



Radicado: 05001-23-33-000-2013-01028-01 (1920-2015)
Demandante: JHON JAIRO RODRÍGUEZ PEÑA

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 05001-23-33-000-2013-01028-01 (1920-2015)

Actor: JHON JAIRO RODRÍGUEZ PEÑA

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana

Ley 1437 de 2011 - Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de 25 de febrero de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia¹ accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda²

El señor Jhon Jairo Rodríguez Peña, por intermedio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicitó la nulidad del Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL -29.60 de 4 de enero de 2013, suscrito por el director de personal de la Fuerza Aérea Colombiana que le negó su solicitud de retiro por voluntad propia a partir del 1.º de enero de 2013.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la demandada a reparar el «daño causado por no conceder su retiro en el tiempo solicitado» en cuantía de \$2.300'000.000, sumado a los intereses corrientes determinados por la

¹ Sala Primera de Oralidad, con ponencia del magistrado doctor Jorge Iván Duque Gutiérrez.

² f. 9 y s.s.



Superintendencia Bancaria y la actualización de la condena conforme al IPC en los términos señalados por el CPACA.

Como medida cautelar solicitó la suspensión provisional del acto demandado y ordenar al Ministerio de Defensa Nacional el retiro del demandante de la Fuerza Aérea o en su defecto su traslado a una unidad aérea de bajo riesgo y que se ordene que el demandante no participe en operaciones militares que pongan en riesgo la vida e integridad del demandante, que no porte el uniforme militar o ser parte de actividades militares.(f. 10).

2.2. Supuestos fácticos

Como sustento de las pretensiones indicó lo siguiente:

El demandante, quien se desempeñaba como suboficial (técnico tercero), de la Fuerza Aérea Colombiana presentó solicitud de retiro del servicio activo por voluntad propia el 8 de agosto de 2012, con efectos a partir del 1.º de enero de 2013.

El 9 de enero de 2013, se le notificó el Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL -29.60 de 4 de enero de 2013, a través del cual se le negó su solicitud al señalar que teniendo en cuenta las actividades especiales de servicio que le fueron encomendadas y las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el país por parte de las organizaciones al margen de la ley, se decidió, con fundamento en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo, a partir del 31 de marzo de 2015.

2.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citaron como disposiciones violadas los artículos 1.º, 4.º, 13, 15, 21, 25, 26, 29 y 53 de la Constitución Política; la Ley 1104 de 2006 y el artículo 101 del Decreto 1790 de 2006 y el Decreto 1211 de 1990.



Al explicar el concepto de violación el demandante sostuvo, en síntesis, que el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 establece como una de las causales de retiro para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el retiro temporal con pase a la reserva y por solicitud propia. Que ninguna autoridad pública o privada puede obligar a un servidor público a permanecer en una institución militar en contra de su voluntad, pues se desconoce la norma señalada y además se incurre en un acto reprochable que desconoce sus derechos fundamentales.

Precisó que el acto administrativo fue proferido con incompetencia por cuanto la solicitud de retiro del servicio debe ser resuelta, en el caso de los suboficiales, por resolución ministerial que podrá delegarse en el comandante general o comandante de fuerza conforme lo señala el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, norma que en ninguno de sus apartes dispone la delegación a un tercero, como ocurrió en este caso, donde el acto demandado fue expedido por el director de personal.

Adicionalmente dijo que el acto demandado incurrió en «motivación inconstitucional» y falsa motivación por cuanto la entidad no acreditó las razones de seguridad y de defensa nacional para negarle el retiro del servicio, sino que apenas realizaron afirmaciones generales y que además no se podía saber que el conflicto en Colombia iba a terminar en marzo de 2015.

Manifestó que la no aceptación del retiro inmediato del miembro de la Fuerza Pública que solicita, bien sea por razones de seguridad nacional o por necesidad del servicio o por cualquier otra causa, debe acreditarse de manera cierta por quien la invoca, lo cual significa que la entidad castrense tiene que asumir una carga argumentativa y probatoria en tanto dispone de la información suficiente para dar cuenta de los motivos que aduce cuando impide el retiro de sus miembros, en apoyo de este argumento citó las sentencias de la Corte Constitucional T- 1218 de 2003 y 178 de 1994.

