5. Acta N° 009/15 del 7 de octubre de 2015 (fotocopia informal visible a folios 25-31 del expediente), suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea Colombiana, presidida por el Ministro de Defensa Nacional y treinta y tres Generales y Oficiales de Insignia de la República, recomendaron el retiro del servicio activo del actor por la causal de retiro discrecional, conforme al Decreto Ley 1790 de 2000, teniendo en cuenta, entre otras razones, la pérdida de confianza de los altos mandos y de sus subordinados por una serie de hechos irregulares que presuntamente realizó el accionante en el desempeño de su labor en la institución y que según la entidad afectaban el desempeño y buen servicio consagrados en los artículos 217 y 218 Constitucionales.

5.6. A folios 32 a 33 del expediente figuran en original y fotocopia autenticada sendas certificaciones expedidas por la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, el 20 de noviembre de 2015 y el 11 de febrero de 2016, que dan cuenta de un curso de ascenso (curso comando) realizado por el accionante entre el 24 de agosto y el 20 de noviembre de 2015.

5.7. A folios 32 a 33 del expediente figuran en original y fotocopia autenticada sendas certificaciones expedidas por la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, el 20 de noviembre de 2015 y el 11 de febrero de 2016, que dan cuenta de un curso de ascenso (curso comando) realizado por el accionante entre el 24 de agosto y el 20 de noviembre de 2015.

5.8. A folios 37 a 40 del expediente figura original del extracto de la hoja de vida del accionante expedida el 4 de enero de 2016 por el Subdirector de la Subdirección de hojas de vida de la Fuerza Aérea Colombiana, en la que se encuentran consignados los datos básicos, estudios realizados, así como el tiempo total de servicios, referencias familiares, condecoraciones, anotaciones positivas, ascensos, cursos de formación, traslados e información jurídica del accionante durante su permanencia al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana.

5.9. Obra a folios 115-119 Acta No. 009 del 7 de octubre de 2015, suscrita por el Comandante General de las Fuerzas Militares y el Ministro de Defensa Nacional, en la que se puso a consideración y aprobación, las propuestas de retiro del servicio activo de varios militares, entre los que se encuentra el demandante.

5.10. Milita fotocopia informal a folios 127-128 del expediente el Oficio N° 20155890012623 del 9 de septiembre de 2015, a través del cual el accionante rindió un informe sobre su gestión efectuada en calidad de Director de los Servicios (e) de la

entidad, en el periodo comprendido entre diciembre de 2014 a enero de 2015, en relación con la gestión adelantada en unos contratos cuyo objeto era la adquisición de material de intendencia.

5.11. Oficio N° 20151850203421 del 14 de septiembre de 2015, suscrito por el Director de Servicios JAL de la Fuerza Aérea Colombiana, en respuesta al informe anterior en el que le indica que en virtud de unas irregularidades en la gestión del cargo que desempeñó en calidad de Director (e) de Servicios Contractuales, entre los meses de diciembre de 2014 a enero de 2015, le fueron efectuadas dos anotaciones y conceptos negativos en su hoja de vida bajo los folios N° 20 y 21, relacionadas con presuntas funciones y determinaciones de carácter administrativo asumidas sin competencia por parte del actor en la gestión de unos contratos suscritos por la entidad y, por tal razón, no modificaba, ni eliminaba dichas anotaciones de su folio de vida (fls. 129-132).

5.12. Obra en fotocopia informal a folio 134 del expediente la certificación de servicios expedida por el Director de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana, el 31 de agosto de 2015, en la que consta que el demandante prestó sus servicios desde el 26 de julio de 2002 a la fecha de expedición del certificado, se desempeñaba en el Área de Coordinación de Especializaciones Operativas de la Fuerza Aérea Colombiana.

5.13. Reposo a folios 162 a 178 fotocopia informal de anexos de la hoja de vida a nombre del señor Parra Valencia David Mauricio, indicando traspaso de funciones, felicitaciones, resultados de pruebas físicas y anotaciones negativas.

5.14. Se tienen en cuenta el interrogatorio rendido por Director de Contrainteligencia de la Fuerza Aérea Colombiana Coronel Armando Quintero Triana, que tuvo lugar en la audiencia de pruebas del 3 de agosto de 2017, en la cual los apoderados de las partes les elevaron las respectivas preguntas, la cual se sintetiza a continuación (fls. 179-182).

