



AVISO A LA COMUNIDAD

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: 11001 03 15 000 2023 00233 00

Accionante: Fabio Luis Mercado Ávila

Accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar y otro

LA SECRETARIA GENERAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR, DE CONFORMIDAD CON LO ORDENADO EN COMISIÓN DE FECHA VEINTICUATRO (24) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) PROFERIDO POR EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, PROCEDE A PUBLICACIÓN DE AVISO EN LA PÁGINA WEB DE LA JURISDICCIÓN, PARA NOTIFICAR A TODAS LAS PERSONAS QUE INTERVINIERON DENTRO DEL MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO QUE SE TRAMITÓ CON EL RADICADO 13001 33 33 001 2018 00101 00 [01] DE LA PROVIDENCIA DEL 27 DE FEBRERO DE 2023.

LAS PERSONAS A NOTIFICAR SERÁN VINCULADAS COMO TERCEROS INTERESADOS EN LAS RESULTAS DE ESTE PROCESO.

SE INCORPORA AL PRESENTE AVISO PROVIDENCIA ACCIÓN DE TUTELA EN CARTAGENA DE INDIAS A LOS VEINTICUATRO (24) DÍAS DEL MES DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRES (2023).

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA GENERAL



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción de Tutela
Radicación: 11001 03 15 000 2023 00233 00
Demandante: Fabio Luis Mercado Ávila
Demandados: Tribunal Administrativo de Bolívar y otro

Temas: Tutela contra providencia judicial / Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

1. La acción de tutela

El señor Fabio Luis Mercado Ávila promueve acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo y el principio de seguridad jurídica.

1.1. Pretensiones

En protección de los derechos reclamados solicita:

PRIMERA: amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad jurídica y al trabajo del accionante Fabio Luis Mercado Ávila.

SEGUNDA: como consecuencia de lo anterior DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 29 de abril de 2022, a través de la cual el honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, confirmó la sentencia del 29 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, y además



condenó en costas de segunda instancia a la parte recurrente – demandante; y en su lugar, ordenar a dicha autoridad judicial que, en el término de treinta (30) días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto, tenga en cuenta la línea jurisprudencial determinada por el Consejo de Estado, concerniente a los retiros de los miembros de las Fuerza Militares por facultad discrecional, que exige examinarlo a la luz de los postulados constitucionales y legales que lo orientan, garantice los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad jurídica y al trabajo del accionante.

1.2. Hechos de la solicitud

Como hechos relevantes la parte accionante señaló los siguientes:

- i) El 26 de julio de 2017, el infante de marina regular Gerson Duván Martínez Jaimes, de manera consciente y voluntaria trató de quitarse unos tatuajes que tenía en su piel, al parecer, con ayuda del cabo Fabio Mercado Ávila, resultando con quemaduras leves en parte del brazo y en el pecho.
- ii) Por el anterior hecho, el 12 de agosto de 2017, por Oficio número 045 / MD-CGFM-CARMA-SECAR-CFNC-CBIM12-OFJURFNC-29, el comandante del batallón de infantería de marina No.12 solicitó el retiro del servicio del cabo primero de infantería de marina Fabio Luis Mercado Ávila.
- iii) El 2 de noviembre de 2017, por medio de la Resolución 1352, el señor Mercado Ávila fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares.
- iv) El señor Fabio Luis Mercado Ávila, a través de apoderado, radicó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional, con el propósito de obtener la nulidad del acto administrativo de retiro y, a título de restablecimiento, el reintegro al cargo en el grado que correspondiera, así como el pago de todos los salarios y emolumentos dejados de percibir.
- v) El 29 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas.



vi) El 29 de abril de 2022, el Tribunal Administrativo de Bolívar confirmó el fallo proferido por el juez *a quo*.