2.2. Contestación

La entidad accionada, a través de apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó en primer lugar, que el oficio demandado es un acto de trámite y que



aún no se había adoptado una decisión definitiva sobre la solicitud de retiro del demandante, por cuanto ésta debe ser tomada por el Ministro de Defensa, por lo que en este caso no nos encontramos ante un acto definitivo pasible de control jurisdiccional pues sólo se le informó que su petición sería considerada a partir de marzo de 2015 por lo que su demanda carece de fundamento. Además, el señor Rodríguez Peña no realizó su solicitud de retiro conforme lo establece el Decreto 1428 de 2007.

Explicó que quien se enlista de manera voluntaria en la Fuerza Pública debe asumir los riesgos propios del servicio, entre estos, el no poder retirarse de manera inmediata, por lo que no es un mero capricho de la institución sino que hay unas directrices dentro de las cuales está el tiempo mínimo de permanencia del personal de vuelo, explicado en razones de seguridad nacional.

Adicionalmente dicha entidad invirtió unos recursos en la capacitación del demandante por lo que en caso de accederse a la pretensión del demandante solicita se ordene la devolución de los dineros del Estado.

Finalmente propuso las excepciones que denominó: «El acto demandado es un mero acto de trámite no se resolvió alguna situación de fondo»; «necesidad del servicio» y «Legalidad de los actos administrativos demandados».

2.3. Trámite en primera instancia

Mediante auto de 3 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda (f. 27); luego, a través de proveído de 18 de marzo de 2014 fijó la audiencia inicial para el 3 de abril del mismo año. (f. 110).

En dicha diligencia³: (i) fue saneado el proceso, (ii) y frente a las excepciones formuladas por el apoderado de la parte demandada⁴, consideró que estas debían resolverse en las etapas siguientes del proceso, al considerar que eran mixtas y ameritaban un estudio de fondo acerca de la naturaleza del acto administrativo, con lo que consideró que las decisiones se resolverían en la decisión final del litigio.

³ f. 127 y siguientes del expediente.

⁴ «El acto demandado es un mero acto de trámite no se resolvió alguna situación de fondo»; «necesidad del servicio» y «Legalidad de los actos administrativos demandados».



Posteriormente el magistrado conductor del proceso fijó el litigio para lo cual se enfocó en citar los hechos y pretensiones de la demanda, con lo cual las partes se mostraron de acuerdo (f. 127 vto.) y frente a la solicitud de medidas cautelares precisó:

«[...] considera irrelevante desde el punto de vista práctico para la parte actora la toma de una medida cautelar de suspensión del acto. Considera entonces que al no poderse dar el restablecimiento del derecho en este momento. Se notifica en estrados la decisión.» (Sic para toda la cita). (f. 128).

Igualmente, se verificó que las pruebas solicitadas y decretadas reposaban en el expediente por lo que declaró agotada esta etapa y ordenó correr traslado por 10 días a las partes para alegar de conclusión (ff. 128).

En el citado periodo se pronunciaron la **parte demandante**⁵ quien indicó que el acto demandado en verdad constituye un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción; que la entidad demandada condicionó el retiro del demandante a dos situaciones, la fecha y la situación de seguridad o turbación del orden público y que no se puede olvidar que los derechos en litigio son derechos fundamentales, como la libertad de escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la profesión, la libertad de pensamiento y otros.

Indicó que el demandante está sometido a la presión de sus superiores que le han conminado a permanecer en una institución a la que no quiere pertenecer ante un presunto tipo penal como es el abandono del cargo.

La apoderada de la entidad demandada Ministerio de Defensa Nacional⁶ expresó que ser miembro de las Fuerzas Militares tiene connotaciones especiales en función de la misión que les corresponde por lo que se tiene un régimen propio que regula el aspecto laboral; que de ninguna manera se vulneran los derechos de sus miembros al no permitir en forma inmediata el retiro de la institución puesto que la misión conlleva que cada uno sea una pieza fundamental e importante para la fuerza pública y que ello es que el demandante debió permanecer en actividad; que la respuesta emitida por la entidad se basó en las necesidades del servicio y las funciones del servidor.

⁵ Ff. 130 y s.s.