5.15. Declaraciones

En la diligencia el Coronel manifestó que en la Fuerza Aérea se efectúa una prueba técnica fisiológica de credibilidad y confiabilidad (polígrafo) que constituye una herramienta que tiene la institución para examinar a todos sus integrantes, a fin de verificar que estos reúnan las calidad personales para hacer parte de la institución, dada la vulnerabilidad que se genera por la información y los procesos administrativos y operacional que manejan. En la institución planearon el uso de esta herramienta de inteligencia y contrainteligencia avalada por militares de alto rango para utilizarla en

todos sus miembros de las distintas áreas funcionales, la cual permite un criterio orientador, que se realiza de manera voluntaria y permite el cumplimiento de los principios y valores que deben observar los militares. Seguidamente explicó el procedimiento de la prueba de polígrafo que adelanta la entidad.

Resaltó que el Capitán ® Parra Valencia diligenció el formato de autorización voluntaria para que le adelantaran la prueba técnica fisiológica de credibilidad y confiabilidad, el que hizo parte de algo rutinario que se adelantó a todos los funcionarios del área donde trabajaba este, la prueba que le adelantaron fue parte de la planeación del uso de esa herramienta que es un criterio orientador y no es la base para tomar decisiones, esta prueba se cruza con otra información que se complementa para la toma de decisiones.

5.16. Obra a folios 184 a 186 respuesta al requerimiento efectuado en la audiencia de pruebas, indicando el proceso de contratación que se adelanta en el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana, las funciones que en materia de contratación adelantaba el Capitán ® Parra Valencia, concretamente durante el periodo comprendido entre los años 2013 hasta julio de 2015, en calidad de Subdirector Adquisición de Bienes y Servicios en la Jefatura de Apoyo Logístico y la delegación de funciones que le fueron conferidas en calidad de Ordenador de Gasto y Supervisor.

En relación con las funciones que efectuaba el militar, aducen que se encontraron algunas inconsistencias en el trámite de contratación que fueron anotadas en su hoja de vida, entre ellas se encuentran: tomar acciones, emitir órdenes apresuradas obteniendo a futuro responsabilidades contractuales y administrativas, la falta de supervisión en el envío de pagos de contratos de la Dirección de los Servicios de la vigencia 2014, realizar trámites administrativos sin el visto bueno del Director de Servicios de un contrato y enviarlo a pago sin recibir los elementos a entera satisfacción.

Finalmente, señalaron que el señor Parra Valencia efectuó algunas manifestaciones en las que se evidencian irregularidades en su actuación contractual que hicieron que sus superiores perdieran la confianza al contrariar las políticas de la entidad en relación con la lucha en contra de la corrupción.

5.17. Un CD que contiene la Resolución No. 6302 del 31 de julio de 2014 por la cual se adopta el manual de contratación del Ministerio de Defensa Nacional; las Resoluciones de Delegación No 2240/14 y 1549/15, en las que se da cuenta las funciones de ordenador del ordenador de gasto y el modelo de resolución por la cual el ordenador

del gasto nombra dentro de cada proceso de selección al Supervisor y se establecen unas funciones, (fl. 235).

5.18. Documento en el que se relaciona un cuadro en el cual se indican los contratos en los que participó el señor Parra Valencia y la relación de los contratos celebrados entre la Fuerza Aérea y el señor Juan Carlos Pérez Gómez representante de la Empresa Insumos de Moda (fl. 199-201).

Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y en la contestación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

6.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante presentados por escrito

Dentro del término legal, el apoderado del demandante presentó los alegatos (fls. 225-238), reiterando los hechos que fueron expuestos en la demanda y que se encuentran probados, como son el ingreso a la Fuerza Aérea, desvinculación, felicitaciones y condecoraciones del señor Parra Valencia.

El apoderado hizo referencia a las anotaciones negativas impuestas en la hoja de vida de su representado que efectuaron los días 13 y 28 de febrero de 2015, pero que tal solo fueron notificadas el 8 de septiembre del mismo año, (frente a las cuales se interpuso reclamo), situación que considera sospechosa pues 14 de septiembre de 2015 el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea del recomendó su retiro.