1.3. Fundamentos jurídicos del accionante

Consideró que las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales habían incurrido en:

1.3.1. Defecto fáctico

El apoderado del actor en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó decretar la recepción del testimonio del infante de marina Cris Carvajal Castañeda, mencionado por el cabo primero de infantería Fabio Mercado Ávila y el infante Gerson Duván Martínez James, como testigo presencial de los hechos que motivaron el retiro discrecional del accionante, prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración en la demanda, prueba que fue negada en audiencia inicial por la titular del Juzgado Primero Administrativo de Cartagena y confirmada en apelación por el Tribunal Administrativo de Bolívar. En su criterio, de haberse practicado, el sentido de las decisiones hubiera variado, pues con ella se demostraba que la motivación del acto administrativo de desvinculación resultaba falsa, y, por lo tanto, desprovista de razones objetivas para sustentar el retiro en virtud de la facultad discrecional.

También alegó desconocidas las pruebas relacionadas con la trayectoria laboral, la ausencia de registro de sanciones disciplinarias, el buen desempeño en las funciones, las condecoraciones y felicitaciones recibidas por el accionante, así como el archivo de la investigación adelantada en su contra por los mismos hechos, efectuado por la oficina de control disciplinario del Batallón de Infantería No. 12.

Concluyó que las pruebas omitidas tenían una incidencia directa para variar las decisiones injustas proferidas por las autoridades en las providencias objeto de *litis*.

1.3.2. Desconocimiento del precedente



Consideró que fueron desconocidas las reglas previstas para el ejercicio de la facultad de retiro discrecional y el estándar mínimo de motivación establecido al efecto por la Corte Constitucional en las Sentencias SU-172 de 2015 y en la de unificación del 7 de abril de 2022 proferida por el Consejo de Estado, respecto del personal uniformado de la fuerza pública y el retiro del servicio por voluntad del Gobierno en ejercicio de dicha soberanía facultativa.

1.3.3. Violación directa de la Constitución

Señaló que las providencias objeto de estudio vulneraron los derechos fundamentales invocados por el señor Fabio Mercado Ávila, por inaplicación de los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 13, 21, 25, 29, 53, 83, 125, 209, 216 y 218 de la Constitución Política de Colombia, y 2.º, 3.º, 44 de la Ley 1437 de 2011, 100 literal a) numeral 8º, (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, sin indicar las razones que sustentan tal afirmación.

1.4. Actuación procesal

Por auto del 26 de enero de 2023, se ordenó notificar como demandados a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y al titular del Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, y como tercero interesado a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional que actuó en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tramitado con el radicado número 13001 33 33 001 2018 00101 00 [01], para que dentro del término de tres días y en uso de su derecho de defensa, rindieran el respectivo informe.

1.5. Intervenciones

1.5.1. La titular del juzgado primero administrativo de Cartagena,¹ Esther María Meza, señaló que contrario a lo afirmado por el accionante, a partir del análisis de las probanzas allegadas al plenario consideró que el concepto del comité de evaluación se ajustó a los condicionamientos establecidos jurisprudencialmente, en la medida en que fue emitido de manera previa al acto de retiro y se fundamentó en una causal

¹ Expediente digital de tutela.



expuesta de manera razonada y suficiente, y tuvo como objetivo el mejoramiento del servicio al retirar a un miembro cuyo comportamiento se desvió del objetivo institucional y denotó un alto grado de irresponsabilidad.

A partir de lo expuesto, consideró que no se configuró la vulneración de los derechos constitucionales invocados en la solicitud de amparo, comoquiera que la sentencia de primera instancia se sustentó en el análisis del caso concreto de cara a las pruebas incorporadas oportunamente al proceso, sin que se evidenciara arbitrariedad en su valoración o acreditado los defectos endilgados a la providencia.

1.5.2. La coordinadora del grupo contencioso constitucional del Ministerio de Defensa,² Diana Marcela Cañón Parada, consideró que las sentencias objeto de *litis* se encuentran ajustadas a derecho y no vulneran los derechos fundamentales invocados, comoquiera que fueron proferidas dentro del marco del debido proceso, garantizándosele al accionante sus derechos de defensa y contradicción, así como el acceso a la administración de justicia.