⁶ Ff. 139.



2.4. La sentencia de primera instancia

El 25 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia de forma escrita donde accedió a las pretensiones de la demanda (ff. 148 y s.s.).

Al efecto declaró la nulidad del Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL -29.60 de 4 de enero de 2013, suscrito por el Director de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana, a través de la cual se le negó su solicitud de retiro del servicio por voluntad propia desde el 1.º de enero de 2013. A título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad demandada permitir el retiro del servicio del actor en una fecha que no podrá sobrepasar el 31 de marzo de 2015 o máximo la fecha de ejecutoria de la providencia, en caso de que para la fecha señalada no se hubiere cumplido. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada para lo cual fijó las agencias en derecho en 10 salarios mínimos mensuales vigentes.

En primer lugar consideró que el acto demandado si era definitivo en tanto constituía una actuación que impedía al demandante la definición de su situación con lo que había de considerarse susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Precisó que si bien habría lugar a pronunciarse sobre el cargo de falta de competencia, estudiaría la que consideró era una violación de derechos fundamentales del accionante a la libertad personal y al derecho de escoger profesión u oficio.

Apoyándose en la cita de la sentencia de la Corte Constitucional T - 1094 de 2001 explicó que la motivación empleada por la entidad demandada al invocar la existencia del conflicto armado que afronta el país para negar el retiro no fue suficiente y que no se tuvo en cuenta la actividad del demandante, la naturaleza, el lugar de sus funciones así como la capacitación que ha recibido o el número de personas que pudieran estar en capacidad de reemplazarlo.



Indicó que la restricción a sus derechos por un periodo de más de dos años no se encontraba justificada y constituía un abuso del derecho al mantener a una persona, contra de su voluntad en un cargo, y que corresponde al ente demandado prever la forma de reemplazar a sus miembros de manera oportuna pues es contrario a la Constitución obligarlos a permanecer en filas indefinidamente.

Frente al monto solicitado a título de reparación del daño consideró que no existía en el expediente el respaldo probatorio como para acceder al mismo por lo que no se había cumplido con el supuesto probatorio que exige el artículo 177 del CPC.

2.5. Recurso de apelación

La apoderada de la entidad demandada solicitó que se revoque la decisión de primera instancia⁷.

Al efecto insistió en que el acto demandado era un acto de trámite pues no se le informó al demandante sobre su retiro sino que se le dijo que su solicitud sería analizada pues el único competente para decidirla era el Ministro de Defensa. Que se le comunica la decisión tomada por el Comando de la Fuerza Aérea Colombiana. (f. 143).

Además, recalcó que el acto administrativo se encuentra ajustado a los parámetros del artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, por lo que no se vulnera ningún derecho cuando no se permite el retiro del servicio a los miembros de las Fuerzas Armadas de forma inmediata ya que el mismo no puede hacerse como si se tratara de cualquier entidad estatal, pues cada uno de los miembros es importante para cada fuerza y se justificaba la permanencia del demandante en el servicio teniendo en cuenta las actividades que le fueron encomendadas y las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y perturbación del orden público interno en todo el país por parte de las organizaciones al margen de la ley.

Que por mandato constitucional todos los miembros de las Fuerzas Militares están llamados a defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y

⁷ Ff. 166 y s.s.



el orden constitucional; por ende, dijo, quien se enlista voluntariamente a la Fuerza Pública debe asumir los riesgos propios del servicio, entre estos, el no poder retirarse de manera inmediata.

Explicó que una vez se eleva la solicitud de retiro se procede a realizar un estudio pormenorizado del caso, en relación con el cuerpo y la especialidad a la que pertenece, la capacitación que ha recibido, la experiencia, el área en la que está laborando frente a las necesidades del servicio, el movimiento o rotación (ingreso o ascensos) todo ello en pro de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza. Que así mismo se estudia la planta de personal asignada a la Fuerza Aérea Colombiana y el sistema de relevos programados o planeados en cada grado y cargo, siendo estos elementos factores determinantes en el momento de la toma de decisiones para la administración de personal, adicionalmente a que un técnico grado 3 es poco fácil de reemplazar inmediatamente pues ha recibido varias capacitaciones sufragadas por la demandada.

Finalmente indicó que se encuentra en contra de la condena en costas impuesta en primera instancia al ir en contravía de lo señalado por el Acuerdo 1887 de 2003 y el numeral 3.º del artículo 393 del CPC que imponen al fallador considerar la naturaleza, calidad y duración de la gestión; sin embargo, en este caso se definió en la primera instancia.

2.6. Trámite en segunda instancia

La parte demandante interpuso recurso de apelación⁸, pero no asistió a la audiencia de conciliación adelantada el 28 de abril de 2015 (f. 178);

Pese a lo señalado por el artículo 192 del CPACA⁹, el Tribunal concedió los recursos interpuestos por ambas partes (f. 178 vto.).

⁸ Ff. 161 y s.s.

⁹ Esta norma dispone:

«Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La inasistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso»



Por lo anterior, por auto de 23 de junio de 2015 esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹⁰ y el 27 de octubre de 2017¹¹ se dispuso correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia.

La apoderada de la parte demandada¹² presentó alegaciones en las cuales manifestó que con Resolución 019 de 16 de enero de 2015 se retiró del servicio activo por solicitud propia al demandante, con novedad 31 de marzo de 2015, con lo que se dio cumplimiento a la sentencia de primera instancia, configurándose la carencia actual de objeto de la demanda por hecho superado.

La parte demandante guardó silencio.

2.7. Concepto del Ministerio Público¹³

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado señaló que debe confirmarse la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, al estimar que al momento de proferirse el fallo de primera instancia el acto atacado seguía produciendo efectos jurídicos por cuanto la aceptación del retiro tendría vigencia hasta el 31 de marzo de 2015, espera que centró la disconformidad del accionante; que por esto al momento de proferir sentencia no se estructuró la carencia actual de objeto.

Por tanto, dijo, como no se ha brindado una satisfacción plena de la demanda y esta pendiente de definir uno de los temas de debate planteado por la apoderada de la demandada como es el momento de la condena en costas debe producirse un pronunciamiento de fondo. Que la terminación del proceso o inhibirse de fallar sería un premio a favor de la demandada para burlar la condena en costas que se le impuso en primera instancia y sobre la cual tiene expectativas la parte actora. Además la Resolución expedida desde el 16 de enero de 2015, solo fue puesta en conocimiento de la jurisdicción por la parte demandada hasta el 6 de diciembre de 2017.

¹⁰ F. 187

¹¹ F. 203.

¹² ff. 208 y s.s..

¹³ Ff. 211 y s.s.



Por esto, dijo, debía confirmarse la sentencia del Tribunal pues el acto demandado distaba de los criterios señalados en la sentencia T- 718 de 2008 de la Corte Constitucional.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y en el artículo 13 del Acuerdo núm. 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

3.2. Aclaración previa

En primer lugar debe señalar la Sala que, en efecto, tal como lo prevé el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 que dispone «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación», el oficio demandado 20133530008633 de 4 de enero de 2013 constituye un verdadero acto administrativo que produjo efectos frente al demandante como quiera que a través de éste, se le puso en conocimiento la manifestación unilateral de la administración, según la cual se le indicó que su solicitud de retiro se «consideraría» a partir del 31 de marzo de 2015, es decir dos años después, con lo cual se le impidió continuar con el trámite respectivo para obtener su retiro del servicio como suboficial técnico tercero de la Fuerza Aérea Colombiana.

Tal decisión es susceptible de ser analizada en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto son los efectos de la misma los que discute el accionante, quien considera que tiene



derecho a retirarse del servicio con antelación a la fecha señalada.

De otra parte, advierte la Sala que con posterioridad a la sentencia de primera instancia proferida el 25 de febrero de 2015, es decir, el 28 de abril de ese año, durante la realización de la audiencia de conciliación, la parte demandada allegó copia de la Resolución 019 de 16 de enero de 2015 suscrita por el comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, por la cual se dispuso el retiro del servicio del demandante por solicitud propia, con efectos fiscales desde el 31 de marzo de 2015 (f. 182).

A folio 208 la apoderada del Ministerio de Defensa solicitó la terminación del proceso o que se dicte sentencia inhibitoria, esto al señalar que con dicha resolución se produjo el cumplimiento de la sentencia de primera instancia.

Por su parte el señor Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia dado que los efectos de la Resolución 019 de 16 de enero de 2015 se fijaron hasta el 31 de marzo de 2015, con lo que dijo, el acto administrativo demandado continuó produciendo efectos adversos en contra del demandado.

Al respecto considera la Sala en primer lugar que la citada Resolución no es un acto de ejecución o cumplimiento de la sentencia de 25 de febrero de 2015 en la medida en que tal acto fue proferido, con antelación, el 16 de enero de 2015, se notificó al demandante el 27 de enero de 2015 e indicó que el retiro se ejecutaría el 31 de marzo siguiente (f. 181), acto que además, no fue puesto en conocimiento del Tribunal pese a que inclusive se había notificado al demandante.

De acuerdo con lo anterior se advierte que la Resolución 019 de 2015 contiene la voluntad de la administración que **determinó el retiro** del demandante a partir del 31 de marzo de 2015, con lo que se entiende que el Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL-29.60 de 4 de enero de 2013, que **dijo «consideraría» el retiro el 31 de marzo de 2015**, fue revocado por la Resolución en cita.



Ahora bien, en la medida en que el Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL-29.60 de 4 de enero de 2013, produjo efectos jurídicos durante todo el proceso judicial era susceptible de ser controlado por el Tribunal Administrativo de Antioquia porque, la revocatoria no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo, tal como lo señaló la Sección Quinta de esta Corporación en sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04 con ponencia de la consejera Rocío Araujo Oñate, oportunidad en la cual explicó:

«[...]

Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia».

Esta posición fue reiterada en sentencia de unificación de esa Sección de 24 de mayo de 2018, dentro del proceso radicado 47001-23-33-000-2017-00191-02, según la cual:

«[...]

Por otra parte y si el acto acusado produjo efectos y no se encuentra vigente, el juez contencioso administrativo aún en el evento en que haya sido retirado del ordenamiento jurídico¹⁴, mantiene su competencia para conocer de su legalidad porque, su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia.

Por lo anterior, un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien formalmente decidirá si dicho acto excluido fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia¹⁵ y se impone por parte del operador judicial su resolución de fondo en la sentencia».

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que tanto al Tribunal Administrativo de

¹⁴ Cita de cita. Como en el caso en concreto, que el acto demandado fue revocado por el Concejo Distrital de Santa Marta.

¹⁵ Cita de cita. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.



Antioquia como a esta Corporación les asiste competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto demandado, de cara a los efectos jurídicos que influyeron en la situación jurídica del señor Jhon Jairo Rodríguez Peña, por lo que la Sala procederá a analizar los restantes argumentos de disenso manifestados por la entidad en el recurso de apelación.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala de Subsección determinar si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y determinó la ilegalidad del Oficio 20133530008633 MDN- CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPERSUMIL-29.60 de 4 de enero de 2013.

3.4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

La Constitución Política señala en su artículo 217 que las Fuerzas Militares tienen como fin el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar el orden público dentro del territorio nacional. Por ello, sus funciones se encuentran inmediatamente vinculadas con el interés general. La conservación del orden jurídico y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades y derechos de los asociados son valores que claramente involucran el bienestar de todos los habitantes del territorio.

La citada norma establece que la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como sus ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros, y estén sometidas a un régimen especial de carrera y a regímenes especiales de prestaciones sociales y de responsabilidad disciplinaria.

En esa forma, la misma Constitución restringe los derechos de los miembros de la fuerza pública, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional al indicar que «si bien a los miembros de las Fuerza Pública se les reconocen las garantías consagradas en el artículo 28 Superior, [...] tales derechos pueden verse limitados por razones operativas propias del servicio, tal como ocurre en los casos donde se requiere el acuartelamiento



obligatorio y la prolongación de su permanencia en filas sin que medie ningún tipo de consentimiento»¹⁶.

Ahora bien, el Decreto Ley 1790 de 2000, «por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares», señala en su artículo 101 que «Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto».