Afirma las anotaciones negativas fueron el resultado de la prueba de polígrafo que le realizaron al señor Parra Valencia, pero administrativamente no se demostraron las irregularidades por él enunciadas en relación con el trámite de contratación que le correspondía adelantar, lo que quebranta su derecho a la defensa material y técnica y la presunción de inocencia. Además, dicha prueba no podía ser utilizada en contra del oficial para sancionarlo, ni para despedirlo y menos para argumentar la facultad discrecional del despido, incluso si el funcionario autoriza tal prueba, pues, esta no tiene valor probatorio y no puede ser tenida en cuenta como prueba válida en contra de un empleado del Ministerio de Defensa.

De tal forma que, la motivación del acto administrativo censurado al ser sustentado en la prueba de polígrafo, debe considerarse una arbitrariedad por parte de la administración, pues no puede ser utilizada como prueba para despedirlo.

Por lo anterior, el acto acusado debe ser declarado nulo al contener una falsa motivación al asumir hechos que no están probados, en consecuencia, se debe acceder a las súplicas de la demanda y reestablecer todas las garantías fundamentales al demandante Capitán® David Mauricio Parra Valencia.

6.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada presentados por escrito

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea, dentro de la oportunidad legal (fls. 221-234) reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda y se opone a las pretensiones del Capitán® Parra Valencia.

Considera que, el retiro del militar no es una sanción, sino el resultados de unos actos preparatorios, es una discrecionalidad justificada por la pérdida de la confianza al faltar a su obligación que le asistía como servidor público, como es cumplir con eficiencia sus labores en materia contractual que le correspondía adelantar; además, las calidades y la hoja de vida del actor no le otorga fuero de inamovilidad del cargo.

Por lo tanto, el acto administrativo demandado fue expedido por autoridad competente en uso de una facultad discrecional, contando con una recomendación previa del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, debido a las declaraciones efectuadas por el demandante, en el sentido de recibir virtualmente elementos de dos contratos que no ingresaron físicamente, por direccional un contrato con cuantía de un millón quinientos mil dólares (US 1'500.000), en el que realizó las especificaciones para que al contratista se lo adjudicaran, en el año 2012 viajó a estados Unidos a supervisar dicho contrato, estando allá nació su hijo, motivo por el cual el contratista le regaló el tiquete para que regresara a Colombia y el contratista es actualmente el padrino de su hijo. Después de tales afirmaciones la entidad consideró una conducta grave, quebrantando la confianza en los procesos de contratación que se suscriben con patrimonio estatal.

Seguidamente hace referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional C-193/96, C-525/95 y C-072/92, en las que se señala que la facultad discrecional no significa un juicio disciplinario en contra del funcionario ni tampoco es relevante las felicitaciones por el buen servicio, pues ello no genera inamovilidad del cargo.

Finalmente, insiste que, en el presente caso, la decisión adoptada no adelantó con desvío de poder, ni falsa motivación, pues, solo persiguió el fin previsto por el legislador sin que obedeciera a propósitos económicos, partidistas o ideológicos, sino en aras del buen servicio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

7. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

7.1. Problema jurídico

El problema jurídico que debe resolver el Juzgado es si el retiro discrecional del Capitán® David Mauricio Parra Giraldo de la Fuerza Aérea por *voluntad del Gobierno Nacional* se produjo con violación de las normas superiores, desviación de poder y falsa motivación y en caso afirmativo si tiene derecho a que la entidad lo reintegre al cargo que desempeñaba antes de ser retirado del servicio activo o a otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración y consecuentemente le pague todos los salarios, prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que se cumpla la sentencia que ordene el reintegro al servicio.

Para resolverlo tendremos en cuenta los supuestos fácticos, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

7.2. NORMAS APLICABLES, PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y CASO CONCRETO

7.2.1. El régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares por expresa disposición Constitucional, es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos en razón de la funciones que le fueron otorgadas, entre otras, la materialización de un orden justo, tendientes a obtener un mejor servicio según lo indican los artículos 216,² 217,³ y 220⁴ superiores. En atención a los principios que rigen la función pública, el personal dedicado a la actividad militar

² Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

³ Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

⁴ Artículo 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley.

debe acreditar ciertas calidades para su ejercicio, como son "...la eficiencia, la moralidad y una ética a toda prueba"⁵.

De los citados preceptos Constitucionales se derivan las normas que regulan la carrera de los miembros de la Fuerza Pública en cuanto al ingreso, ascensos, causales de retiro, sanciones disciplinarias y sistema de promoción de personal, como es el caso del Decreto – Ley 1790 de 2000⁶.

En la anterior disposición se contempla el retiro discrecional del servicio para el personal de Oficiales y Suboficiales, para lo cual se debe cumplir con una recomendación o concepto previo del Comité de Evaluación o de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, según el caso, mediante acto administrativo debidamente motivado. En concreto la disposición indica lo siguiente:

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

Por su parte la Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 2006, estudió una demanda en contra del anterior artículo que otorga la facultad discrecional, en esa oportunidad declaró la constitucionalidad del citado artículo, resaltando la importancia y la necesidad de la facultad discrecional del nominador al manifestar que las funciones que le son propias a las Fuerzas Militares implican la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, de tal forma que el régimen de carrera de sus funcionarios permite cierta flexibilidad en el retiro discrecional, sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones, reconociendo y respetando los principios constitucionales que la orientan, que pueden ser controlables por vía judicial, a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder.

⁵ Ver sentencia C-525 de 1995.

⁶ Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

El Alto Tribunal consideró que la recomendación que formule el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, "... debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario." Asimismo, consideró que:

"(...) 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 puede ser ejercida la potestad discrecional."

El alto Tribunal Constitucional consideró que las disposiciones acusadas no desconocían el debido proceso, porque el retiro del servicio no era producto de una sanción *"sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado"*, respecto al cargo de violación al derecho de igualdad consideró que no se afecta *"porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función"* a similar conclusión llegó frente al derecho al trabajo al considerar que no se violenta por cuanto a quienes se aplica *"no tienen un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal."*

Por su parte, en relación con el tema del retiro discrecional del servicio, el Consejo de Estado en sentencia de enero de 2011⁷ estimó que tal medida conduce a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta la Fuerza Pública, por ello confirmó la sentencia del *ad quo* por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, al efecto sostuvo que:

⁷ Sentencia del 27 de enero de 2011, proceso radicado 05001-23-31-000-2002-04725-01(1092-10), Sala Contenciosa, Sección Segunda Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

“... cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro discrecional del servicio es la razonabilidad, en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. 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”

Más adelante, el Alto Tribunal en sentencias SU-053 y SU-172 de 2015, unificó el “estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional...”, el cual podrá ser mínimo, pero “plenamente exigible”, si bien dichos actos administrativos no relaten las razones en el cuerpo del acto como tal, sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, cuando se fundamenten en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, debe ser suficiente y razonado, así las cosas 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”, de tal forma que quien se encuentre afectado por la decisión puede “conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación” pues si bien los informes o actas que sirvieron de fundamento pueden ser controlados ante esta jurisdicción, el juez debe valorarlo para determinar la legalidad de los actos, junto con otros elementos como son las hojas de vida de los militares, las evaluaciones de desempeño y las pruebas relevantes que permitan aclarar si hubo o no motivos para el retiro.

Partiendo de lo expuesto se puede concluir que: (i) los Oficiales y las Suboficiales de la Fuerza Aérea pueden ser retirados de manera discrecional por el Gobierno Nacional; (ii) previo al retiro, debe existir un concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, que soporte la decisión; (iii) los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional se deben proferir en aras del buen servicio y atender el principio de proporcionalidad y (iv) el buen desempeño de los militares en las funciones que desarrollan no otorga *per-se* inamovilidad en el cargo público, ni pueden limitar la potestad discrecional del nominador.

8. EL CASO CONCRETO

El demandante DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA Capitán ® de la Fuerza Aérea, prestó sus servicios a la Fuerza Aérea desde el 26 de julio de 2002, durante los años 2013, 2014 y hasta el 1º de julio de 2015 el señor Parra Valencia se desempeñó como Subdirector de Adquisición de Bienes y Servicios de la Jefatura de Apoyo Logístico, así mismo, le delegaron funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios en la entidad, (fls 37-40).