Afirmó que el acto acusado contó con justificación y sustento legal, pues las normas en las que se fundamentó consagran el deber de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y el cabal cumplimiento de las funciones del personal adscrito a la institución orientados por los principios de responsabilidad y compromiso institucional, circunstancias probadas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que fueron desconocidas por el accionante.

1.5.3. Los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar³ se limitaron a enviar el link del expediente con radicado 13001 33 33 001 2018 00101 00 [01] contentivo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Consideraciones de la Sala

2.1. Competencia

²Expediente digital de tutela.

³ Expediente digital de tutela.



Esta Sala es competente para asumir el conocimiento del presente asunto de acuerdo con el numeral 5.º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, modificado por el Decreto 333 de 2021, según el cual «[l]as acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada».

2.2. Cuestión previa

Antes de proceder al estudio de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, la Sala aclara que solo realizará el análisis de la decisión adoptada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, órgano de cierre en el presente asunto.

2.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo de Bolívar, quebrantó los derechos fundamentales invocados por el accionante al dictar la providencia del 29 de abril de 2022, dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 13001 33 33 001 2018 00101 00 [01], que confirmó la sentencia proferida el 29 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

2.4. Marco normativo y jurisprudencial

2.4.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia como un medio a través del cual toda persona puede reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales «cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad».



El Decreto 2591 de 1991 reglamentó su ejercicio y estableció, en sus artículos 11, 12 y 40, la posibilidad de utilizar la acción de tutela para controvertir sentencias judiciales ejecutoriadas, artículos que posteriormente fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1992, al considerarse que atentaban contra los principios de la cosa juzgada y de seguridad jurídica, además de trasgredir la autonomía e independencia judicial, así como las normas de competencia fijadas por la Constitución.

Sin embargo, dentro de la *ratio decidendi* de dicha sentencia, se abrió la posibilidad, de manera excepcional y como mecanismo transitorio de protección, de utilizar la acción de tutela en casos en que «el juez incurriera en dilaciones injustificadas, actuaciones de hecho que desconozcan derechos fundamentales o cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable», hipótesis frente a las que, señaló la Corte, no puede hablarse de atentado contra la seguridad jurídica de los asociados. En este criterio, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en torno a la consideración de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial y ha desarrollado diferentes reglas para su estudio, consolidadas en la Sentencia C-590 de 2005,⁴ en la que se hace distinción entre causales genéricas, aquellas que hacen referencia a los requisitos que posibilitan la interposición de la acción, y causales específicas de procedibilidad, que persiguen verificar la procedencia misma del amparo una vez cotejada la validez de su interposición.

De esta forma, se señalaron como causales genéricas de procedencia las siguientes: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, contado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, se señale de manera clara que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que ésta identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la infracción así como los derechos quebrantados y que se hubiere alegado en el

⁴ Reiteradas en la sentencia SU-813 de 2007 y SU-913 de 2009.



proceso judicial siempre que hubiere sido posible; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

El Consejo de Estado en sentencia del 31 de julio de 2012,⁵ unificó su jurisprudencia en torno a la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, y admitió que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales relacionados con el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho de defensa, para lo cual habrá de seguirse los parámetros fijados por la ley y la jurisprudencia.

Asimismo, como garantía del principio de la seguridad jurídica, en sentencia del 5 de agosto de 2014,⁶ acogió un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, como tiempo razonable para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente, término de inmediatez que debe considerarse en cada caso concreto, de acuerdo con los parámetros señalados para el efecto por la Corte Constitucional.

2.4.2. La procedencia de la acción de tutela de la referencia

Conforme a la Sentencia SU-157 de 2022, es indispensable verificar que la acción de tutela no sea utilizada como una instancia adicional para remplazar las vías judiciales ordinarias, parámetro conforme al cual el caso objeto de estudio reviste suficiente relevancia constitucional, toda vez que el debate gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo.

La Sala considera que el presente asunto cumple con el requisito de subsidiariedad, en cuanto a que se dirige contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que resolvió la apelación propuesta contra la decisión adoptada en providencia del 29 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicado 11001 03 15 000 2009 01328 01(IJ).