Como se aprecia, la simple lectura de la norma se advierte que el retiro debe concederse a menos que las circunstancias de seguridad nacional o de necesidades especial del servicio lo permitan, con lo cual se «limitó así la garantía de la dimensión negativa del derecho a escoger libremente profesión u oficio porque condicionó la facultad de dejar de pertenecer a la Policía Nacional al miembro cuyo retiro podría derivar consecuencias desfavorables para la seguridad nacional o para el servicio mismo»¹⁷.

Igualmente la Corte Constitucional, en sentencia T- 101 de 2016¹⁸ señaló que aunque la prolongación de la permanencia de un Oficial o Suboficial al interior del cuerpo castrense encuentra como únicas causas justificativas el que existan (i) razones de seguridad nacional, o (ii) circunstancias especiales del servicio; el simple hecho de afirmarlas no es suficiente para negar a un miembro de la Fuerza Pública su solicitud de retiro voluntario de la institución, pues «los criterios de razonabilidad y proporcionalidad imponen a la autoridad castrense el deber de probarlas».

El origen de esta exigencia radica en que la decisión de la administración ocasionará la restricción de derechos fundamentales y por cuanto son dichas entidades las que cuentan con la información necesaria para demostrar que es indispensable la presencia

¹⁶ Sentencia T- 1094 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia T. 718 de 2008, con ponencia del dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, referida a un caso de la Policía Nacional

¹⁸ Con ponencia de la Dra María Victoria Calle Correa.



del uniformado en la institución ya sea por el grado con el que cuenta, por la experiencia sustancialmente diferenciada a la de sus compañeros o por su formación especializada

Igualmente, señaló la Corte en la sentencia citada *ut supra* que cuando la razón para negar la desvinculación voluntaria es el orden público relacionado con el conflicto interno del país, es indispensable valorar las circunstancias de cada caso particular, de tal manera que se logre probar «sólidamente» el nexo entre las funciones cumplidas por el peticionario y la respuesta a las amenazas de las organizaciones delictivas. Esto dijo esa Corporación:

«[...]

De tal forma que, si bien debe entenderse que es obligación de todos los integrantes de las FF.MM. defender la soberanía, independencia, integridad del territorio nacional y del orden constitucional, no puede perderse de vista que cada institución tiene una jerarquía muy clara, en cuya virtud es posible identificar la importancia de las funciones que desarrolla cada persona, dependiendo de, por ejemplo, el grado militar con el que cuenta, su especialidad, experiencia y capacitación.

[...]

De tal manera que en esta oportunidad la Sala encuentra necesario establecer que cuando una institución de la Fuerza Pública niega la solicitud de retiro voluntario elevada por alguno de sus miembros, poniendo de presente una manifestación genérica de las causales establecidas en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, sin cumplir con los parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, en cumplimiento de los estándares aquí descritos, no sólo incurre en una vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16 y 26 de la Constitución Política, sino también del debido proceso, al restringir el ejercicio de derechos fundamentales a través de un acto administrativo inmotivado y, en consecuencia, arbitrario».

En este sentido, la situación de orden público, alegada como razón para mantener a una persona al servicio de las Fuerzas Militares debe ser examinada en cada caso en particular, por lo que debe analizarse la importancia de la función que desarrolle, de su especialidad, del tiempo en el servicio, de la naturaleza de sus funciones, de la capacitación y preparación que se le haya suministrado, del dinero que se haya invertido en su formación, así como del tiempo en el que esa inversión se haya proyectado, entre otros aspectos¹⁹.

¹⁹ Sentencia T - 1218 de 2003.



3.5. Caso concreto

En este caso, el acto demandado señaló que (i) teniendo en cuenta las actividades especiales de servicio que le fueron encomendadas al demandante y (ii) las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el país por parte de las organizaciones al margen de la ley, se decidió, con fundamento en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo, a partir del 31 de marzo de 2015 (f. 2).

En la defensa de la entidad se indicó que la negativa del aplazamiento del retiro se justificó en que el señor Jhon Jairo Rodríguez Peña se capacitó en la especialidad de mantenimiento aeronáutico, invirtiéndose por parte de la entidad cuantiosas sumas, por lo que eran necesarios sus servicios para afrontar la amenaza de las organizaciones al margen de la ley.

Sin embargo, al proceso solo se aportó copia del concepto de retiro, visible a folio 78 donde se indica que el demandante se desempeñaba para esa época, como suboficial del Cuerpo Técnico de las Fuerza Aérea Colombiana, como técnico tercero y, en virtud de su especialidad cumplía funciones de mantenimiento aeronáutico²⁰.

En este sentido, advierte la Sala que en este caso no se indicaron las (i) razones de seguridad nacional, o (ii) circunstancias especiales del servicio, tales como las condiciones personales y profesionales del suboficial, sus capacitaciones, su especialidad, la imposibilidad de reemplazarlo con otro funcionario a corto plazo, condiciones que debió demostrar la entidad pues la simple afirmación de carácter general no constituye razón suficiente para negar a un miembro de la Fuerza Pública su solicitud de retiro voluntario de la institución.

En consecuencia, ante la insuficiencia del material probatorio que demuestre la necesidad de prolongar la permanencia del accionante al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana ya sea por razones de seguridad nacional o especiales del servicio, la Sala

²⁰ De conformidad con el artículo 20 del Decreto 1790 de 2000, los suboficiales del Cuerpo Técnico aeronáutico de la Fuerza Aérea, son todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales tripulantes en la ejecución de las operaciones aéreas y cumplir funciones complementarias o de mantenimiento, tanto en tierra como a bordo de las aeronaves militares.



concluye que no resultaba razonable ni proporcionada su permanencia en la entidad por dos años más, contra su voluntad.

En lo referente a la condena en costas impuesta en primera instancia, señaló el apoderado que en este caso como la controversia se decidió con la sentencia del Tribunal, no había lugar a imponer la condena en derecho en la cuantía señalada pues ello desconoce el Acuerdo 1887 de 2003.

Al respecto, la citada norma, Acuerdo 1887 de 2003²¹, «Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho»²² señala:

«ART. 3º—Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.

PAR.—En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.»

Ahora bien, contrario a lo que señala la entidad demandada, este asunto no fue decidido en primera instancia, pues precisamente, es en el análisis del recurso de apelación propuesto por la entidad, que se pronunció esta Sala de Subsección y en el cual determinó que no le asistía razón en sus argumentos de disenso. Por tanto, al señalar el Tribunal como agencias en derecho 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes, es una decisión que se adecuaba a lo dispuesto en el artículo 6.º del Acuerdo en cita, que frente a los procesos contencioso administrativos dispone lo siguiente:

«3.1.2. Primera instancia.

Sin cuantía : Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia».

²¹ Proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura,

²² Derogado por el Acuerdo 10554 de 2016 artículo 6º del Consejo Superior de la Judicatura



En este caso el Tribunal negó la pretensión de reparación que perseguía el pago de \$2.300'000.000 por lo que advierte la Sala que la decisión del Tribunal fue ponderada y se ajustó a la disposición indicada al fijar únicamente 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho, pues la norma le había otorgado topes mucho más altos.}

3.6.- De la condena en costas en segunda instancia²³

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho²⁴, los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso²⁵ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento²⁶ de modo que en atención a esa orientación y de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala de Subsección se abstendrá de condenar en costas toda vez que no hubo intervención alguna en segunda instancia de la apoderada de la parte demandante.

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

²³ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

²⁴ Artículo 361 del Código General del Proceso.

²⁵ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.



FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 25 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso promovido por el señor Jhon Jairo Rodríguez Peña contra la Nación, Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea de Colombia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia,

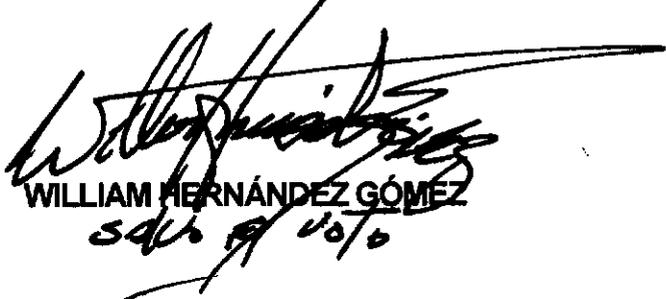
SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS en segunda instancia según las consideraciones expresadas en este fallo.

TERCERO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
solo a voto


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS