



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

**Proceso No.:** 11001-33-35-028-2021-00013-00  
**Demandante:** Heriberto Barbosa Duran  
**Demandado:** Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional  
**Asunto:** Retiro del Servicio por decisión del comandante de la fuerza

---

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por el demandante **Heriberto Barbosa Duran**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.073.986.522 expedida en Tierra Alta Córdoba, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional**.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones<sup>1</sup>

La parte demandante, por intermedio de apoderado, pretende lo siguiente:

**“PRIMERO:** *Que se declare la nulidad del acto administrativo Nro. 1613 del 28 de junio del 2020, mediante el cual se retira del servicio activo al señor **HERIBERTO BARBOSA DURAN**, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.073.986.522, de tierra alta Córdoba, firmada por el señor Mayor General **MAURICIO MORENO RODRÍGUEZ** Comandante Comando Ejecutivo del Ejército nacional, mediante el cual retira del servicio activo de la Fuerza Militar – Ejército Nacional al accionante.*

**SEGUNDO:** *Que, como consecuencia de la anterior nulidad, se reintegre al actor **BARBOSA DURAN HERIBERTO**, al Ejército Nacional, conservando el mismo cargo que ocupaba al momento de su retiro del servicio activo, y consecuentemente se le restablezcan los derechos, en cuanto a su liquidación prestacional desde la fecha de su retiro y que se dejaron de percibirse hasta la fecha de su reintegro a la Fuerza Militar – Ejército Nacional, incluyendo salarios, primas, subsidios, cesantías sobre el sueldo básico otorgado y demás emolumentos y por ende recupere su antigüedad junto con sus cursos que ostentan el mismo grado con el fin que durante el tiempo que duró retirado de la fuerza no pierda la antigüedad para ser merecedor de cualquier contraprestación bien sea prestacional, de merito entre otros.*

**TERCERO:** *De igual forma, se le **ORDENE** a la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL**, para que le dé cumplimiento de la sentencia que su despacho tenga a bien proferir, dentro del término establecido por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

---

<sup>1</sup> Archivo Digital No. 1, Págs. 2 y 3.

*Administrativo, y se le concrete pagar a favor del demandante los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 195 ibídem.*

**CUARTO:** *Como perjuicios morales se condene al demandado, el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el daño que sufrió al ser retirado. Retiro que en ningún momento se encontraba dentro del proyecto de vida del demandante, por cuanto su deseo era seguir laborando en su carrera, y máximo cuando se encontraba calificado como no apto con reubicación laboral.*

**QUINTO:** *Que se ordene enviar una vez declarada su nulidad el acto administrativo a la hoja de vida para que sea actualizada su antigüedad.*

**SEXTO:** *Se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, al pago de agencias y costas del proceso conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establecido en acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura.”*

## 2. Hechos

Señala el apoderado que el demandante Heriberto Barbosa Durán, prestó sus servicios al Ejército Nacional entre el 12 de mayo de 2010 al 28 de junio de 2020 como Soldado Profesional, hasta que fue retirado por decisión del Comandante de la Fuerza mediante Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020.

Indica que con el acto de retiro se dieron por probados actos de indisciplina e incumplimiento por parte del demandante.

## 3. Normas violadas y concepto de violación<sup>2</sup>

El demandante cita como normas violadas, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 83, 84, 121, 211, 216 y 217 de la Constitución de 1991, los artículos 7 a 9 del Decreto 1793 de 2000.

Indica que con el acto administrativo demandado se desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del demandante, teniendo por ciertas las imputaciones que se realizaron en su contra, sin darle la oportunidad de defenderse, desconociendo de esta manera la presunción de inocencia.

Refiere que el acto administrativo se expidió de manera irregular y con falsa motivación, porque se invoca un informe de inteligencia y se da por cierto su contenido, sin tomar en consideración que los hechos son objeto de investigación penal militar y disciplinaria, por lo que sugiere que debió esperarse los resultados de estos procedimientos.

Aclara que en efecto el accionante reclamó unos uniformes en cumplimiento de la orden de un Superior como lo es el Sargento Segundo Palacios, con el argumento que un orgánico del Ejército cabo primero Oscar Galeano Berna, había pedido el favor de reclamarlo.

Advierte que el otro evento que se menciona en el acto demandado alude a que, conforme un informe de inteligencia y contrainteligencia del 23 de noviembre de 2020 suscrito por el Teniente Henríquez Muñoz Sergio, se indicó que el accionante

<sup>2</sup> Folios 238 a 262 del cuaderno núm. 1 del expediente.

extravió 10 camuflados y el 12 de noviembre de 2019 fue sorprendido con 6 uniformes en su poder que pretendía sacar por la guardia del BAPOM 12 de forma ilícita.

Alega que el fundamento del acto administrativo no puede ser un informe de inteligencia y contrainteligencia, en la medida que la Corte Constitucional en las sentencias T-212 de 2006 y la C-392 de 2006, reitera la prohibición de tenerlos como prueba dentro del proceso en los términos del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, porque no han sido controvertidos y por lo general son contruidos por quien investiga.

Por lo tanto, considera que no se tenían elementos para adoptar la decisión de retiro del accionante.

#### **4. Trámite del proceso**

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó notificar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.

#### **5. Contestación de la demanda**

La entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que el acto administrativo atacado se encuentra ajustado a derecho, pues el retiro del demandante fue consecuencia del ejercicio de la facultad discrecional, consagrada en el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000.

Argumenta que cuando se alega desviación de poder debe demostrarse que la administración actuó con fundamento en una finalidad diferente a la que legalmente le corresponde buscar en ejercicio de dicha facultad. Debe probarse los intereses particulares de quien signa el acto administrativo de retiro, para proferirlo en perjuicio del demandante.

Añade que lo que se desprende del acto administrativo atacado es que el accionante defraudó la confianza en él depositada, es decir, tiene que desvirtuar la presunción de que el acto administrativo se expidió en procura de garantizar el buen servicio, lo que a criterio de la entidad demandada no se demuestra.

De otra parte, advierte que no se presenta la falsa motivación alegada, pues de conformidad con los artículos 7, 8 y 13 del Decreto 1793 de 2000, el acto se fundamenta en la facultad discrecional del comandante de la Fuerza.

Con base en lo anteriormente expuesto, la entidad demandada propone las excepciones de mérito de: ***“ausencia de desviación de poder”*** y ***“ausencia de falsa motivación”***.

#### **6. Fijación del litigio y traslado para alegar de conclusión**

Mediante auto del 21 de abril de 2022, se fijó fecha para la audiencia inicial la cual se llevó a cabo el 19 de mayo de 2022, en la que se fijó el litigio, se decretaron las pruebas y se efectuó el control de legalidad.

Una vez recibidas las documentales solicitadas, mediante auto del 1º de diciembre de 2022 y se fijó fecha para audiencia de pruebas, la cual se desarrollo en dos sesiones celebradas el 2 y 23 de febrero de 2023, siendo en esta última oportunidad en la que se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegaciones finales y concepto respectivamente.

### 6.1. Parte Demandante

La parte accionante insiste en los hechos y pretensiones de la demanda argumentando que el contenido del acto administrativo no corresponde a la realidad, y en tal medida está viciado de falsa motivación al señalar en su contenido que el Cabo Galeano afirmó que el accionante recibió los Uniformes que le correspondían dejando su nombre y huella, lo cual no corresponde a la realidad.

Añade que en la declaración del señor Néstor Quiñonez, se precisó que el Soldado Barbosa fue a su lugar de trabajo y le indicó que, si podía reclamar la dotación a nombre de un tercero, lo que fue permitido porque afirma que era costumbre de ese batallón como lo hizo ver el Capitán Jaime Alexander Garzón quien era jefe del almacén.

Así mismo señala que el testigo Néstor Quiñonez, entregó los uniformes de manera voluntaria, teniendo claro que el demandante la reclamaba en nombre del Sargento Palacios quien a su vez actuaba en nombre del Cabo Galeano, declaración que junto con el baucher de entrega de los uniformes permite constatar que no falsificó el nombre del Cabo Galeano.

Resalta que en el informe del 3 de marzo de 2020 el Cabo Galeano, indicó que ocurrió una “*aparente suplantación*”, pues no le constaba con certeza el hecho del retiro de los Uniformes.

Advierte que no debió tomarse como prueba un informe de inteligencia, de 13 de noviembre de 2020, sobre hechos acontecidos en noviembre de 2019, a lo que se añade que en respuesta del Ejército se indica que ese informe no obra en los archivos de la entidad.

Destaca que el demandante tiene protección especial, porque fue calificado como no apto para el servicio y reubicado laboralmente, por lo que los hechos del retiro de Uniformes no conducían a la destitución.

Se destaca que la entidad **demandada** y el **Ministerio Público** en este caso guardaron silencio.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1-. Problema jurídico.

En este proceso se debe determinar si es procedente declarar la nulidad del acto acusado y si como consecuencia de ellos, el Ejército Nacional debe reintegrar al

servicio activo al Soldado Profesional Heriberto Barbosa Durán y reconocer y pagar los salarios y prestaciones dejadas de pagar desde la fecha en la que se produjo el retiro hasta su posible reintegro, reconociendo además el equivalente a 100 smlmv como consecuencia de los perjuicios morales causados.

## 2. Marco legal y desarrollo jurisprudencial

### 2.1. De las decisiones discrecionales

Como ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>3</sup>, la facultad discrecional de retiro en la Fuerza Pública debe ejercerse con el propósito de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues dicho instrumento jurídico se justifica para lograr los fines administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios; todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como sí lo es el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.

El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, prescribe como condición de expedición de toda decisión discrecional lo siguiente: “**Artículo 44. Decisiones discrecionales.** *En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

Por lo expuesto anteriormente, es claro entonces que la facultad discrecional de la administración, se encuentra condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, como es el caso del artículo 217 inciso 3º de la Constitución de 1991, las Leyes que autorizan la expedición del acto administrativo, como ocurre en el caso de los Policías con el Decreto 1793 de 2000 y los elementos fácticos del caso concreto.

De manera que el ejercicio de la potestad discrecional para retirar del servicio al personal uniformado, debe sustentarse en expesos motivos objetivos, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, que, para el caso de la Fuerza Pública, consiste en garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras garantizar el interés general<sup>4</sup>.

### 2.2. Retiro por decisión del Comandante de la Fuerza de los Soldados Profesionales

El Decreto Ley 1793 del 14 de septiembre de 2000, “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, dispuso:

<sup>3</sup> Por ejemplo se puede consultar lo precisado en las sentencias del 25 de noviembre de 2010 con ponencia del Consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2003-06792-01 (0938-10), la sentencia del 28 de junio de 2012 con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del expediente No. 05001-23-31-000-2005-00990-01 (1692-10), entre otras.

<sup>4</sup> Consultar por ejemplo la sentencia del 28 de junio de 2012 con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del expediente No. 05001-23-31-000-2005-00990-01 (1692-10).

**“ARTICULO 7. RETIRO.** Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

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

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.

**2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.**

3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones  
(...)

**ARTICULO 13. RETIRO POR DECISIÓN DEL COMANDANTE DE LA FUERZA.** En cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva.” (Negrillas y Subrayas del Despacho).

Como se desprende de la normatividad citada, el Comandante de la Fuerza cuenta con la facultad de retirar los soldados profesionales previa solicitud del comandante de la unidad operativa, retiro que encuentra fundamento en la mejora del servicio.

Debe indicarse que el artículo 13 citado fue condicionado por la Corte Constitucional, en el siguiente sentido:

*“En cuanto al cargo por violación del debido proceso y especialmente del derecho a la defensa, al autorizar el retiro discrecional de los soldados profesionales con la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa respectiva, la Corte consideró que es una medida que tiene justificación constitucional en razón de los importantes fines establecidos en la Constitución a cargo de la institución militar, como lo son la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional. A su juicio, se justifica la concesión de una herramienta jurídica que*

*permita excluir del servicio a quien no tenga las calidades profesionales para el desempeño de tan delicada labor.*

*Al mismo tiempo, advirtió la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, toda vez que las decisiones discrecionales deben estar orientadas por la Constitución y las leyes que la desarrollan, por eso son susceptibles de control judicial. Con el propósito de garantizar de manera efectiva el derecho de defensa y el acceso a la justicia del soldado profesional que es excluido del servicio, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 a que previo a la solicitud de desvinculación se valoren por el Comandante de Unidad Operativa, la hoja de vida y el motivo del retiro, en forma semejante a como lo realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales, toda vez que, independientemente de las diferencias, no puede desconocerse el derecho de defensa que sería nugatorio sin dicha valoración. De esta forma, se mantiene una medida legal que se justifica constitucionalmente y al mismo tiempo se salvaguarda un derecho fundamental que reconoce la Constitución a toda persona.  
(...)*

### **RESUELVE**

**Primero.-** Declarar **EXEQUIBLE** por el cargo analizado, el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 en el entendido que previo a la solicitud de desvinculación debe efectuarse un análisis y valoración de la hoja de vida y del motivo del retiro, semejante al que realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales del ejército.  
(...)<sup>5</sup>

Con base en las consideraciones en cita, resulta claro que el acto administrativo de retiro que expida el Comandante de la Fuerza debe ir precedido de una solicitud del comandante de la Fuerza Operativa a la que pertenece el Soldado respectivo, especificando las razones por las cuales solicita su desvinculación y además el solicitante debió previamente haber efectuado un análisis y valoración de la hoja de vida del afectado.

### **3. Caso concreto**

Como primera medida debe indicarse que se encuentra probado que el señor Heriberto Barbosa Duran, se desempeñó como Soldado Profesional del Ejército Nacional desde el 26 de agosto de 2010 y fue retirado del servicio por decisión del Comandante de la Fuerza, mediante Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020<sup>6</sup>.

Se resalta también que el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad militar del 12.5%, según Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M17-588 MDNSG-TML-41.1 del 2 de octubre de 2017, en la que se indicó que el demandante era “**NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR**” y “**No se recomienda su reubicación laboral**”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Corte Constitucional Sentencia C-758 de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>6</sup> Archivo Digital No. 3, páginas 2 a 6 y 13 a 19.

<sup>7</sup> Archivo Digital No. 43 páginas 9 a 10.

No obstante lo allí resuelto, el accionante fue trasladado al Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate ASPC No. 21 “José María Acevedo Gómez”, hasta que se produjo su retiro que es precisamente el estudiado en este proceso.

### **3.1. Sobre los cargos de nulidad propuestos**

Precisado lo anterior, se tiene que la parte demandante se opone a la legalidad de la Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020<sup>8</sup>, signada por el Comandante del Comando de Personal de las Fuerzas Militares, mediante la cual se dispuso el retiro del soldado profesional Heriberto Barbosa Durán, pues esta parte considera que dicho acto administrativo incurrió en las causales de nulidad de (i) violación de las normas en las que debe fundarse (ii) expedición de forma irregular y (iii) falsa motivación, cuya argumentación fue referenciada en precedencia, por lo que pasa a analizarse

#### **3.1.1. Sobre la expedición del acto administrativo en desconocimiento de las normas en las que debe fundarse.**

Conforme con lo expuesto, se afirma por la parte demandante que la Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020<sup>9</sup>, mediante la cual se retiró del servicio activo al accionante, se expidió en desconocimiento de la aplicación correcta del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, cuya exequibilidad fue condicionada mediante sentencia C-758 de 2013, proferida por la Corte Constitucional.

Entonces verificada la norma anotada, cuyo contenido fue citado en precedencia, se advierte que la causal del retiro por decisión del Comandante de la Fuerza, encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico y se exige que la aplicación de la misma preceda de la solicitud del Comandante de la Unidad a la que pertenezca el Soldado, quien previamente debe ponderar la aplicación de dicha causal estudiando para el efecto la hoja de vida respectiva.

En este caso, encuentra el Despacho que la Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020, fue expedida previa solicitud del Comandante del Batallón ASPC No. 21 (BAS21) del 24 de marzo de 2020, que de acuerdo con lo transcrito en dicho acto administrativo se mencionó:

*“(…)De acuerdo a informe de fecha 29 de febrero de 2020 suscrito por el señor Capitán JAIME ALEXANDER GARZÓN AGUIRRE Almacenista almacén de prendas, pone en conocimiento los hechos de indisciplina con el soldado arriba mencionado, quien el día 28 de febrero de 2020, donde el señor Cs Galeano Bema Oscar se acercó a reclamar su dotación con el digitador Slp Mercado Muñoz Olivar, quien le manifestó que el día 10 de febrero de 2020 le había sido entregado su material, 02 uniformes camuflados serie 19120000620848-19110000520849, 02 camisetas verdes, 02 calcetines negros, dicha salida se registró baja No 4907782897, ante respuesta negativa del Suboficial se procedió a verificar quien había realizado la entrega del material dicha entrega fue realizada por el señor AAC9 Néstor Julio Quiñonez Martínez con el Usuario NESTQUIM, al verificar los de salida de camuflados y prendas se le pregunta al señor AA09 Néstor que había*

<sup>8</sup> Archivo Digital No. 3, páginas 2 a 6 y 13 a 19.

<sup>9</sup> Archivo Digital No. 3, páginas 2 a 6 y 13 a 19.

*pasado, este manifestó que habla entregado dicho material al Sp Barbosa Duran Heriberto.*

*De la misma forma se allega informe de fecha 03 de marzo de 2020 suscrito por el señor Cs Galeano Berna Oscar CC. 1.068.815.568 de Valencia Córdoba, donde pone en conocimiento los hechos de indisciplina con el soldado arriba mencionado, donde indica que fue persona que se encargó de reclamar prendas de dotación militar colocando mi nombre, huella y firma como aparece en el libro de registro.*

*De la misma forma se allega informe de fecha 18 de octubre de 2019 suscrito por el señor Te Henríquez Muñoz Sergio Oficial de Inteligencia Contrainteligencia BASPC21 que pone en conocimiento los hechos de indisciplina con el soldado arriba mencionado, donde manifiesta que por fuente humana, la cual indica sobre el hurto del material de intendencia que es sacado del almacén de prendas militares, La fuente afirma que el promedio del material que este Soldado sacaba eran 10 camuflados diarios al final de la jornada laboral sin saber el destino final de las prendas.*

*De acuerdo, a Informe de fecha 03 de noviembre de 2020 suscrito por el señor Te Henríquez Muñoz Sergio Oficial de Inteligencia y contrainteligencia BASPC21, pone en conocimiento los hechos de indisciplina con el soldado arriba mencionado, donde mediante labores de contrainteligencia el día 12 de noviembre de 2019 aproximadamente 18:00 horas se le encontró al mencionado Soldado 06 camuflados los cuales pretendía sacar por la guardia del BAPOM13 de forma ilícita. (...)”<sup>10</sup>*

Si bien no obra en el expediente el informe suscrito por el Comandante del Batallón ASPC No. 21, a que hizo referencia el acto administrativo de retiro, es posible afirmar que se dio cumplimiento a lo dispuesto en la norma y sentencia mencionadas, pues la solicitud de retiro del accionante precede del análisis de los graves hechos presentados con el material de intendencia del Almacén, sobre pérdidas que se registraron allí que involucraron el actuar del soldado en cuestión y condujeron a la pérdida de la confianza principalmente del comandante de unidad a la que se encontraba asignado.

Por lo tanto, desde el punto de vista legal el Despacho no encuentra asidero al reproche que se realiza en la demanda, pues el acto administrativo se encuentra fundado en la norma antes mencionada y en aplicación de la sentencia de constitucionalidad pone en evidencia que el comandante del Batallón mencionado fue quien recomendó el retiro del Soldado, quien era competente para ello, de manera que este cargo de nulidad no encuentra vocación de prosperidad.

### **3.1.2. Sobre la expedición irregular del acto administrativo.**

Esta causal de nulidad exige examinar las formalidades y los presupuestos de formación del acto administrativo que se ataca y de manera particular, se advierte que la parte demandante señala que el acto demandado se encuentra viciado por esta causal, en razón a que la decisión de la administración que retiró al accionante se basó en hechos no probados y especialmente, en informes de inteligencia y contrainteligencia, que comportan afirmaciones que ponen en discusión la presunción de inocencia que no ha sido derruida, es decir, que los

<sup>10</sup> Archivo digital No. 3 página 3 y No. 38 página 14.

hechos en los que se fundan tales informes no encuentran respaldo probatorio y tampoco fueron controvertidos por la parte demandante.

Al respecto debe señalarse que los requisitos para expedir el acto administrativo base de la acción conforme con el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 y sentencia C-758 de 2013 de la Corte Constitucional, consisten básicamente en: (i) que exista una solicitud del comandante de la Unidad Operativa dirigida al Comandante de la Fuerza, (ii) Que esa solicitud se encuentre precedida de un análisis por parte del Comandante de la Unidad Operativa respectiva y (iii) que la decisión se encuentre sustentada por las razones en las que se funda la pérdida de confianza que da lugar al retiro.

Con base en lo anterior se observa que la Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020<sup>11</sup>, fue expedida por escrito, se encuentra signada por el Brigadier General Mauricio Moreno Rodríguez Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, pone en evidencia que se tomó en consideración la solicitud presentada por el Comandante del Batallón ASPC No. 21 del cual era orgánico el accionante y aparece una valoración de los hechos en los que se funda la solicitud de retiro para sustentar la pérdida de confianza.

En este punto conviene diferenciar, esta causal de retiro de un proceso disciplinario y de un proceso penal, pues la parte demandante insiste en que debía probarse concretamente los hechos en los que se funda el acto administrativo, desvirtuando la presunción de inocencia para proceder al retiro.

Sobre decisiones discrecionales de retiro de miembros de la Fuerza Pública, ha precisado el Consejo de Estado que:

**“En esa medida, es pertinente recordar que existen diferencias entre el ámbito que comprende la facultad discrecional y el régimen que regula la potestad penal y la disciplinaria, puesto que, respecto de la primera, la administración cuenta con la libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio, atendiendo que cuando una decisión de carácter general o particular sea de esta naturaleza, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. A su turno, el proceso disciplinario contra servidores estatales juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública y finalmente, en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.”**

*Entonces, no resulta admisible el argumento planteado por el accionante, en cuanto que, de haber obtenido la documentación que reposaba en la investigación penal y aportándola al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que culminó con la sentencia aquí cuestionada, se hubiera podido proferir una decisión diferente, puesto que, la junta asesora para la época en que dio la recomendación de retiro del actor del servicio de la Policía Nacional lo hizo con base en el deficiente cumplimiento de las funciones constitucionales y legales a cargo del demandante, sin que éste último haya demostrado eficiencia y excelencia en el periodo inmediatamente anterior al retiro del servicio, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia aquí controvertido.*

<sup>11</sup> Archivo Digital No. 3, páginas 2 a 6 y 13 a 19.

*Ahora, el hecho que de manera casi concomitante con la decisión discrecional de retiro del servicio del accionante de la Policía Nacional, cursara investigación penal en su contra por el punible de tráfico de estupefaciente, **no puede asumirse como un evento impeditivo para que la administración hiciera uso de la facultad discrecional, toda vez que, el ejercicio simultáneo, sucesivo o próximo de la facultad sancionatoria y de remoción discrecional no supone la aplicación indebida de ésta última, aun cuando se estableciera que ambas obedecen a los mismos hechos.** Al respecto resulta gráfica, entre otras, la sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado interno 0518-20098, en los siguientes términos:*

*«No se trata de una sanción disciplinaria [el retiro por voluntad discrecional], sino de un instrumento administrativo que le permite al Director General de la Policía Nacional desvincular del servicio a sus agentes sin necesidad de explicar los motivos y permitir unas investigaciones penales y disciplinarias transparentes e imparciales, donde el actor podrá demostrar su inocencia y ejercer el derecho de defensa. Así las cosas, se considera que no existe desviación de poder cuando el actor del proceso se encuentra investigado disciplinaria y/o penalmente, pues estas medidas no constituyen una sanción, sino que es un instrumento para mejorar el servicio y permitir el desarrollo de los procesos de manera transparente y libre de cualquier obstáculo. En otras palabras, el hecho de que existan denuncias o quejas disciplinarias no confiere fuero de estabilidad al servidor público investigado por presuntas irregularidades y la administración -Policía Nacional- puede válidamente escoger entre el retiro discrecional por razones del buen servicio o llevar hasta el final un proceso de carácter disciplinario; al tomar la primera opción, no existe desvío de poder porque la misma hace parte de la concepción “mejoramiento de servicio” que inviste los actos administrativos discrecionales. Por último el hecho de que el actor hubiese tenido una buena hoja de vida (felicitaciones) no impide la utilización de las facultades discrecionales cuando el móvil sea el buen servicio público, el cual no tiene porqué (sic) estar ligado a la conducta laboral del empleado, ya que otras razones diferentes pueden constituir el elemento subjetivo que inspiró el retiro del servicio.»*

**Luego es claro, conforme a la posición en cita, que en los eventos en que la conducta del servidor se juzgue en el escenario penal por los mismos hechos que concomitante o posteriormente dan lugar a su retiro discrecional, la aplicación de esta última facultad no está limitada por esa sola circunstancia, ni su legalidad ésta supeditada a las decisiones que sobre la responsabilidad del servidor pudieran adoptarse en aquél escenario.**<sup>12</sup> (Negrillas y Subrayas fuera del texto).

Como se desprende del texto jurisprudencial, el ejercicio de la facultad discrecional, no está supeditado a que los hechos en los que se funde la misma hayan sido previamente objeto de juicio penal o disciplinario como lo sugiere la demanda y sino que el Comandante de la Fuerza, en este caso, el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional actúa en ejercicio del interés general y en procura de garantizar la buena prestación del servicio por parte de la Fuerza Pública.

Ahora bien, en torno a la diferencia de fechas señalada en el informe que sirvió de fundamento para sustentar el retiro, debe tenerse en cuenta que los informes de inteligencia y contrainteligencia a los que hace referencia el acto administrativo, si bien aluden al 3 de noviembre de **2020**, ponen en evidencia que la alusión a ese año constituye una imprecisión mecanográfica en el informe del Comandante del Batallón ASPC No. 21, citado en el acto de retiro, ya que esa fecha es incluso posterior a la del acto aquí atacado, esto sumado a que los hechos asociados con

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia dentro de un Recurso de Revisión del 31 de mayo de 2018, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2014-00629-00 (1960-14).

el porte de 6 camuflados que pretendió el accionante extraer de dicho Batallón, están verificados pues el testigo que era el Jefe del Almacén y para la época de los hechos Capitán Jaime Alexander Garzón Aguirre, en su declaración precisó:

**“...PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** ¿Indíqueme al Despacho si a Usted le consta de conformidad con esos informes que usted acaba de mencionar a Usted le consta que el demandante haya retirado Uniformes del Almacén? **CONTESTÓ:** Del primer evento mencionado, pues el soldado profesional Heriberto Barbosa descarga hace la salida del sistema de unos camuflados, situación que quedó en tela de juicio ya que no tenía ninguna autorización por parte del usuario a que se descargaron primero, segundo una autorización por parte del comandante del batallón y tampoco por parte de mí en calidad de Almacenista, en ningún momento lo autorice hacer esa descarga de esos elementos, sin embargo, no podría hablar de un hurto.

**PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** Si la pregunta está dirigida a si a Usted desde su percepción y de lo que le consta de los hechos a usted le consta si el accionante, el demandante materialmente hizo el retiro de esos uniformes o si solo estamos hablando de la descarga como un aspecto... **CONTESTÓ:** los descargó del sistema porque en el primer evento cuando yo llego a la oficina del comando, el comandante del batallón ya estaba ahí y tenía estos elementos que había descargado del sistema, {el argumentó recuerdo que esa noche era que le habían pedido el favor pero no tenían ningún soporte incluso acá haciendo memoria esa noche estaba el Señor Coronel Mauricio Rodríguez comandante del batallón, el señor Mayor Javier Sair Rodríguez Aponte, el ejecutivo y si no estoy mal el señor Sargento Mayor de la Unidad que no recuerdo el nombre, pero creo que estábamos los cuatro en ese momento, cuando yo llego ellos tres ya estaban ahí con el Soldado Rodríguez.

**PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** Estamos hablando del primer evento. ¿Eso fue aproximadamente para que época? **CONTESTÓ:** Eso fue como noviembre de 2019, noviembre de 2019, porque el segundo evento que se presenta con unos camuflados, primero el soldado Barbosa ya no hacía parte de mi equipo de trabajo, y segundo el comandante del batallón era el señor Coronel William Miranda, entonces acá son dos eventos. Respecto del informe de febrero no se que decir porque desconozco, me excusa en mi memoria en este momento esta que haya rendido un informe con fecha de febrero...

**PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** ...por ahora quisiera preguntarle en ese primer evento al que Usted ha hecho referencia, ¿si el demandante fue requerido inmediatamente por ese retiro descargue de los uniformes o cómo operó allí el procedimiento? **CONTESTÓ:** Cuando yo llego al comando del batallón pues mi Coronel me hace la observación, incluso recuerdo, recuerdo que el señor Mayor Rodríguez Aponte hizo unas indagaciones, llamo y creo hizo el comentario esa noche eso fue como sobre las 19 horas, entre 19 horas 20 horas, entre 7 y 8 de la noche si no estoy mal, incluso el manifestó mi Mayor Rodríguez en su momento, que esas personas a quienes le habían descargado creo que eran dos suboficiales, creo, lo que dijo mi Mayor esa noche era uno de ellos había sido retirado del Ejército, la institución, no sé pero cuando eso pasa mi Coronel tenía los camuflados sobre su escritorio no recuerdo si eran tres o eran seis o eran cinco me hacen la observación, hermano control, pero pues la respuesta mía es, en ningún momento autorice la descarga de esos bienes de esos elementos,

**PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** ...¿cuál es el procedimiento para retirar uniformes del almacén? **CONTESTÓ:** El procedimiento para la entrega de un camuflado, el procedimiento que estaba vigente para la época, porque ese procedimiento lo cambian para 2020, pero para el año 2019 el procedimiento era que cada usuario, cada beneficiario del almacén prendas, usuario ya sea Oficial o Suboficial a quienes se les entregaba, ellos se acercaban al almacén presentaban la cédula militar, la cédula civil y con eso se procedía hacer la descarga, una vez uno hacia la descarga del sistema se imprimía una colilla, un baucher y ese baucher debía ser firmado por el usuario, por la persona que llegaba a reclamar, debía colocar su firma, post firma, huellas, cédula número de teléfono y unidad, a la par se diligenciaba un libro de asignación de camuflados, cada digitador tenía un libro de asignación de camuflados y ahí procedían a colocar, el nombre, la cédula, el número del elemento, firmaban y colocaban la huella, cuando

se hacía una entrega a un tercero, es decir, un ejemplo Mayor Jaime Garzón enviaba una persona a reclamar sus camuflados, el procedimiento era que debía ir una autorización exigían que fuera autenticada por notaria o por un Juez Penal Militar, donde autorizaban a X persona reclamar esos bienes, era el mismo procedimiento, se descargaba la tirilla, se firmaba el libro, a la tirilla se le anexaba este paquete de autorización, pero esa autorización debía pasar por la oficina del comandante del batallón y este indicaba que listo, autorizaba el procedimiento lo pueden hacer, eso me llegaba a mí, yo armaba mi paquete, cuando la persona llegaba con la copia a reclamar pues yo buscaba el original y lo entregaba para que se hiciera la descarga. **PREGUNTADO POR EL DESPACHO** ...¿qué órdenes impartió usted como Jefe del Almacén para controlar el retiro de Uniformes? **CONTESTÓ:** Las órdenes eran impartidas, siempre el estricto cumplimiento al procedimiento de entrega de elementos del almacén de prendas, siempre daba la orden, antes de abrir el almacén, a veces aperturaba a las 7 u 8 de la mañana se les indicaba que debían hacer ese proceso, sumado a que cada usuario daba fe del procedimiento que iba a hacer porque cada persona era responsable de los movimientos o transacciones que se hicieran con su usuario de SAP porque la plataforma o el software con el que se manejaba el tema de los elementos las descargas era el SAP, entonces ellos eran responsables del manejo y de la administración de sus elementos pues en mi calidad de almacenista era difícil controlar...40 personas que pasaban al día a pedir camuflados. Entonces ellos eran los que verificaban que la persona que llegaba estaba en el sistema y le descargaban los elementos, ellos eran los que daban fe quien era la persona que llegaba a hacer esa actividad. **PREGUNTADO POR EL DESPACHO...** ¿Precise si es común o usual que un uniformado retire del almacén material de intendencia y dotación de otro uniformado? y en caso afirmativo ¿cuál es el procedimiento que debía agotarse? **CONTESTÓ:** Eso sucede señora Juez cuando hay una autorización que pues se exigía, que en algún momento yo decía bueno pero si podemos, debía ser autenticada por Notaría, pero era el mecanismo que teníamos para dar fe que X persona delegaba a Z persona Y persona a reclamar sus elementos entonces eso se indicaba y se pedía que fuera este documento autenticado por notaria. **PREGUNTADO POR EL DESPACHO:** ¿usted sabe o le consta que el accionante haya sido sorprendido con varios uniformes en su poder? y en caso afirmativo ¿qué época exacta ocurrió esto? **CONTESTÓ:** Del primer evento que sucede y que he hablado que sucede en el año 19, me atrevería a decirle que es noviembre pero no recuerdo realmente, pues al Soldado Heriberto Barbosa lo paran en la guardia, lo llaman y le preguntan porque lleva esos camuflados. Del evento que se presenta en mi época como almacenista 2020, creo que ya Barbosa para la época, uno no estaba en el almacén y ... le decía que en ese evento que se presenta en junio julio de 2020, en ningún momento yo mencione al soldado Heriberto Barbosa, primero porque desconozco y segundo porque creo que ya no estaba conmigo en el almacén trabajando. Pero el evento de 2019, no recuerdo tendría que revisar en mis archivos si elabore algún informe o haber que informe presente pero realmente tengo como vacíos señora Juez....pero el evento que se presenta en 2019 estaba de comandante el Coronel Mauricio Rodríguez, nosotros nos reunimos en su despacho en su comando a hablar de ese tema, incluso ahí estaba el soldado Barbosa, ya que le digo yo tengo los informes de los eventos que se presentaron pero me tocaría buscarlos en mi archivo o ver el informe a que estamos haciendo mención porque no lo recuerdo señora Juez.... **PREGUNTADO POR APODERADO PARTE DEMANDANTE** ¿Usted recuerda el nombre de los subalternos que laboraban para esa fecha? **CONTESTÓ:** Bueno para esa época estaba personal civil estaba el señor Néstor Quiñonez, la señora Nanda Vargas, la señora Natali Ordoñez, personal de soldados profesionales estaba recuerdo el señor Soldado profesional Martínez, Soldado Profesional Lombana, y le repito tengo un vacío con las fechas puntuales en las que el Soldado Profesional Heriberto Barbosa trabajó conmigo, yo se que en el 2019 trabajó, se presenta el evento de la guardia pero yo no recuerdo si el sale inmediatamente del almacén o él vuelve y si en el 2020 alcanzó a trabajar un período, no lo recuerdo lo desconozco, tendría que sentarme a mirar porque no recuerdo para febrero de 2020, que tiempo pudo haber o no trabajado conmigo, pero le recuerdo Heriberto Barbosa, Soldado Profesional Barbosa trabajó conmigo 2019 desde que recibí el almacén en 1° de junio hasta

*finalizar vigencia prácticamente, es algo muy fácil de conocer pues con ellos tenían sus usuarios SAP y uno a pedirle a SILOG ese usuario que épocas estuvo activo, ellos lo informarían y esa es una fecha que él trabajó conmigo que yo no puedo decir no, pero en este momento no recuerdo la fecha exacta pero eso se puede hacer trazabilidad con SAP, ellos le dicen a uno cual era la licencia a nombre de esa persona y durante que tiempo estuvo activa en el almacén. **PREGUNTADO POR EL APDOERADO DE LA PARTE DEMANDADA:** ¿infórmele al despacho si las personas que usted mencionó eran los únicos usuarios SILOG? **CONTESTÓ:** Hay un usuario general que es el del almacenista de prendas que en ese caso era yo, pero mi licencia o mi usuario solamente estaba habilitado para hacer, para recibir material y hacer transacciones entre unidades por decirlo así, yo no podía hacer entregas a un usuario final, a X a Y a Z, al Coronel, al General, mi usuario no permitía eso, cada usuario, Néstor Quiñonez, Nanda Vargas, Natali Ordoñez, el Soldado Lombana, el Soldado Martínez, cuando estuvo Barbosa, cada quien tiene su licencia cada quien tiene su usuario y cada quien es responsable de los movimientos y transacciones que se hagan con ese usuario... ”<sup>13</sup>*

De acuerdo con la declaración del ahora Mayor Jaime Alexander Garzón Aguirre, se puede establecer que el evento a que refiere el informe de inteligencia que hace parte de las consideraciones del Acto de retiro, con fecha 13 de noviembre de **2020**, ocurrió en el año 2019, cuando el accionante fue sorprendido con 6 camuflados que pretendía sacar del batallón en horas de la noche, fue conducido al comando y no presentó los soportes que justifiquen las razones por las cuales los tenía en su poder, así mismo algunos de los uniformes habían sido descargados a nombre de Uniformados retirados, hecho que ilustra en mayor medida la gravedad del hecho y la pérdida de confianza por parte del Ejército Nacional.

Luego pese a que en este caso no aplica lo pertinente al criterio jurisprudencial a que los informes de inteligencia y contrainteligencia, no se consideran prueba como lo ilustra el accionante con las sentencias de la Corte Constitucional<sup>14</sup> y el Consejo de Estado<sup>15</sup>, lo cierto es que el acto administrativo atacado no fue expedido dentro de un proceso disciplinario, ni de otra clase, sino en ejercicio de la facultad administrativa y constituye un criterio orientador de que los hechos narrados en el mismo sí acontecieron lo que se ratifica con el testimonio que se ha citado.

Así entonces, la motivación del acto administrativo base de la acción, se ajusta a lo pertinente en materia de decisiones discrecionales, lo que implica que no fue expedido de manera irregular y si el accionante, manifestaba aquí que faltaba prueba de la incursión en conductas irregulares, el testimonio citado del Jefe del Almacén pone en evidencia que la motivación sí cuenta con un respaldo en acontecimiento reales.

En lo que toca al retiro de Uniformes a nombre del Cabo Oscar Galeano, como bien lo señala la parte demandante en el concepto de violación acepta que fueron retirados pero indica que lo hizo en cumplimiento de la orden de un Superior que era el Sargento Palacios, argumento que no es admisible para el caso que nos ocupa donde no se demostró que el accionante hubiera recibido tal orden por

<sup>13</sup> Audiencia de Pruebas celebrada el 2 de febrero de 2023, minutos 3:27 a 40 de la grabación.

<sup>14</sup> Por ejemplo, la sentencia T-212 de 2006, con ponencia del Magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra de la Corte Constitucional.

<sup>15</sup> Por Ejemplo, la sentencia de tutela del 11 de agosto de 2020, del Consejo de Estado Sección Tercera, con ponencia del Consejero Dr. Alberto Montaña Plata, expediente No. 11001-03-15-000-2019-05256-01 (AC).

parte de su comandante de guardia en el lugar de facción donde se encontraba prestando sus servicios.

Es pertinente anotar que conforme con el expediente disciplinario No. 035 de 2020, si se registra un informe radicado No. 2020661001469153: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-BRLOG-BASPC21-S3-ALOFI 29.37 del referido declarante de fecha 29 de febrero de 2020, dirigido al Comandante del Batallón de ASP No. 21 “José Acevedo y Gómez”, Teniente Coronel William Alegnasis Miranda Hernández, en el que se describe la situación acontecida con el Cabo Segundo Oscar Galeano Berna y se trata del informe por el que reiteradamente se le indagó al testigo y que es del siguiente tenor:

*“Respetuosamente me permito colocar en conocimiento del señor Teniente Coronel Comandante Batallón de ASPC 21 'José Acevedo y Gómez”, los hechos presentados en el almacén de prendas militares el día 28 de febrero del año con curso con el señor Cabo Segundo GALEANO BERNA OSCAR, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.068.815.568; de acuerdo al informe del señor AA09.*

*NÉSTOR JULIO QUIÑONEZ MARTINEZ, y lo que observe en el momento me permito manifestar lo siguiente*

1. *El señor Cabo Segundo Galeano se acercó a redamar su dotación con el digitador SLP Mercado Muñoz Oliver, quien le manifestó que el día 10.02.2020 le había sido entregado su material, ante la respuesta negativa del suboficial, s procedió a verificar quien había realizado la entrega del material.*

2. *Dicha entrega fue realizada por el señor AA09. NÉSTOR JULIO QUIÑONEZ MARTINEZ con el usuario NESTQUIM el día 10.02.2020 a las y le habían sido descargado el siguiente material.*

*02 uniformes camuflados (Serie 19110000620848 y 19110000620849)*

*02 camisetas verdes*

*02 calcetines*

*Dicha salida se registró bajo la salida No. 4907781897 y contabilizado con fecha 31.01.2020.*

3. *Al verificar libros de salida de camuflados y preguntar al señor AA09. Quiñonez que había pasado, este manifestó que había entregado dicho material al SLP BARBOSA DURAN HERIBERTO, sin la respectiva autorización autenticada por notaria como es ordenado ya que había confiado en la buena fe.*

4. *Se tomó comunicación vía telefónica con el soldado Barbosa y se está a la espera que haga entrega de los uniformes y aclare porque se presentó dicha situación.”<sup>16</sup>*

De lo anterior resulta claro, que el comandante del Almacén fue informado de los hechos ocurridos en febrero de 2020 que vinculaban al accionante, lo que permite afirmar que la referencia a informe rendido por este Oficial en el acto administrativo de retiro es veraz, existe y se aportó al expediente, destacando que no existieron soportes para el retiro de los camuflados y que se comunicaron telefónicamente con el Soldado Barbosa para que los reintegrara.

Por lo tanto, las consideraciones precedentes son suficientes para tener por no probada la causal de nulidad de expedición irregular del acto, porque la motivación en la que se funda, es la que se exige en este tipo de decisiones,

<sup>16</sup> Archiv o Digital No. 40.2. páginas 16 y 17.

quedándole la carga al afectado, que sea de paso decirlo incumplida, de probar que los fines de la decisión administrativa no se acompañan con la objetividad que la caracteriza asociada a la mejora del servicio.

### 3.1.2. Falsa Motivación

En torno al cargo de nulidad por la causa de falsa motivación el Consejo de Estado ha precisado que: “...los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida, llamado falsa motivación....”<sup>17</sup>.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el fundamento de este cargo se acerca al analizado en precedencia consistente en que un informe de inteligencia y contrainteligencia no podía tenerse como prueba de la existencia de un hecho determinado, pero además se indica que las afirmaciones que se hacen sobre lo manifestado por el Cabo Segundo Oscar Galeano, sobre una presunta suplantación y que se impuso su nombre y huella en la planilla de recibo del material de intendencia, no son correctas, pues la parte demandante afirma que impuso su nombre y huella y no el de otra persona, esto sumado a que actuó por orden de un Superior que era el Sargento Segundo Palacios.

Para resolver, se reitera que el acto administrativo no presenta argumentos falsos respecto de los hechos a que hace referencia en los que se vio involucrado el demandante, eventos de noviembre de 2019 y febrero de 2020, por el contrario, dicho acto cita de manera textual el informe del comandante del Batallón ASPC No. 21, quien, a su vez, se basó en otros informes para sustentar las actuaciones del demandante, entre esos informes el del Cabo Segundo Oscar Galeano, quien aseguró que no envió a nadie a retirar sus camuflados en su nombre y cuando se acercó al Almacén ya aparecían retirados por alguien que no conocía.

Ahora bien, del informe del Cabo Segundo Oscar Galeano Berna, se tiene que el 3 de marzo de 2020, indicó:

*“...permítame informar a ese comando, los hechos ocurridos el 28 de febrero del presente año, donde me dirijo hacia el Batallón de Apoyo y Servicio para el Combate No. 21, ubicado en el Cantón Militar de Puente Aranda. Todavía que iba a reclamar dotación o (prendas militares) como suboficial del ejército nacional. Una vez en el lugar, y siguiendo el protocolo establecido por la unidad anteriormente mencionada, entregó mis documentos (cédula militar y cédula civil) el señor ERNESTO QUIÑONES (SIC), quien me dice que el sistema se refleja que se había hecho entrega de mi dotación, dos camuflados con los siguientes No. 19110000620648, 19110000620849 el 12 de febrero del presente año posteriormente le informo al señor que no es así porque yo no he reclamado prendas desde hace más de dos años aproximadamente.*

*Seguidamente, le informo al Capitán GARZÓN, lo que está pasando. Al ver esto, el señor Capitán me hace seguir al archivo donde reposa las certificaciones de entrega, encontrando a una entrega reflejada en el sistema y en el libro. Al verificar*

<sup>17</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 25 de noviembre de 2021 con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 19001-23-33-000-2016-00338-01 (1931-20). Esta sentencia es reiteradora de línea jurisprudencial.

los datos, encontramos que son datos erróneos tratándose de un aparente caso de suplantación. También es de anotar que registraba el sistema una firma y una huella digital la cual no son mías.

Por último, solicito se tenga en cuenta que pretendí confrontar la situación con el señor NESTOR QUIÑONES (SIC) con quien hable personalmente y me manifiesta que me descarga los camuflados que aparecen en el sistema y me entrega dos camuflados nuevos, y también quiero que se tenga en cuenta o se vincule al señor SLP Barbosa Duran Heriberto quien al parecer fue la persona que de reclamar mis prendas el cual colocó mi nombre, huella y firma, para aparentemente reclamar mi material de dotación o intendencia militar.<sup>18</sup> (Negrillas y subrayas del Despacho)

Obsérvese que el Cabo Segundo Oscar Galeano afectado con el retiro de material de intendencia en febrero de 2020, afirmó, que el Soldado Barbosa aquí accionante puso el nombre, firma y huella del referido suboficial en señal de retiro del material. Sobre esta manifestación se encuentra demostrado que la firma y huella sí son del accionante, sin embargo, el nombre de la persona respecto a la cual retira, es del del Suboficial afectado, según consta en la prueba obrante en el expediente<sup>19</sup>:

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA  
 COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES  
 EJÉRCITO NACIONAL  
 BATALLÓN DE APOYO Y SERVICIOS PARA EL COMBATE No. 21 "JOSÉ ACEVEDO Y GÓMEZ"

LIBRO ASIGNACIÓN DE CAMUFLADOS

No.	FECHA	GD	APELLIDO Y NOMBRE	No. DE CEDULA	CODIGO SAP ELEMENTO	No. UNIFORME CAMUFLADO	SALIDA DOC-SAP	UNIDAD	FIRMA	TELEFONO	HUELLA
53	10-02-20	CJ	Echeverri Giguys Nestor Quiñones	107496005	1317776	19100000 507291 507292	490778 1666	4177	EG-M	313371432	
54	10-02-20	SI	Berez Rodriguez Raswell	8013773	1317767	19110000 620846 620847	490778 1707	4177		31337702	
55	10-02-20	SI	Cechay Bohongue Gustavo Adolfo	16942870	1317754	19110000 628517	490778 1827	4177		31180049	
56	10-02-20	CJ	Vasquez Martinez Jose Miguel	1015425375	1317734	19110000 628516 628517	490778 1831	4177		710457749	
57	10-02-20	CS	Galeano Barbosa Oscar Domingo	1068813568	1317767	19110000 620847 620847	490778 1877	4177		310617707	

El baucher de retiro del material, esta signado por el referido Soldado quien dejó anotado su número de cédula y celular, con fecha 10 de febrero de 2020<sup>20</sup>.

Como se desprende de los anteriores medios de convicción, no existe imprecisión en lo narrado por el denunciante Cabo Segundo Oscar Galeano, pues vista la planilla en forma que se cita en esta providencia, pareciera que quien realiza el retiro del material, es ese Suboficial y no el accionante, pues la firma y huella que aparecen allí no tienen alguna distinción que diferencia la persona titular del material de la constancia de retiro, como sí aparece en el baucher.

Luego desde esa perspectiva la falsedad del argumento que alega el actor no se torna evidente y tampoco sería trascendente, como quiera que no logra demostrar la inexistencia del hecho que reprocha en el acto de retiro que es la participación del demandante en una conducta de extracción de uniformes sin el cumplimiento del protocolo aplicable en la entidad demandada.

<sup>18</sup> Archiv o digital No. 40 página 259.

<sup>19</sup> Archiv o digital 40 pagina 352.

<sup>20</sup> Archiv o digital 40 pagina 351.

Cabe agregar, que las declaraciones recibidas en este proceso como la del Capitán Jaime Alexander Garzón Aguirre<sup>21</sup>, la del digitador Néstor Julio Quiñonez Martínez<sup>22</sup> y la del Cabo Segundo Oscar Darío Galeano Berma<sup>23</sup>, dan cuenta de la existencia del hecho reprochado, consistente en el retiro de Uniformes el 10 de febrero de 2020 por parte del Soldado Profesional Heriberto Barbosa, sin que agotará el procedimiento señalado para el retiro de prendas del Almacén en nombre de un beneficiario distinto a la persona que retira y sin que perteneciera al almacén.

En lo que toca a la ocurrencia del hecho de la sustracción de 6 camuflados con el propósito de sacarlos en horas de la noche del referido batallón, por parte del accionante el 13 de noviembre de 2019, la declaración del Capitán Jaime Alexander Garzón Aguirre<sup>24</sup>, contribuye para demostrar la ocurrencia de los hechos en los que se funda el acto administrativo de retiro.

Por lo tanto, obran en el expediente las pruebas necesarias que señalan que los hechos descritos en el acto administrativo de retiro ocurrieron y son de la suficiente gravedad para justificar el retiro del accionante, pues independientemente de si el actor fue exonerado o no disciplinaria o penalmente, existió una conducta que provocó la pérdida de confianza del nominador en su desempeño lo que lo facultó para disponer su desvinculación de la entidad en ejercicio de la facultad discrecional.

En suma, no prosperan las pretensiones de la demanda por esta causal.

### **3.2. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**

Aunque del escrito de demanda es claro que los cargos contra el acto administrativo de retiro invocados, son los ya resueltos, lo cierto es que también se hace mención al desconocimiento de la presunción de inocencia aspecto sobre el que debe pronunciarse el Despacho.

Al respecto, conviene reiterar las consideraciones precedentes en el sentido que existe diferencia entre el ejercicio de la facultad discrecional de retiro y la apertura de procesos disciplinarios y penales, pues en estos últimos es carga de la administración y del Juez Penal Militar o Penal Ordinario, desvirtuar la presunción de inocencia, no así en el trámite administrativo de retiro en uso de la aludida facultad.

De igual manera, y en gracia de discusión, si se aceptara que el estar demostrado que la comisión de la conducta irregular afectara la legalidad del acto, la conclusión no variaría para el presente caso, donde los testimonios y pruebas documentales dieron cuenta de la existencia de hechos irregulares en los que evidentemente estuvo involucrado el actor, luego no es posible concluir que se le señaló de la comisión de alguna conducta inexistente.

---

<sup>21</sup> Archivo digital 48, audiencia celebrada el 2 de febrero de 2023.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Archivo Digital 51, Audiencia celebrada el 23 de febrero de 2023

<sup>24</sup> Archivo digital 48, audiencia celebrada el 2 de febrero de 2023.

### 3.3. Fuero de estabilidad al personal discapacitado

En desarrollo de los artículos 13 y 53 de la Constitución de 1991, se ha establecido la protección del empleo de las personas en estado de discapacidad, atendiendo la particularidad de su condición.

En este caso se trata de un Soldado en estado de discapacidad que fue calificado con una pérdida de capacidad militar del 12.5%, según Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M17-588 MDNSG-TML-41.1 del 2 de octubre de 2017, en la que se indicó que el demandante era “*NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR*” y “*No se recomienda su reubicación laboral*”<sup>25</sup> y sin embargo, se le reubicó laboralmente y con los hechos que han sido descritos en precedencia se produjo su retiro.

Es importante tener en cuenta que la protección laboral reforzada, no es absoluta y en el caso de las Fuerzas Militares, no existe norma en nuestro ordenamiento que señale que la persona en estado de discapacidad no deba continuar cumpliendo con sus deberes en el marco de la legalidad y honrando la confianza depositada, de manera que en este caso la discapacidad no justifica que el accionante hubiera incurrido en una conducta que su no minador considerara reprochable y justificara su retiro.

En efecto, el desconocimiento de los deberes y órdenes justifica el retiro del servicio, en la medida que si se pierde la confianza en la idoneidad del servidor uniformado, no es posible cumplir con la correcta y debida prestación del servicio, pues este tipo de servidores públicos debe enaltecer a la fuerza con el cumplimiento idóneo e intachable de sus deberes, por lo que al margen de su discapacidad y haciendo una evaluación objetiva de lo actuado, el ejercicio de la facultad discrecional estuvo justificado, como ha quedado ilustrado en precedencia.

Así las cosas, la discapacidad padecida no justifica actuaciones en desconocimiento de órdenes de los Superiores y por lo tanto, a juicio de esta instancia el fuero de protección no cubre este tipo de situaciones.

En suma, no prosperan las pretensiones de la demanda, permanece incólume la presunción de legalidad de la Orden Administrativa No. 1613 del 28 de junio de 2020 y en consecuencia, prosperan las excepciones de mérito de “*ausencia de desviación de poder*” y “*ausencia de falsa motivación*”.

### 4. Costas

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas al demandante, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe. Además, porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 del C.G.P.

---

<sup>25</sup> Archiv o Digital No. 43 páginas 9 a 10.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

### FALLA

- PRIMERO:** **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de mérito denominadas “ausencia de desviación de poder” y “ausencia de falsa motivación”, conforme con lo expuesto.
- SEGUNDO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por los motivos y consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- TERCERO:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.
- CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente  
**MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO**  
JUEZ

Firmado Por:  
Monica Lorena Sanchez Romero  
Juez  
Juzgado Administrativo  
028  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **64903deed4a83b72d297cf9ddd39d71e2afdf38fcf65dfb08c72a6e506d54d6e**

Documento generado en 26/04/2023 03:56:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>