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Jorge Octavio Ramírez, expediente radicado 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ).



Cartagena, de modo que la parte accionante agotó todos los medios ordinarios de defensa, es decir, acudió al juez constitucional de forma subsidiaria.

De otra parte, se encuentra cumplido el requisito de inmediatez, en cuanto la providencia acusada fue dictada el 29 de abril de 2022 y notificada por correo electrónico el 19 de julio de igual año, mientras que la acción de tutela de la referencia fue radicada el 19 de enero de 2023,⁷ es decir, dentro de los 6 meses siguientes, término que ha sido acogido por esta corporación como prudencial para acudir al medio de amparo constitucional.

La solicitud de tutela identifica razonablemente los hechos y los argumentos con fundamento en los cuales se cuestiona la vulneración de derechos fundamentales en la sentencia enjuiciada.

El asunto no se refiere a una sentencia de tutela, toda vez que la decisión objeto de *litis* se profirió dentro del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.5. Hechos probados

De conformidad con los elementos de juicio que obran dentro del proceso se puede establecer lo siguiente:

2.5.1. El señor Fabio Luis Mercado Ávila, mediante la orden administrativa de personal ARC número 002 del 06 de febrero de 2007, ingresó a la escuela de Formación de Infantería de Marina en calidad de alumno-suboficial y al terminar dicho ciclo académico, fue dado de alta como cabo Tercero mediante la Resolución No. 394 del 26 de junio de 2008.⁸

2.5.2. El 28 de agosto de 2014, por su buen desempeño laboral y distintas condecoraciones recibidas, a través de la Resolución número 0832, fue ascendido al

⁷https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8086/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=110010315000202300233001100103

⁸ Expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho, cuaderno principal



grado de cabo primero y destinado a prestar sus servicios en el Batallón de Infantería de Marina No.12.⁹

2.5.3. El 26 de julio de 2017, el infante de marina regular Gerson Duván Martínez Jaimes presentó informe de novedad ante el comandante del Batallón de Infantería de Marina No. 12 porque consciente y voluntariamente quiso quitarse unos tatuajes que tenía en su piel al parecer con ayuda del cabo primero Fabio Mercado Ávila, resultando con quemaduras en su piel como consecuencia de dicho procedimiento.¹⁰

2.5.4. El 11 de agosto de 2017, la oficina de control disciplinario del Batallón de Infantería No. 12 decidió abrir la investigación número 376-DIS-2017-SCBIM12 contra el cabo primero de infantería Fabio Luis Mercado Ávila, como también lo hizo el Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar de dicho Batallón.¹¹

2.5.5. El 12 de agosto de 2017, por medio del Oficio número 045/MD.CGFM-CARMA-SECAR-CFNC-CBIM12-OFJURFNC-29 el teniente coronel de infantería de Marina Jairo Mauricio Zapata Valencia, comandante del Batallón de Infantería de Marina No. 12, solicitó el retiro discrecional del cabo Mercado Ávila.¹²

2.5.6. El 2 de mayo de 2017, a través de Resolución 1352 el vicealmirante comandante de la Armada Nacional resolvió retirar del servicio activo al señor Fabio Luis Mercado Ávila.¹³

2.5.7. El señor Fabio Luis Mercado Ávila, a través de apoderado, radicó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional, con el propósito de obtener la nulidad del acto administrativo de retiro, y, a título de restablecimiento, el reintegro al cargo en el grado que correspondiera, así como el pago de todos los salarios y emolumentos dejados de percibir.¹⁴

⁹ Expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho

¹⁰ Folio 61 cuaderno principal primera instancia expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹¹ Folios 65 a 69 cuaderno principal expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹² Folios 71 a 71 cuaderno principal expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹³ Folios 74 a 83 cuaderno principal expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁴ Folios 1 a 47 cuaderno principal expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho



2.5.8. El 29 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena resolvió:¹⁵

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, para cuya liquidación debe tenerse en cuenta las agencias en derecho las cuales se fijan en la suma de **trescientos treinta y un mil ochocientos treinta y cinco pesos (\$331.835)**. (énfasis original)

2.5.9. El 29 de abril de 2022, el Tribunal Administrativo de Bolívar decidió:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

2.6. Análisis de la Sala. Caso concreto

Se controvierte en el presente caso la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo del accionante, con ocasión de la providencia dictada el 29 de abril de 2022 por el Tribunal Administrativo de Bolívar que confirmó la providencia proferida por el juez *a quo*, en el sentido de negar las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al efecto, la Sala advierte que el solicitante del amparo pretende que en esta sede se ordene al Tribunal emitir una nueva sentencia que tenga por objeto el estudio de las pruebas aportadas y se acceda a lo pedido en la demanda.

El actor fundamenta su reparo en la existencia de un **defecto fáctico** por las supuestas omisiones del Tribunal en la valoración probatoria, en particular del testimonio del infante de marina Cris Carvajal Castañeda testigo presencial de los hechos que motivaron el retiro discrecional del accionante, prueba denegada en la audiencia inicial por la titular del Juzgado Primero Administrativo de Cartagena y decisión que fue

¹⁵ Folios 377 a 379 y 382 a 387, cuaderno 02 expediente digital original de nulidad y restablecimiento del derecho.



confirmada por el Tribunal Administrativo de Cartagena. Se asegura que de haberse practicado esta prueba, el sentido de las decisiones hubiera variado, pues se advertía que la motivación del acto administrativo de desvinculación resultaba falsa, y, por lo tanto, desprovista de razones objetivas para retirarlo del servicio en virtud de la facultad discrecional.

La denegación de la práctica de este medio demostrativo por el Tribunal Administrativo de Bolívar al confirmar la providencia del 29 de octubre de 2019 se sustentó en la consideración de que los hechos que pretendía probar se encontraban suficientemente acreditados con las pruebas incorporadas al plenario, al efecto esa corporación señaló:¹⁶

Al respecto, encuentra este Tribunal, que le asiste razón a la juez de primera instancia, toda vez que en el proceso no se discute la ocurrencia o no de los sucesos que dieron lugar a la investigación disciplinaria, como tampoco se discute las circunstancias que rodearon el mismo; lo que se trata de demostrar es la supuesta falsa motivación y la desviación de poder en las condiciones planteadas en la demanda.

[...]

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte esta Judicatura que en la petición de pruebas realizada por el actor no se cumplió con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 212 del CGP, como quiera que no se indicó los hechos sobre los cuales se realizaría la declaración, solo se expuso, de manera genérica, que el testigo declararía sobre “supuestos de hecho y de derecho de la demanda” pero no se indicó sobre qué hecho puntuales iba a declarar, por lo que la Juez de primera instancia se vio avocada a estudiar las pruebas para poder deducir sobre qué aspecto iba a declarar el testigo. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el declarante no es un experto técnico o un perito que pueda pronunciarse sobre algún aspecto jurídico.

Conforme a lo expuesto, concluyó que la prueba solicitada no cumplía con las previsiones del artículo 212 del CGP, razón por la cual no era útil ni necesaria para resolver los problemas jurídicos planteados en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

En lo que respecta al desconocimiento del acervo probatorio y/o a su valoración en forma irracional o arbitraria relacionado con la trayectoria laboral, la falta de registro de sanciones disciplinarias, el buen desempeño en las funciones, las condecoraciones y

¹⁶ Auto del 16 de julio de 2021, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, expediente digital original del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



felicitaciones recibidas por el accionante, y con el archivo de la investigación adelantada por la oficina de control disciplinario del Batallón de Infantería No. 12 por los mismos hechos, esta Sala considera pertinente destacar que el Tribunal Administrativo de Bolívar, luego de un recuento normativo¹⁷ y jurisprudencial¹⁸ relacionado con las causales de retiro de los miembros de la fuerza pública y el uso de la facultad discrecional, de manera expresa fundamentó su decisión con base en la certificación laboral,¹⁹ el extracto de hoja de vida del señor Fabio Luis Mercado Ávila,²⁰ así como en más de doce pruebas documentales,²¹ con el fin de determinar si se encontraba viciada de nulidad la Resolución 1352 de 2017 mediante la cual se retiró de la Armada Nacional al cabo primero Fabio Luis Mercado Ávila.

Además, el Tribunal, a partir de la valoración de todos los medios probatorios, aunada a la comprobación de que el retiro se cumplió con el lleno de los requisitos legales exigidos por el artículo 104 del Decreto 1790 del 2000, obtuvo la certeza de que el procedimiento realizado por el comandante de la Armada Nacional al hacer uso de la facultad discrecional, contó con el concepto previo, razonado y suficiente del respectivo comité de evaluación por tratarse de un suboficial.

¹⁷ Artículos 99 y 100 -modificado por la Ley 1792 de 2006- y 104 del Decreto 1790 de 2000, 44 del CPACA.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencias SU-091 de 2016, SU-053 de 2015

¹⁹ Expedida el 17 de noviembre de 2017 por la Armada Nacional, Folio 50, cuaderno principal primera instancia, expediente digital original del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

²⁰ Expedida el 3 de enero de 2016 por la Armada Nacional, Folio 51 al 60, cuaderno principal primera instancia, expediente digital original del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

²¹ Informe de novedad suscrito por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes²¹. > Informe de novedad suscrito por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes con fecha del 31 de julio de 2017²². > Informe de novedad suscrito por el Cabo Primero Fabio Luis Mercado Ávila con fecha del 01 de agosto de 2017²³. > Formato de apertura de procedimiento ordinario, control disciplinario y administrativo con fecha de 11 de agosto de 2017²⁴. > Oficio No. 045 /MD-CGFM-CARMA-SECAR- CFNC- CB1M12- OFJURFNC-29 del 12 de agosto de 2017, contentivo de solicitud de retiro de facultad discrecional suscrito por el Teniente Coronel Jairo Mauricio Zapata Valencia²⁵. > Resolución No. 1352 del 02 de noviembre de 2017 expedida por la Armada Nacional, por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares por facultad discrecional a un suboficial de la Armada Nacional²⁶. > Formato de notificación y comunicación de actos administrativos con fecha de 02 de noviembre de 2017²⁷. > Copia de derecho de petición elevado por el señor Fabio Luis Mercado Ávila ante el Batallón De Infantería De Marina No.12, con fecha del 20 de diciembre de 2017²⁸. > Oficio No. 011 MD-CGFM-CARMA-SECAR-CIMAR-CBRIM1-CBIM12- JOFJUR 1.10 del 15 de enero de 2018, por medio del cual se da respuesta a la petición elevada por el señor Fabio Luis Mercado Ávila²⁹. > Certificación de nómina del señor Fabio Luis Mercado Ávila con fecha de 05 de noviembre de 2017³⁰. Declaración juramentada realizada por los señores Fabio Luis Mercado Ávila y Julieth María Ascanio Arias ante la Notaria Única del círculo de Lórica con fecha de 06 de julio de 2015³¹. > Oficio No 1160 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-CIMAR-CBRIM1-CBIM12- SCBIM12-F/I-41.1 del 11 de enero de 2018³². > Oficio No. 0048 MD-CGFM-CARMA-IGAR-OFJPM-J104IPM del 06 de febrero de 2018 por medio del cual se da respuesta a un derecho de petición³³. > Acta No. 463 del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional del 12 de octubre de 2017³⁴. > Solicitud de retiro por potestad del comandante, contenida en el oficio No. 1128 del 16 de agosto de 2017³⁵



Conforme a lo expuesto, el Tribunal concluyó que la Resolución 1352 de 2017, se encontraba debidamente motivada y justificada, de lo que da cuenta el análisis de la afectación funcional producida debido a los hechos ocurridos, acta que además contó con concepto previo que permitía aplicar la facultad discrecional para el retiro del señor Mercado Ávila como miembro de la fuerza pública, al efecto, discurrió como sigue:

De acuerdo a lo probado en el expediente y lo contenido en el acta del Comité de retiro de la Armada Nacional se tiene que, en efecto el señor Fabio Luis Mercado Ávila prestó un servicio médico sobre un subalterno sin contar con la competencia legal, capacitación profesional, ni contar con los elementos adecuados para el procedimiento que adelantó, además percibió dinero por ese servicio, y adelantó tal actividad mientras desarrollaba funciones propias de su competencia o en las misionales de la entidad, y todavía cabe señalar que como resultado de esa conducta ocasionó lesiones en la integridad física del Infante de Marina Regular Martínez Jaimes, lo que produjo una afectación al servicio dado a que, los hechos ocurrieron en actos de servicio bajo la orden de operaciones No. 005/GBIM12-SCBÍM12/17, lo que produce según la entidad, una pérdida de confianza del mando naval para con el señor Mercado Ávila, quien en su calidad de Cabo Primero tenía bajo su mando personal subalterno, quienes ven a su superior como un ejemplo a seguir; adicionalmente, considera esta Magistratura que, de acuerdo al informe de novedad, el señor Fabio Luis Mercado Ávila adquirió con antelación los elementos médicos y herramientas con las que resulto herido el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes de lo cual se puede inferir fue una actividad planeada.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que la administración, en el caso en concreto, utilizó de manera adecuada la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante, al tiempo que en contra de él se adelantaban investigaciones de carácter penal y disciplinario, pues el retiro se encuentra debidamente motivado y justificado, dado a que los hechos por los que fue retirado afectaron la prestación del servicio y el buen funcionamiento de la entidad.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos contenidos dentro del recurso de apelación y alegatos de conclusión en los que expone la parte actora que, el retiro discrecional del accionante obedeció a motivos sancionatorios y precipitados en los que no se tuvieron en cuenta el buen desempeño y hoja de vida del señor Fabio Luis Mercado Ávila, resalta la Sala que, dichos argumentos no están llamados a prosperar dado a que una buena hoja de vida, condecoraciones y felicitaciones no enervan el uso de la facultad discrecional por parte de la administración, máxime cuando se denota dentro del informe de novedad presentado por el Infante de Marina Regular Gerson Duván Martínez Jaimes que, posterior a los hechos y al observar la gravedad de las heridas, el Cabo Primero Mercado Ávila conminó a mentir al Infante de Marina para que reportara ante sus superiores que, las heridas se las había auto infringido con una cuchara caliente.

Así mismo, esta Sala resalta que un buen desempeño laboral y una buena hoja de vida no deben traducirse en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para retirar de manera discrecional a sus miembros ya que tal y como lo indicó el a quo el buen rendimiento, condecoraciones y felicitaciones corresponden al comportamiento normal que debe asumir todo servidor público, por lo tanto dicha prueba no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, el cual se encuentra debidamente fundamentado en hechos ciertos, los cuales afectaron la prestación del servicio de la entidad.



Como corolario de lo expuesto, esta Sala observa que el accionante no acreditó los elementos tendientes a demostrar que la valoración probatoria realizada por el Tribunal Administrativo de Bolívar haya sido arbitraria, irracional o caprichosa; por el contrario, observa que dicha autoridad judicial, respecto de las pruebas alegadas como mal valoradas u omitidas en esta sede, encontró que no existían elementos probatorios con los cuales se hubiera podido desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, «por lo que no e[ra] posible determinar que el acto acusado hubiese perseguido un fin distinto a lo consagrado en el Decreto 1790 del 2000 con fundamento en la afectación del servicio».

Conviene recordar que si la autoridad tutelada no valoró los elementos de juicio como lo pretende la accionante, ello no implica la configuración de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada defecto fáctico, pues el juez natural en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, tiene la potestad de otorgar diferentes grados de certeza a las pruebas obrantes en el expediente, siempre que se efectúe de manera integral y bajo los criterios de la sana crítica, conforme aconteció en el asunto materia de controversia.

Ahora bien, respecto del **desconocimiento del precedente** el accionante consideró que fueron pretermitidas las reglas establecidas en las Sentencias de unificación SU-172 de 2017 y del 7 de abril de 2022 del Consejo de Estado,²² en torno al concepto de retiro del servicio por voluntad del gobierno en ejercicio de la facultad discrecional y del estándar mínimo de motivación respecto del personal uniformado de la fuerza pública, la Sala observa que el Tribunal aplicó al caso el precedente contenido en la providencia SU-091 de 2016, en la cual la Corte Constitucional precisó que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general, la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad por parte de los miembros de la Fuerza Pública, conlleva la pérdida de la confianza con la que deben contar los miembros de estas instituciones en el desempeño de sus funciones.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022, del 7 de abril de 2022, expediente radicado número 52001 23 31 000 2009 00349 01.



Conforme a tales apreciaciones el Tribunal concluyó que en el caso objeto de debate el retiro del servicio del señor Mercado Ávila no fue como consecuencia de una sanción sino «un mecanismo para asegurar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento, en ese orden de ideas, la Sala considera que la conducta aquí analizada sin entrar en mayores elucubraciones si afectó el buen servicio institucional, pues como ya se dijo desconoció valores propios de la institución militar y en general desconoció el ordenamiento jurídico, hasta el punto de poner en riesgo la vida y afectar la integridad física de un miembro de la institución así como deterioró la confianza que se requiere al interior de ese cuerpo militar para lograr los objetivos y metas propios de esa entidad, así las cosas la decisión aquí cuestionada fue proporcional y razonable frente a lo perseguido bajo esa figura».

Acorde con los anteriores argumentos esta Sala concluye que el criterio aplicado por el Tribunal no comporta una actuación incurrida en vía de hecho, que vulnere los derechos fundamentales del señor Mercado Ávila, pues en su autonomía funcional tomó de referente la interpretación que en su criterio encontró ajustada a la Carta Política y que estaba en toda su potestad de acoger.

En ese orden de ideas, esta Subsección evidencia que no le asiste razón a la parte accionante al afirmar que la providencia cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente, pues la decisión proferida en sede ordinaria se encuentra debidamente sustentada con suficientes argumentos explicativos y justificativos, coherentes con la realidad procesal y en aplicación de la jurisprudencia vigente.

Finalmente, respecto de la **violación directa de la Constitución**, la jurisprudencia constitucional ha explicado que se configura cuando un juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Constitución, ya sea porque i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto; o ii) aplica la ley al margen de los dictados de la carta.

Al efecto, la Sala encuentra que el accionante no acreditó que el Tribunal Administrativo de Bolívar hubiera desconocido ningún precepto constitucional o



realizado una interpretación de la normatividad contraria a la Constitución, como tampoco dejó de aplicar una disposición legal desechado el precedente constitucional; por el contrario, cumplió con el deber que le asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Constitución.

De manera que la decisión cuestionada no solo se compagina con la realidad procesal, sino que se enmarca en la jurisprudencia del Consejo de Estado que «deja en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar».²³

En ese orden de ideas, la Sala considera razonable la interpretación del Tribunal Administrativo de Bolívar por cuanto, efectuado un estudio ajustado a la normatividad vigente y a la jurisprudencia de esta corporación, no se logró acreditar la existencia de la alegada nulidad del acto administrativo de retiro del servicio activo al señor Fabio Luis Mercado Ávila. En estas condiciones los defectos alegados no son de recibo y, por tal razón, no se advierte ninguna vulneración de los derechos fundamentales invocados.

3. Conclusión

La Sala concluye que la providencia del 29 de abril de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo, al no acceder a las pretensiones de la demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del

²³ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 16 de febrero de 2018, expediente radicado núm. 66001-23-31-000-2007-00005-01: «En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia.



derecho que interpuso el accionante contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero: Denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Fabio Luis Mercado Ávila, por las razones expuestas en la parte considerativa que antecede.

Segundo: En caso de no ser impugnada la presente decisión, **remitir** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudia y aprueba por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CRG

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.