En el ejercicio del cargo del demandante, sus superiores evidenciaron algunas inconsistencias en diversos contratos que le correspondía adelantar, lo que produjo que el Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana, el 13 y 28 de febrero de 2015, efectuara unas anotaciones negativas en la hoja de vida consistentes en: falta de supervisión en la entrega y pagos de algunos contratos, realizar trámites administrativos sin un visto bueno del Director de los Servicios del Contrato y enviar contratos a pago sin recibir lo elementos a entera satisfacción. Por esta razón, el actor presentó un informe que no dio lugar a eliminar las anotaciones negativas (fls. 127-128).

En abril de 2015 el demandante de manera libre y voluntaria se sometió a una prueba técnica fisiológica de credibilidad y confiabilidad (polígrafo), en la que efectuó manifestaciones según las cuales registró virtualmente contratos que no cumplían con la calidad exigida, adelantó las especificaciones técnicas para que a una empresa le fuera adjudicado un contrato cuya cuantía era de un millón quinientos dólares, también ordenó la producción del objeto contractual tres meses antes de la firma del mismo, el contratista, por la relación de amistad que sostenían le dio algunos obsequios y actualmente es el padrino de su hijo.

El Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea Colombiana, presidido por el Director de la Escuela de Posgrados de la entidad, mediante Acta N° 17 del 14 de septiembre de 2015 recomendó el retiro del servicio activo del actor (fl.23-24). Por su parte, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea Colombiana, dirigida por el Ministro de Defensa Nacional y con la asistencia de treinta y tres Generales y Oficiales de Insignia de la República, recomendó el retiro del servicio activo del actor, decisión que se encuentra consignada en el Acta N° 009/15 del 7 de octubre de 2015, en ambas decisiones se tuvieron en cuenta las irregularidades contractuales que dieron lugar a las anotaciones negativas en la hoja de vida del demandante y las manifestaciones efectuadas por él en la prueba técnica fisiológica de credibilidad y confiabilidad (fotocopia informal visible a folios 25-31 del expediente), lo que produjo la pérdida de confianza del accionante en

el desempeño de su labor, afectando el desempeño y buen servicio consagrados en los artículos 217 y 218 Constitucionales.

Las decisiones del Comité y de la Junta fueron sustentadas en la causal de retiro discrecional, establecidas en el Decreto Ley 1790 de 2000, artículos 99, literal a), numeral 8 del art. 100 y 104, modificados por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, teniendo en cuenta las razones anotadas que dieron lugar a la Resolución No. 11431 del 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual el señor DAVID MAURICIO PARRA VALENCIA fue declarado insubsistente a partir de la fecha, en forma temporal con pase de reserva del servicio activo, (fl. 20-22).

Con fundamento en los supuestos fácticos descritos el demandante solicita se declare la nulidad de la anterior resolución y a título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA a reintegrarlo al grado de Capitán o a otro de igual o superior categoría y remuneración y le reconozca los ascensos a los grados inmediatamente superiores que haya dejado de obtener como consecuencia de su retiro, como si no hubiese existido solución de continuidad, toda vez que la Resolución No. 11431 de 2015 –acto acusado– adolece de nulidad al incurrir en desviación de poder, al basarse en un examen de poligrafía que a su juicio no puede tenerse en cuenta.

Por su parte, la entidad demandada sostiene que el acto acusado fue expedido por autoridad competente en uso de una facultad discrecional, contando con una recomendación previa del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con las facultades establecidas en los artículos 99, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 que autoriza al nominador retirar de forma discrecional, en cualquier tiempo a Oficiales o Sub oficiales de las Fuerzas militares, pues el objetivo de la misma es la buena prestación del servicio y no busca penalizar ni sancionar faltas, sino que se justifica por la pérdida de la confianza por la desatención de las obligaciones que le asistía como servidor público en algunos contratos que eran de su competencia. Además, las calidades y la hoja de vida del actor no le otorga fuero de inamovilidad del cargo.

Ahora bien, el Despacho observa que, en la demanda se imputan como cargos de nulidad del acto acusado: (i) desconocimiento de la Constitución Política por violación al debido proceso; (ii) presunción de inocencia y (iii) defensa material y técnica. Al efecto el Despacho se pronunciará teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la demanda.

En relación con el desconocimiento de la Constitución Política por violación al debido proceso, el apoderado sustenta que se efectuó un proceso unilateral de juzgamiento al oficial que vulnera su presunción de inocencia y el derecho a la defensa material y técnica, de tal forma que la administración con su facultad discrecional usurpó las funciones del juez administrativo y de plano declaró al Capitán Parra Valencia como responsable de faltas disciplinarias sin haber adelantado el proceso ante juez competente, de tal forma que se desconoció su presunción de inocencia, debido proceso, sus calidades y su hoja de vida.

Este Despacho considera que en el caso bajo estudio la Carta Política en su artículo 217 prevé que la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Esta disposición fue reglamentada por el Presidente de la República en el Decreto 1790 de 2000, el cual regula el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y permite que por razones del servicio y en forma discrecional, se disponga del retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto y para oficiales, como el demandante, 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 99⁸ de este Decreto, como se anotó esta disposición fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que el acto acusado contó con la recomendación previa del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Fuerza Aérea Colombiana, presidida por el Director de la Escuela de Posgrados de Fuerza Aérea Colombiana y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea Colombiana. Decisiones que estuvieron sustentadas en las anotaciones negativas del 13 y 28 de febrero de 2015, así como en las irregularidades contractuales que se detectaron internamente y en las manifestaciones efectuadas por el actor en la prueba de confiabilidad que le adelantaron.

⁸ 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.

De tal forma que, no se trató de un proceso unilateral de juzgamiento, ni de una situación arbitraria sino del uso de la facultad discrecional con la que cuenta las fuerzas armadas, en momento alguno la constitución y la ley prevé que se debe adelantar un proceso judicial o disciplinario. En este caso el Despacho observa que el retiro discrecional censurado está sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales como son el incumplimiento de las obligaciones que en materia contractual debía adelantar el demandante, la conducta por él desplegada tiene presuntos actos delictivos y de corrupción que deberán ser investigados por el competente, de tal manera que, con el actor no se logró garantizar la eficiencia y eficacia que le corresponde adelantar a la fuerza aérea en sus actuaciones administrativas, por lo tanto se desconocieron los principios constitucionales que orientan la milicia.

Por su parte, el apoderado del demandante no arrimó al proceso prueba alguna que permita desvirtuar la legalidad del acto administrativo, con tal actuación no tuvo en cuenta que en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) el proceso judicial es predominantemente *dispositivo*, es decir que corresponde a las partes probar los hechos en que sustentan sus pretensiones, defensas o excepciones; muestra de ello es que el artículo 103 dispone que quien acuda a esta Jurisdicción “*estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código*”, por tanto, es el demandante quien debe demostrar que el retiro discrecional del servicio por voluntad del gobierno tuvo lugar por motivos ajenos al buen servicio, con desviación de poder o falsa motivación.

Lo anterior adquiere mayor fundamento en virtud de la *presunción de legalidad de los actos administrativos*, presunción hoy consagrada en forma expresa en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, que no es extraña a estos actos de la Fuerza Pública.

La legalidad se debe desvirtuar con probanzas y así lo ha reiterado la Corte Constitucional: “*En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez competente evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así comprobar si se presentó una afectación de los derechos fundamentales.*” Así las cosas, “*...el control material del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa debe comprender no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), y la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), todo ello desde la perspectiva de la Carta Política.*” (T-265 de 2013) pues al atacar un acto administrativo no se puede presumir su ilegalidad sino que esta debe probarse por el demandante a través de los medios probatorios legalmente establecidos.

Como se observa, la presunción de legalidad, que no es una cuestión de mero formalismo, fue consagrada de manera expresa después de la Constitución Política de 1991 en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y producto de la evolución jurisprudencial de las Altas Cortes⁹. Con ella el legislador ordinario, acogiendo el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina, quiso garantizar principios como el de la seguridad jurídica, la igualdad, la coherencia del sistema jurídico, por eso dispuso de manera concreta y expresa en el artículo 88 ibídem, que “*Los actos administrativos se presumen legales*”. Esto hace obligatoria la carga de la prueba en cabeza del demandante de desvirtuar dicha presunción, y sería incoherente frente a esta figura jurídica que la propia entidad tuviera que demostrar la legalidad de su actuación, pues ello tornaría inocua o inútil la citada disposición que el legislador natural y ordinario tuvo a bien afianzar en la nueva codificación. A propósito del efecto útil de las normas, la Corte Constitucional ha señalado que:

*“Si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le resta a esta última todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de inexecutable pura y simple. Ciertamente, en un evento como el mencionado, las dos decisiones - de executable condicionada y de inexecutable - serían, en la práctica, equivalentes, siendo la última mucho más acorde con los principios de eficacia del derecho y de seguridad jurídica. Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre.”*¹⁰ (Resalta el Juzgado).

Por su parte el artículo 167 del C.G.P. reitera que es a las partes a las que les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persiguen.

En la decisión adoptada por la entidad demandada, tanto del Ministro de Defensa Nacional como de los 33 Altos Oficiales que recomendaron el retiro del servicio del

⁹ “Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada “presunción de legalidad” que también recibe los nombres de “presunción de validez”, “presunción de justicia”, y “presunción de legitimidad”. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad. (...) La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene en nulo...” Sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejo de Estado SCA, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna, Radicación 6264.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

demandante, se presume constitucionalmente¹¹ la buena fe en su actuación. Significa lo anterior que esta presunción debe desvirtuarse. Ahora, en el expediente no hay prueba que lleve a este Juzgado 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, o que alguno de los integrantes del Comité o de la Junta o un tercero, haya viciado el consentimiento de los demás a fin de obtener el retiro del servicio del demandante. Menos está demostrada la desviación de poder o la falsa motivación del Ministro y de Defensa al expedir el acto de retiro del servicio aquí cuestionado.

El demandante en su calidad de servidor público estaba sometido al cumplimiento de los procedimientos legales que se tienen establecidos para la contratación de bienes y servicios, de tal forma que su permanencia laboral estaba supeditada al cumplimiento de la constitución y la ley, es decir la naturaleza funcional de la entidad en la que trabaja exige cierta disponibilidad en la remoción del personal, pues estos no tienen *per se* un derecho adquirido.

Como alude el apoderado, en el trámite del retiro no se tuvo en cuenta su hoja de vida, felicitaciones, condecoraciones, distintivos y calificaciones, pero, desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que refieren que las *calificaciones superiores* en el desempeño de las funciones no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador; un buen desempeño en las funciones no otorga *per-se*, inamovilidad en el cargo público, amén de que *“estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos”*, como lo ha explicado el Alto Tribunal, sumado al hecho que, como la propia Corte Constitucional lo ha manifestado en la sentencia citada, *“el retiro del servicio previsto ... no es producto de una sanción ... los miembros de la Fuerza Pública no tienen un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal.”*

Adicionalmente advierte el Despacho que según la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien alega desvío de poder tiene la obligación de probarlo con suficiencia, de forma tal que lleve a pleno convencimiento al fallador de la existencia de tal situación. Así lo manifestó la Sección Segunda del Consejo de Estado

¹¹ Constitución Política, artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantes antes estas”

en Sentencia del 6 de mayo de 2012 dentro del proceso 25000-23-25-000-2002-12596-01(1752-09) al expresar:

“(...) La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 20. de la Constitución Política y artículo 20. 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.

(...)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.” (Negrillas y resaltado del juzgado)

Por lo tanto, no es de recibo el argumento del señor PARRA VALENCIA, según el cual al momento del retiro no tuvieron en cuenta su buena hoja de vida y sus buenas calificaciones a lo largo de la prestación del servicio, toda vez que constituye una obligación de todos los funcionarios públicos cumplir sus funciones y deberes para con la Institución a la que pertenecen, sin que el acatamiento de las obligaciones genere un fuero de estabilidad que le impida al nominador determinar la procedencia o no de la continuidad en el servicio, pues es claro que *la buena conducta en el servicio es indispensable y obligatoria para el desempeño del servidor público.*

El alto Tribunal de lo Contencioso en un fallo¹², en el que se estudió un caso análogo, reiteró: “...se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per-se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio.”

En otras palabras, el hecho de que cumpla con sus deberes y observe buena conducta, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no es impedimento para poder ejercer la facultad de llamamiento a calificar servicios dentro de los parámetros legales. Tampoco que el buen desempeño se constituya autónomamente en causal de

¹² Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”- C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

nulidad del acto del retiro del servicio o que simplemente por eso se considere “*que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.*”, y menos si el llamamiento a calificar servicios es, según la Corte, “*una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.*”, “*sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.*” (T-265-2013).

Ahora bien, el demandante alega que no puede ser tenida en cuenta la prueba del Polígrafo que se le practicó. Al efecto, tenemos que el polígrafo, según definición de la RAE¹³ en un “aparato que registra gráficamente la medición simultánea de varias constantes psicossomáticas, como el pulso, el ritmo cardíaco, etc., y que se utiliza para contrastar la veracidad de un testimonio.” En el caso bajo examen no se discute que los resultados obtenidos por el demandante en la prueba de polígrafo sean ciertos o no, debido a que hay certeza que el demandante actúo de forma irregular en el ejercicio de su cargo, pues de manera clara expuso, entre otros asuntos, que direccionó un contrato con cuantía de un millón quinientos mil dólares (US 1'500.000), realizando especificaciones para que le fuera adjudicado a un contratista determinado. Adicionalmente, aceptó que el contratista le regaló los tiquetes para que regresara a Colombia y también le hizo otros regalos.

En el interrogatorio rendido por el Director de Contrainteligencia de la Fuerza Aérea se evidencio que la prueba de polígrafo se adelanta a los miembros de las distintas área funcionales, en este caso las funciones de Subdirector de Adquisición de Bienes y Servicios, Ordenador del Gasto y Supervisor le permitían un manejo de información de alta confidencialidad, por lo que, resulta comprensible que la entidad accionada vigilara el correcto cumplimiento de sus funciones, lo cual se hacía a cualquier servidor de la entidad y de manera aleatoria, tal y como se demostró por parte del Director de Contrainteligencia de la entidad.

En realidad, es un deber de la entidad vigilar que sus servidores actúen con rectitud y transparencia, escenario en el que se advierte la pertinencia de recurrir de manera preventiva a una prueba como el polígrafo. Por consiguiente la utilización de esta prueba se encuentra ajustada a la Constitución y a la Ley, como herramienta de control sobre los servidores.

¹³ Real Academia Española.

En ese sentido se puede afirmar que no existió una actuación ilegítima o inconstitucional, ni vulneración de la presunción de inocencia, ni tampoco la defensa material por parte de la entidad demandada, al adoptar la prueba de polígrafo, como herramienta de control de sus miembros en este caso del señor Parra Valencia.

Por consiguiente, concluir que la Junta Asesora recomendó el retiro del actor porque la institución había perdido la confianza en él, es razonable, se encuentra fundamentado en el material probatorio obrante en el expediente y estuvo sustentado en razones objetivas y hechos ciertos que fueron concordantes con el fundamento de la facultad discrecional, es decir, se considera que el retiro obedeció a razones del buen servicio y no se evidencia en el acto acusado desviación de poder para buscar una finalidad distinta al buen servicio o para fines distintos de los previstos por la norma.

En este caso también se logró acreditar en el proceso que hubo irregularidades en las actuaciones que le correspondían adelantar al demandante, no solo en la prueba de polígrafo, también estuvo acompañado de las anotaciones negativas de la hoja de vida, una vez lo verificó su superior jerárquico y el aparente desvió de recursos públicos.

Así las cosas, una vez apreciadas las pruebas en su conjunto se puede afirmar que la gravedad de las conductas desplegadas por el demandante dieron lugar al retiro del servicio, así entonces, existieron motivos del servicio que justificaron la decisión de retirar al uniformado David Mauricio Parra Valencia.

En el caso bajo estudio i) el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana cuenta con la potestad que le atribuye la ley para ejercer el retiro discrecional de sus miembros; ii) cuenta con la competencia para ejercerla respecto del Capitán ® David Mauricio Parra Giraldo y iii) la finalidad de la separación del cargo obedeció a la apreciación de circunstancias que evidenciaron el incumplimiento de los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de las funciones y en aras del buen servicio fue separado de su cargo.

En consecuencia, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se registrarán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandante quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$964.155 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO. CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de novecientos sesenta y cuatro mil ciento cincuenta y cinco pesos (\$964.155), por Secretaría liquídese.

TERCERO. En firme esta providencia, por la Secretaría del Juzgado liquídese el proceso, devuélvase al interesado el remanente de los gastos que llegaren a quedar luego de descontar los causados y hechas las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes providencia anterior, hoy 21 de febrero de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 21 de febrero de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria