

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Sentencia de segunda instancia que niega pretensiones / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Legalidad de acto administrativo de retiro del servicio activo de miembro del Ejército Nacional / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO – En su dimensión negativa. Ausencia de valoración probatoria / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA POR SOLICITUD PROPIA – Omisión en la valoración de pruebas relacionadas con la afectación de la voluntad del accionante al momento de solicitar el retiro del servicio / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD**

Revisada la providencia del 31 de enero del 2019, proferida en segunda instancia dentro del proceso ordinario objeto de tutela, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la sentencia del 16 de marzo del 2018, concretamente, con fundamento en que la negativa de ascenso del actor, de manera genérica, se fundaba en que no había cumplido los requisitos, pero sin hacer una constatación de ello. Por otro lado, indicó que los reconocimientos por buenas conductas del interesado llevaban a concluir que no había una manifestación de discriminación en su contra; y que bajo su análisis, los testimonios no demostraron vicios de legalidad del acto reprochado, sin pasar a hacer una mínima tasación de ellos, o una desestimación en relación con el hecho que se pretendía probar sobre el trato diferenciado dado al actor. En cambio, observa la Sala que, a diferencia del estudio que se hizo en la providencia de primera instancia que revocó el tribunal accionado, este último pretermitió la valoración de pruebas relacionadas directamente con la afectación de la voluntad del accionante al momento de solicitar el retiro del servicio, como se pasa a explicar: 1. No emitió pronunciamiento alguno sobre lo sucedido en relación con el convenio Colfuturo, los motivos por los que fue excluido de dicho programa, y la falta de comunicación de la decisión (...). 2. No emitió pronunciamiento alguno sobre la existencia de las dos solicitudes de retiro anteriores a la del 6 de octubre de 2016, y que se habían sustentado en los malos tratos recibidos (...). 3. Sólo mencionó en el resumen fáctico del caso concreto, lo sucedido con la Universidad Sergio Arboleda, sin explicar qué grado de mérito le correspondía a las pruebas allegadas para tal fin. En este punto es importante destacar que, en cambio, el juez de primera instancia reprochó que la entidad demandada, luego de crear la expectativa en el actor de poder cursar una especialización, no cumplió con el desembolso de dinero. 4. Sobre los testimonios, únicamente expresó que no demuestran vicios de legalidad frente al acto administrativo que aceptó la renuncia presentada por el actor. Frente a esta circunstancia, vale la pena recalcar que el a quo dentro del proceso contencioso, concluyó del análisis de esta prueba, que el actor sí fue víctima de discriminación y persecución por algunos de sus superiores. En ese orden, el Tribunal de segunda instancia debió, como mínimo, desvirtuar la conclusión de la primera instancia y exponer las razones de valoración fáctica que le llevaban a una conclusión distinta y por qué las declaraciones recibidas no tendrían la capacidad de demostrar la mencionada discriminación. Así, esta Sala considera que la sentencia objeto de reproche incurrió en un defecto fáctico negativo, pues omitió valorar las anteriores circunstancias que fueron alegadas en el proceso ordinario por la parte demandante, y que estaban encaminadas a demostrar su posible afectación de la voluntad al momento de solicitar el retiro el 6 de octubre del 2015.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1790 DE 200 - ARTÍCULO 99 / DECRETO 1790 DE 200 - ARTÍCULO 100 / DECRETO 1790 DE 200 – ARTÍCULO 101

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01140-00(AC)**

**Actor: JORGE ANDRÉS PEÑA SOLÓRZANO**

**Demandado: SUBSECCIÓN A DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

**Referencia: ACCIÓN DE TUTELA - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

La Sala decide la acción de tutela presentada por Jorge Andrés Peña Solórzano en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Solicitud de tutela**

Jorge Andrés Peña Solórzano, en nombre propio, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, que consideró vulnerados por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al incurrir en el defecto fáctico en la providencia proferida el 31 de enero del 2019, que revocó la decisión de primera instancia que había accedido parcialmente a las pretensiones del actor.

**2. Hechos probados**

**2.1.** En la Resolución núm. 0345 del 20 de enero de 2016, Jorge Andrés Peña Solórzano fue retirado del servicio activo, sin el reconocimiento de los tres meses de alta previsto en el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990. Sin embargo, esta prestación fue posteriormente reconocida mediante sentencia de tutela, proferida por el Consejo de Estado el 23 de junio del 2016, en la que se ordenó a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, pagar al actor los tres meses de alta referidos.

**2.2.** El 7 de julio del 2016, actor interpuso demanda<sup>1</sup> en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con las pretensiones de que se

---

<sup>1</sup> Fls. 153 al 183 del expediente 11001334205420160058100.

declarara la nulidad de la Resolución núm. 0345 del 20 de mayo del 2016, que resolvió retirarlo del servicio por solicitud propia; y que, en consecuencia, se ordenara a la entidad demandada i) reintegrarlo a la institución al mismo escalafón en que se encuentran los compañeros de curso que tuvo cuando fue retirado del servicio; ii) pagar, dentro de otros conceptos, salarios, primas, cesantías, los tres meses de alta del artículo 164 del Decreto 1211 de 1990 y demás perjuicios materiales y morales.

Como fundamento de su demanda, indicó que “al encontrarse en situaciones adversas no solo en el ámbito laboral sino que generaron diferentes problemas a nivel psicológico hicieron que presentara [su] renuncia, pues por más que intent[ó] reintegrarse a la fuerza en un ambiente de rehabilitación e integración al ámbito laboral (...) lo que recibí[ó] fue múltiples persecuciones”.

Respecto de la pretensión quinta consistente en obtener el reconocimiento de los tres meses de alta, presentó escrito de desistimiento el 19 de septiembre del 2017<sup>2</sup>, al tener en cuenta que le fue notificada la Resolución núm. 11274, con la que se dio cumplimiento a un fallo de tutela que ordenó pagar esta prestación al actor.

**2.3.** El asunto correspondió por competencia al Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, (radicado núm. 11001334205420160058100), autoridad que, en auto del 30 de octubre del 2017<sup>3</sup>, aceptó el desistimiento de la pretensión quinta, y luego de agotadas todas las etapas del proceso, profirió sentencia el 16 de marzo del 2018<sup>4</sup>, en la que declaró la nulidad parcial de la Resolución núm. 0345 del 2016 en lo relacionado al retiro del servicio de Jorge Andrés Peña Solórzano, y ordenó reintegrarlo a la institución en el grado que corresponda según escala de ascensos y pagarle los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir.

Como sustento de su decisión, el juez de instancia, encontró que, de la valoración de las declaraciones del Capitán Nicolás Ignacio Rubio Castro y el Mayor Rafael Cuenca Hidalgo, se podía evidenciar que la entidad accionada sí generó una situación de discriminación al no otorgarle al actor la Medalla Herido en Combate, no obstante que había recibido una lesión en tales circunstancias.

También concluyó del estudio de los referidos testimonios, que el actor fue víctima de persecución por parte de alguno de sus superiores, en razón a que en otra ocasión había demandado al Ejército Nacional, proceso en el que logró su reincorporación a la institución militar.

De otra parte, el despacho de primera instancia reprochó que la entidad demandada, en un primer momento emitió certificación de apoyo para que el tutelante cursara la especialización en derecho constitucional en la Universidad Sergio Arboleda, y que, posteriormente, no permitió que culminara sus estudios y obtuviera el respectivo título académico, pues se negó a efectuar el desembolso de dinero que ya había sido programado.

Igualmente, tuvo en cuenta la exclusión del señor Peña Solórzano del programa Semillero Talentos Colfuturo, a pesar de haber cumplido todos los requisitos, y que todas las personas que aprobaron los mismos si fueron enviados al exterior, vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad y a crecer profesionalmente.

---

<sup>2</sup> Fls. 235 a 236.

<sup>3</sup> Fl. 249 *ibídem*.

<sup>4</sup> Fls. 292 al 302 del expediente 11001334205420160058100.

Adicionalmente, llamó la atención en que, además, tal decisión no le había sido debidamente notificada.

Finalmente, determinó que era un hecho de discriminación que al actor no le hubieran reconocido los tres meses de alta del artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, cuando se trata de un derecho creado por el legislador sin excepción alguna.

Como conclusión, el juez de primera instancia indicó que:

“(…) [L]as razones que motivaron la solicitud de retiro del servicio del señor Jorge Andrés Peña Solórzano fueron las situaciones de persecución laboral que se presentaron al interior de la institución, sin que mediara su libre y espontánea voluntad, pues de habersele tratado en iguales condiciones no tendría la necesidad de buscar otro empleo o becas como particulares (…).

Por lo anterior, resulta evidente que el accionante demostró la existencia de las causales de nulidad alegadas contra el acto referido, por lo mismo, se logró desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, ello permite inferir que no se ajustó a las normas superiores que regulan la remoción del personal de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional por solicitud propia 8 (…)

**2.4.** La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación<sup>5</sup> el 13 de abril del 2018, puesto que, en su sentir, el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que las presuntas conductas endilgadas por el actor no configuraban alguna causal prevista en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006 que trata sobre discriminación laboral, y además, que la aceptación de retiro del demandante obedeció a una causal legal prevista para tal fin, como lo es la solicitud voluntaria de retiro.

Afirmó que en el proceso no se demostró que el actor cumpliera los requisitos para ser beneficiario de la Medalla Herido en Combate, y que la información suministrada por los testigos, fueron apreciaciones suministradas por el mismo tutelante.

Indicó que con los testigos quedó establecido que son muchos los aspirantes al programa de semilleros, y que el actor no pudo acreditar el cumplimiento del requisito de manejar el idioma inglés. También alegó que, conforme a la Ley 1010 de 2006, las presuntas situaciones de acoso laboral deben ser conocidas por determinadas autoridades en procesos administrativos y no saltarse esa instancia para acudir a un juez.

**2.5.** Por su parte, el demandante también presentó recurso de apelación<sup>6</sup> en contra de la sentencia del 16 de marzo del 2018, para que se accedieran a las pretensiones de reconocimiento de perjuicios morales.

**2.6.** La Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 31 de enero del 2019<sup>7</sup>, mediante la cual revocó el fallo del 16 de marzo del 2018 y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

---

<sup>5</sup> Fls. 306 al 316 ibídem.

<sup>6</sup> Fls. 317 al 320 ibídem.

<sup>7</sup> Fls. 345 al 352 ibídem.

Como sustento de su decisión, indicó que al señor Peña Solórzano no le asistía el derecho sobre los 3 meses de alta que prevé el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, pues laboró durante 13 años, 6 meses y 8 días, es decir no había superado el requisito de 15 años de servicio.

El juez colegiado resaltó que, en el acto administrativo en el que se resolvió la negativa del ascenso a capitán del actor, también se determinó que otros suboficiales y oficiales quedaran aplazados de ser promovidos. En esa medida, afirmó que al no ser el único desfavorecido, mal podría aseverarse que se trató de una circunstancia de discriminación o persecución laboral.

Destacó “un documento”<sup>8</sup> en el que el Comandante del Batallón de Sanidad resalta aspectos muy positivos sobre la idoneidad del accionante, las cuales no constituyen declaraciones de discriminación, persecución u otras calificaciones por esa índole.

Finalmente, afirmó que “los testimonios recibidos y valorados por el juez de primera instancia, no demuestran vicios de legalidad frente al acto administrativo por medio del cual fue aceptada la renuncia presentada por el demandante. No existen pruebas en el expediente que demuestren que esa solicitud de retiro haya estado presionada o provocada por la entidad demandada.”

### **3. Pretensiones de la tutela**

La parte actora solicitó como pretensiones de tutela que: i) se garantice el derecho a la no discriminación de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, producto de una invalidez originada por el conflicto armado colombiano; ii) se declare que la sentencia del 31 de enero del 2019 dictada en el proceso radicado bajo el número 11001334205420160058100, incurrió en defectos facticos en su dimensión negativa; iii) se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocar su fallo y, en un lapso de tiempo razonable, emita una nueva decisión que tenga en cuenta las pruebas que no fueron correctamente analizadas.

### **4. Argumentos de la solicitud de tutela**

**4.1.** El actor argumentó que, en desarrollo de la misión constitucional del Ejército Nacional, el 10 de julio de 2008 recibió un impacto de bala proveniente de un integrante de las Farc, a la altura del estómago, que se alojó en su espina dorsal y causó múltiples daños en su cuerpo. Por esta circunstancia fue calificado por la junta médico laboral, en acta núm. 31652 del 26 de mayo del 2009<sup>9</sup>, con disminución de la capacidad laboral del 100%.

Debido a lo anterior, el Ejército Nacional lo retiró del servicio y le otorgó pensión de invalidez, empero, inconforme con esa decisión, el tutelante presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el número 11001333500920100052300<sup>10</sup>, y en sentencia del 30 de abril del 2012, el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá ordenó su reintegro a la institución.

**4.2.** Una vez fue vinculado a su trabajo, el 11 de enero de 2014 fue enviado a la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional para adelantar curso de ascenso al grado de capitán, pero, a pesar de haberlo aprobado, no fue

<sup>8</sup> No indica el Tribunal a qué documento se refiere.

<sup>9</sup> Fls. 3 a 5 *ibidem*.

<sup>10</sup> Fls. 12 a 20 *ibidem*.

promovido, por lo que interpuso una petición para que le explicaran las razones de la decisión, a lo que le contestaron que no le asistía tal derecho. Por estos hechos denunció penalmente al Subdirector de Personal, al Jefe de Sección Jurídica de la Dirección de Personal y a una abogada del Ejército Nacional.

Ante la negativa de ascenso, en 2015 inició un proceso en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo radicado núm. 11001333502720150058300, que cursa en el Juzgado Veintisiete Administrativo de Bogotá, sin que hasta el momento se haya proferido sentencia de primera instancia.

**4.3.** De otra parte, alegó que, al tener en cuenta que estudió la carrera de derecho, el Sargento Analista de Planes de Capacitación de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, mediante oficio 20135570628941<sup>11</sup>, le informó a la Universidad Sergio Arboleda que el actor sería apoyado con el 100% del costo de la Especialización en Derecho Constitucional para que la cursara. A pesar de esto, en el mes de septiembre del 2014, el uniformado fue retirado de la institución académica debido a que la Dirección de Personal del Ejército se negó a desembolsar el dinero para el apoyo educativo.

**4.4.** Manifestó que, al considerar que no fue ascendido y que fue víctima de retaliaciones por parte de la Dirección de Personal, el 20 de enero del 2015 solicitó el retiro del servicio por discriminación laboral. El Ejército negó tal petición debido a que la solicitud de retiro debe ser el resultado de la manifestación, libre y espontánea de la voluntad.

El 20 de abril del 2015 radicó por segunda vez solicitud de retiro del servicio, esta vez, con sustento en su invalidez, sin embargo esta petición también fue rechazada, porque la junta médico laboral que lo había conceptuado con pérdida de la capacidad, ya tenía más de 3 años de haber sido proferida.

**4.5.** El actor expresó que, al continuar en servicio activo, se presentó a la convocatoria para el convenio *Semillero de Talentos Colfuturo-Mindefensa* para estudiar en una universidad del exterior, y que el 15 de julio del 2015, el Jefe de Educación y Adoctrinamiento del Ejército Nacional le notificó que había sido preseleccionado para el referido programa.

Enunció que el 1 de octubre del 2015, cuando se encontraba en compañía del Capitán Nicolás Rubio Castro, se enteró informalmente que había sido excluido del programa *Semillero de Talentos Colfuturo-Mindefensa* por su invalidez.

El accionante destacó en el escrito introductorio, en relación con los testimonios rendidos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de la presente acción de amparo que el Capitán Nicolás Rubio Castro, dio cuenta de que apenas Jorge Andrés fue excluido del semillero de talentos colfuturo, decidió retirarse del servicio; y sobre el Mayor Rafael Cuenca Hidalgo, que este dijo el significado que tiene para un militar que le niegan un merecido reconocimiento.

**4.6.** El tutelante expuso que, en la medida en que no le fue concedida la Medalla de Herido en Combate, que además no pudo estudiar en la Universidad Sergio Arboleda y que fue excluido de Talentos Colfuturo, se sintió muy afectado por discriminación y persecución, por lo que radicó por tercera vez solicitud de retiro del servicio el 6 de octubre del 2015.

---

<sup>11</sup> Fl. 41 *ibídem*.

Indicó que con Resolución núm. 0345 del 20 de enero de 2016, fue retirado del servicio activo sin derecho a los tres meses de alta que prevé el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990. Sin embargo, arguyó que esta prestación fue reconocida mediante sentencia del Consejo de Estado del 23 de junio del 2016, proferida dentro de la acción de tutela con radicado núm. 25000234100020160056701, en la que se ordenó a la Dirección de Personal del Ejército Nacional pagar al actor los tres meses de alta referidos. Situación que, agrega el actor, la puso en conocimiento del Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo de Bogotá, cuando desistió de la pretensión de la demanda ordinaria relacionada con el reconocimiento de la referida prestación. A pesar de ello, el actor afirmó que la conducta discriminatoria si existió.

**4.7.** Afirmó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en el defecto fáctico en la providencia del 31 de enero del 2019, concretamente por tres circunstancias:

i) Omitió valorar las condiciones que rodearon la última solicitud de retiro, que fue motivada puntualmente por ser retirado del Semillero de Talentos Colfuturo; además, de que había presentado dos cartas anteriores de solicitud de retiro.

ii) En la sentencia reprochada, refiriéndose a la discriminación de los tres meses de alta, se concluyó que al actor no le asistía tal derecho. Esta conclusión, es contraria a lo dispuesto en el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, pues lo que lo hace beneficiario de la prestación es su condición de invalidez. El análisis del juez colegiado fue omisivo, por cuanto no comprobó el pronunciamiento del Consejo de Estado al respecto, a pesar de haberse advertido en los alegatos de primera y segunda instancia, y haberse allegado como prueba la Resolución 11274 del 19 de diciembre 2016.

iii) El juez colegiado del proceso ordinario no valoró los testimonios del Capitán Nicolás Rubio Castro sobre los motivos que tuvo el actor para presentar la solicitud de retiro, como lo fue el ser excluido del programa Colfuturo por “*ser discapacitado*”. Tampoco tuvo en cuenta la importancia que tiene la Medalla de Herido en Combate para un militar que la merezca, conforme lo explicó el Mayor Rafael Ricardo Cuenca.

Finalmente, invocó un defecto procedimental, y lo sustentó explicando que la tutela es la única vía de solución con la que cuenta para atacar los tres defectos facticos que tienen incidencia directa en el fallo reprochado, pues esta providencia no tuvo en cuenta las alegaciones desplegadas en el proceso ordinario, por lo que se le vulneraron sus derechos fundamentales.

## **5. Trámite de la tutela**

El Despacho del magistrado ponente, en auto del 19 de marzo del 2019, admitió la solicitud de tutela, vinculó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y al Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo de Bogotá, y ordenó notificar a las partes y a los vinculados<sup>12</sup>.

## **6. Fundamentos de la oposición**

---

<sup>12</sup> Folio 26 del expediente de tutela.

**6.1.** La Coordinadora Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional contestó la tutela y solicitó que se declarara improcedente, por las siguientes razones:

En primer lugar, manifestó que la única motivación que tuvo la administración para el retiro del servicio del actor fue en su propia solicitud, restando toda importancia su desempeño dentro de la institución. La decisión de presentar la renuncia fue un acto que emanó exclusivamente de la voluntad del tutelante, y pese a que se pretende alegar un presunto trato discriminatorio, lo cierto es que no se allegó prueba al proceso ordinario que demostrara esta situación.

En segundo lugar, el argumento del actor sobre los tres meses de alta y su consagración legal en el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, configura un presunto defecto sustantivo y no fáctico. Sin embargo, cuando el señor Peña Solórzano fue reintegrado y declarado apto para la prestación del servicio, perdió el socorro pensional, quedando excluido de las disposiciones contenidas en el mencionado artículo.

En tercer lugar, respecto de los testimonios, es diferente la omisión de valorar las pruebas y que el análisis de las mismas sea desfavorable a los intereses del demandante, última circunstancia que es la del caso concreto, puesto que el Tribunal accionado indicó en la providencia cuestionada que "(...) los testimonios recepcionados y valorados por el juez de instancia, no demuestran vicios de legalidad del acto administrativo (...)".

Finalmente, adujo que si lo que quería el actor era acreditar de manera idónea que fue víctima de acoso laboral, debió adelantar un proceso administrativo de competencia exclusiva de determinadas autoridades, con el fin de establecer alguna de las causales previstas en la Ley 1010 de 2006, y de encontrar un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, acercarlo al proceso judicial donde discutía la nulidad de la resolución que aceptó su renuncia.

**6.2.** La Juez Cincuenta y Cuatro Administrativo de Bogotá contestó la tutela y manifestó que no vulneró los derechos fundamentales del actor, comoquiera que el trámite surtido en primera instancia fue eficiente y diligente, conforme a derecho, con valoración de los medios de prueba del caso.

Advirtió que ese Despacho judicial encontró factible acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que halló una desviación de poder notoria, porque no se siguió el procedimiento debido para retirar del servicio al tutelante.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia**

La Sala es competente para decidir la presente acción de tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el Decreto 2591 de 1991, en el Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015 y en el Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 del 12 de marzo del 2019<sup>13</sup>.

### **2.2. Problema jurídico**

---

<sup>13</sup> Publicado en el diario oficial 50.913 del 1 de abril de 2019.

Antes de determinar el problema jurídico, es preciso para la Sala aclarar que, a pesar de que la parte actora alegó un defecto procedimental, los argumentos expuestos no tienen relación con los supuestos jurisprudenciales para configurarlo en atención a la observancia de seguir el proceso que ordena la ley, sus etapas y, en especial, garantizar el debate probatorio<sup>14</sup>. Situaciones que no se alegan en esta oportunidad y que se limitan a reproches relacionados con defectos fácticos.

En particular, se deberá establecer si la autoridad judicial vulneró los derechos fundamentales del actor, al incurrir en un defecto fáctico por no valorar todas las circunstancias fácticas relacionadas con el trato que recibía el accionante previo a la solicitud de retiro presentada el 6 de octubre del 2015.

La Sala advierte que, antes de entrar a resolver los problemas jurídicos planteados, es preciso revisar si se encuentran superados todos los requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales.

### **2.3. Requisitos generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales**

La acción de tutela dispuesta en el artículo 86 de la Constitución Política, es un procedimiento preferente y sumario que toda persona tiene a su alcance para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en los casos que establece la ley.

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional<sup>15</sup> y el Consejo de Estado<sup>16</sup> ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y cualquiera de las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005 en la cual se modifica la concepción de vía de hecho, a la de vulneración del derecho al debido proceso por la presencia de defectos especiales, previo cumplimiento de unos requisitos generales de procedibilidad.

---

<sup>14</sup> El defecto procedimental, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional T-620 de 2013, consiste en que “el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia<sup>14</sup>; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes<sup>14</sup> o (iii) “pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”<sup>14</sup>.”

<sup>15</sup> Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T- 010 de 2012, T- 1090 de 2012, T-074 de 2012, T- 399 de 2013, T-482 de 2013, T- 509 de 2013, T- 254 de 2014, T- 941 de 2014 y T-059 de 2015.

<sup>16</sup> Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n. ° 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional.

### **2.3.1. Requisitos generales:**

El examen de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se infiere de los requisitos que se derivan de su configuración prevista en el artículo 86 de la Constitución, del Decreto 2591 de 1991, y de la concreción que, por la vía interpretativa ha hecho la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, antes que todo es necesario verificar la legitimación en la causa como una exigencia preliminar en cualquier acción de amparo, para, posteriormente, pasar a constatar los demás requisitos generales de procedibilidad, en los siguientes términos: (i) que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional; (ii) que previo a la solicitud de tutela se hayan agotado todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) que se cumpla con el principio de inmediatez; (iv) que en caso de que se alegue una irregularidad procesal, la misma tenga la entidad de afectar la decisión; (v) que en la solicitud de tutela se expresen de manera clara los hechos y los fundamentos de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial; y de manera general, (vi) no procede elevar una solicitud de amparo contra decisiones proferidas dentro de procesos de tutela.

Cuando no se cumpla con alguno de esos presupuestos, la acción de tutela deviene improcedente. En caso contrario, de acreditarse todos los requisitos generales, corresponde verificar si la providencia objeto de reproche incurrió en alguna de las causales específicas o defectos que se describen a continuación:

### **2.3.2. Causales específicas:**

Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que si una decisión judicial incurre en alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional<sup>17</sup>. A saber:

a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario

---

<sup>17</sup> Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados.

Corresponde, entonces, pasar a verificar si en el presente asunto la solicitud de tutela cumple con todos los requisitos generales de procedibilidad y, en tal caso, si se presenta alguno de los defectos alegados por la parte accionante.

## **2.4. Verificación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales**

### **2.4.1. Relevancia Constitucional**

El requisito de relevancia constitucional se entiende cumplido cuando se acredita que el asunto gira en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental<sup>18</sup> y no a asuntos de carácter meramente legal o de contenido económico que corresponde definir a otras jurisdicciones<sup>19</sup>.

La cuestión que se discute tiene **relevancia constitucional**, en la medida que el examen de las pruebas allegadas al proceso es determinante al momento de decidir sobre la razón de la solicitud de retiro que fue la causa *petendi* dentro de la causa ordinaria objeto de tutela.

Lo anterior supone un pronunciamiento sobre la afectación del derecho fundamental al debido proceso en su dimensión constitucional derivado de la importancia que tiene la valoración probatoria como criterio objetivo de la administración de justicia.

### **2.4.2. Subsidiariedad**

Es evidente que no existen mecanismos de defensa ordinarios o extraordinarios con los que el solicitante pueda intentar la protección de sus derechos fundamentales. En el proceso ordinario se agotaron las dos instancias procesalmente previstas y no se observa la existencia de alguna de las causales que permitan el ejercicio del recurso extraordinario de revisión o el de unificación de jurisprudencia.

### **2.4.3. Inmediatez**

En el *sub lite* se encuentra superado el requisito de inmediatez, toda vez que la sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que revocó la decisión que accedió a las pretensiones de la demanda, se adoptó el 31 de enero de 2019 y la acción constitucional se radicó el 14 de marzo siguiente, es decir, dentro del término razonable que la jurisprudencia constitucional ha previsto<sup>20</sup> y que esta Corporación<sup>21</sup> fijó en 6 meses de forma general.

**2.4.4** La Sala no encuentra argumento que implique la existencia de una **irregularidad procesal** como sustento de la solicitud de amparo.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-439 de 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-458 de 29 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>20</sup> Sentencia T-031 de 2016

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto del 2014, radicado núm. 11001031500020120220101 (IJ)

#### **2.4.5. Explicación suficiente de los hechos y argumentos de la tutela**

La Sala reitera, como se expresó en el acápite del problema jurídico de esta providencia, que los hechos y argumentos con los que el actor sustentó el defecto procedimental no corresponden a los supuestos jurisprudenciales que lo configuran, ya que presuntamente consistió en la incursión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el defecto fáctico.

Así, se observa que se encuentra superando el requisito en relación con el defecto fáctico invocado, pues el actor expuso de forma clara los hechos y fundamentos por los cuales, en su sentir, la autoridad judicial accionada, con este error, vulneró sus derechos fundamentales en la sentencia del 31 de enero del 2019.

**2.4.6.** La providencia cuestionada en la presente acción de tutela no es una sentencia de tutela.

#### **2.5. Verificación de los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

Para efectos de abordar este acápite, se pasará a hacer unas breves consideraciones sobre la dogmática constitucional del defecto fáctico, y del tema objeto de controversia relacionado con el retiro de las fuerzas militares, para luego abordar estos aspectos en la solución del caso concreto.

Es preciso aclarar, que los defectos fácticos alegados deben tener incidencia directa en la decisión de segunda instancia cuestionada, para que las pretensiones de tutela tengan vocación de prosperar.

##### **2.5.1. Defecto fáctico**

La Corte Constitucional en su jurisprudencia precisó que se configura el defecto fáctico cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que fundó su decisión<sup>22</sup>. Defecto con la connotación de flagrante, ostensible, manifiesto y con incidencia directa en la decisión.

Para la existencia de este defecto es necesario que de las pruebas que obren en el expediente no sea posible, de manera objetiva y razonable, alcanzar la conclusión a la que llegó en su providencia, o que el apoyo probatorio en que se basó resulta absolutamente inadecuado para el caso.

Para la Corte este defecto tiene dos dimensiones:

1. **Dimensión negativa** que ocurre cuando el juez ignora o no valora una prueba que resulta ser determinante para el desenlace del proceso, o cuando no decreta pruebas de oficio en los procedimientos en que esta legal y constitucionalmente facultado.

---

<sup>22</sup> SU-448 de 2016 “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales”

2. **Dimensión positiva**, que se presenta cuando el juez valora y decide un asunto con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas resulten determinantes para el sentido de la sentencia, o por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

Sin embargo, al tener en cuenta el carácter excepcional de la acción de tutela y que su objeto recae sobre aspectos de relevancia *iusfundamental*, es preciso dejar claro que, la intervención del juez constitucional en relación con el estudio del manejo que se dio al material probatorio al interior del proceso ordinario, debe ser limitado a la afectación a los derechos fundamentales, sin alterar los principios de autonomía judicial, de seguridad jurídica y de juez natural.

Sobre el punto, la Corte sostiene que “[e]l juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones”<sup>23</sup>.

Lo anterior aunado por la garantía del principio de sana crítica, sobre el que la Corte Constitucional, en sentencia T-041 de 2018, se refirió en los siguientes términos:

“En la doctrina, se denomina sana crítica al conjunto de reglas que el juez observa para determinar el valor probatorio de la prueba. Estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la misma. Es racional, por cuanto se ajusta a la razón o el discernimiento humano. Es lógico, por enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento. Dicho análisis se efectúa por regla general mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor, la situación en particular, para así obtener una conclusión.

En esa medida, el sistema de la libre apreciación o de sana crítica, faculta al juez para valorar de una manera libre y razonada el acervo probatorio, en donde el juez llega a la conclusión de una manera personal sin que deba sujetarse a reglas abstractas preestablecidas. La expresión sana crítica, conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, con la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda”.

A partir de lo señalado, la valoración del defecto fáctico en cualquiera de sus manifestaciones, está limitada al examen de las garantías constitucionales que pudieran haber sido desconocidas por el juez de conocimiento, sin que, de alguna manera se trate de un enfrentamiento de simples criterios judiciales que están protegidos por la autonomía judicial. En todo caso, esta autonomía no es ilimitada, por lo que en los casos en que se advierta que el juez de la causa llegó a conclusiones con una evidente valoración desviada o una flagrante omisión de material probatorio relevante, la acción de tutela se presenta como la vía adecuada para garantizar los derechos fundamentales de las partes y, en

---

<sup>23</sup> T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Criterio reiterado, entre otras, en la sentencia T-055 de 1997 y en la sentencia T-419 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

consecuencia, se justifica la intervención del juez de amparo para corregir el defecto hallado.

### **2.5.2. Marco normativo y jurisprudencial del retiro de las fuerzas militares**

La Fuerza Pública en Colombia está integrada por la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, conforme lo dispone el artículo 216 de la Constitución Política. Ahora, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República profirió el Decreto 1790 del mismo año, para regular el régimen de carrera de las Fuerzas Militares.

En el artículo 99 del referido Decreto<sup>24</sup>, se concibió la figura del acto de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas, como la cesación para el interesado de la obligación de prestar servicios en actividad, por disposición de autoridad competente, sin perder el grado en que se encuentre el militar.

Dentro de las causales para el retiro del servicio activo, en el artículo 100 *ibídem*, se previó la *solicitud propia* que presente quien no quiera seguir perteneciendo a la institución respectiva, en virtud de la libertad de escoger profesión u oficio del artículo 26 superior.

Esta causal, está desarrollada en el artículo 101 del Decreto 1790, de la siguiente forma:

“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.”

De otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de febrero del 2014 proferida dentro del expediente con núm. 0707-2013, manifestó en relación con la mencionada causal, que:

“Estima la Sala, bajo estos supuestos, que el retiro por voluntad propia, como causal legal de cesación de funciones de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, al igual que la renuncia a un empleo del servicio civil, entraña la manifestación espontánea y voluntaria de separarse definitivamente del ejercicio de la función pública.

Lo anterior, a juicio de la Sala lleva implícito el ejercicio de una libertad que, como ya quedó dicho, para el caso concreto, corresponde a la de escogencia de profesión u oficio, esto de acuerdo a las convicciones y

---

<sup>24</sup> “Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.”

necesidades del particular y bajo el absoluto respeto de la Administración por las decisiones que en ejercicio de dicha libertad adopte un servidor público.

(...)

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, debe entender que sólo la decisión libre y espontánea de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, en caminata a separarse del cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales da lugar a que el Ministro de Defensa o el Comandante de Fuerza, según se trate, mediante acto administrativo, ordene su retiro del servicio activo por voluntad propia. Así las cosas, no podrá la alta oficialidad de las Fuerzas Militares hacer uso de dicha causal cuando exista duda en relación con el deseo o voluntad del oficial o suboficial de retirarse del servicio en forma definitiva.

Una interpretación en contrario, estima la Sala, no sólo vulneraría la libertad de escoger profesión u oficio, artículo 26 de la Constitución Política, sino que también desconocería el respeto al trabajo como principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho.

Concluye la Sala, en este punto, que es la manifestación de la voluntad el elemento esencial para que proceda el retiro del servicio por voluntad propia de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares. Bajo este supuesto, el retiro del servicio, en ausencia de dicho elemento constituye un proceder irregular de la administración por demás violatorio de derechos y principios fundamentales consagrados en la Constitución Política a favor de los servidores públicos.”

En ese orden, la Sala entiende que para que se configure en legal forma la causal de retiro *por solicitud propia*, contenida en el numeral 1 del literal a del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, se requiere una manifestación libre, espontánea y voluntaria de la decisión de querer dejar de pertenecer a las Fuerzas Militares, lo que significa que el interesado debe estar fuera de presiones que lo motiven a pedir la cesación del servicio pues, de lo contrario, se generaría un vicio en la causal por falsa motivación<sup>25</sup> y, en consecuencia, la entidad castrense no podría proferir el acto administrativo de retiro.

### **3. Caso concreto**

En el escrito de tutela el actor aduce que la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto fáctico en la sentencia del 31 de enero del 2019, proferida dentro del proceso iniciado en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sobre la omisión en la valoración de las pruebas que daban cuenta del trato que recibía previo a la solicitud de retiro del 6 de octubre del 2016. Este reproche consistió en varios hechos, a saber:

- i) La negativa a conceder la Medalla Herido en Combate.
- ii) El incumplimiento en la ayuda académica para el personal herido en combate, en relación con la especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Sergio Arboleda.

---

<sup>25</sup> *Ibídem*

iii) La exclusión del convenio Colfuturo.

iv) Las dos primeras solicitudes de retiro.

v) Los testimonios relacionados con actos de discriminación.

Para la fácil comprensión de los hechos i) al v), la Sala presenta el siguiente cuadro comparativo, con el fin de relacionar el hecho descrito tanto en la tutela como en la demanda ordinaria, y las pruebas allegadas al respecto:

<b>HECHO</b>	<b>EN EL ESCRITO DE TUTELA</b>	<b>EN LA DEMANDA ORDINARIA</b>	<b>PRUEBAS EN EL PROCESO ORDINARIO</b>
i) Medalla Herido en Combate	Hecho 14: Consistió en que no le fue concedida la Medalla Herido en Combate, a pesar que en el 10 de julio del 2008, recibió un impacto de bala proveniente de integrantes de las Farc.	Esta situación fue alegada en el hecho vigésimo sexto	Fls. 93 a 112. Se observa fallo de tutela del 16 de marzo del 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección A, en el que se amparó el derecho fundamental de petición del señor Peña Solórzano, y se ordenó al Director de Personal del Ejército dar trámite al escrito del 20 de enero del 2015, en el que se solicitó, dentro de otros, la condecoración Medalla Herido en Combate.
ii) Apoyo académico para postgrado en la Universidad Sergio Arboleda	Hechos 7 y 8: A pesar que el Ejército Nacional informó a la Universidad Sergio Arboleda el 6 de junio del 2014 que el actor sería apoyado con el 100% de una beca para cursar la especialización en Derecho Constitucional, el tutelante fue retirado de la institución académica debido a que no se desembolsó el dinero para el postgrado.	Hechos séptimo y octavo.	Fl. 51. Oficio de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal, del 6 de junio del 2014, dirigido a la Universidad Sergio Arboleda, que dice que Jorge Andrés Peña sería apoyado con el 100% del valor correspondiente al Postgrado en Derecho Constitucional.
iii) Convenio Colfuturo	Hechos 11, 12 y 13: El actor se presentó a la Convocatoria para el convenio suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional y Colfuturo, denominado "Semillero Talentos Colfuturo-Mindefensa". En oficio del 15 de julio del 2015, la Jefatura	Hecho trigésimo segundo	Fl. 120. Obra el oficio del 15 de julio del 2015 de la Jefatura de Educación y Doctrina de las Fuerzas Militares.

	de Educación y Doctrina, informó al tutelante que había sido preseleccionado para dicho programa. El 1 de octubre se enteró informalmente de que había sido excluido del convenio por su invalidez		
iv) Primera solicitud de retiro del 20 de enero de 2015.	Hecho 9: En consideración de que no fue ascendido y fue víctima de retaliaciones por parte de la Dirección de Personal del Ejército, el 20 de enero de 2015 solicitó por primera vez el retiro del servicio por discriminación laboral, petición que fue negada por el tipo de sustento que tuvo.	Hecho vigésimo tercero	Fls. 79 a 86. Escrito de petición del 20 de enero del 2015. Alegó como motivos discriminación y persecución laboral.
iv) Segunda solicitud de retiro del 20 de abril de 2015.	Hecho 10. El 20 de abril del 2015 radicó por segunda vez retiro del servicio, con fundamento en su invalidez.	Hecho vigésimo séptimo y vigésimo octavo	Fls. 114 y 115. Escrito de solicitud del 20 de abril del 2015. Fl. 116. Respuesta negativa a la anterior petición.
v) Prueba testimonial del Capitán Nicolás Rubio Castro	Hecho 13. El actor se encontraba en compañía del Capitán Nicolás Rubio Castro en el momento en que le informaron que había sido excluido del convenio Colfuturo, con ocasión de su invalidez	Hecho trigésimo segundo.	En la audiencia de pruebas del 14 de febrero del 2018 realizada en el proceso ordinario, se recibió el testimonio del Capitán Nicolás Rubio. En la tutela se destacó, que el Capitán afirmó en dicha diligencia que acompañó al actor en el momento en que le informaron que no fue seleccionado por la invalidez, y que debido a esto decidió solicitar el retiro.
v) Prueba testimonial del Mayor Rafael Cuenca Hidalgo	Hecho 17. El Mayor Rafael Cuenca Hidalgo dio claridad en el proceso ordinario sobre el sentir de un militar al que le niegan un merecido reconocimiento.		Testimonio recibido en la audiencia del 14 de febrero del 2018.

Revisada la providencia del 31 de enero del 2019, proferida en segunda instancia dentro del proceso ordinario objeto de tutela, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la sentencia del 16 de marzo del 2018, concretamente, con fundamento en que la negativa de ascenso del actor, de manera genérica, se fundaba en que no había cumplido los requisitos, pero sin hacer una constatación de ello. Por otro lado, indicó que los reconocimientos por buenas conductas del interesado llevaban a concluir que no había una manifestación de discriminación en su contra; y que bajo su análisis, los testimonios no demostraron vicios de legalidad del acto reprochado, sin pasar a

hacer una mínima tasación de ellos, o una desestimación en relación con el hecho que se pretendía probar sobre el trato diferenciado dado al actor.

En cambio, observa la Sala que, a diferencia del estudio que se hizo en la providencia de primera instancia que revocó el tribunal accionado, este último pretermitió la valoración de pruebas relacionadas directamente con la afectación de la voluntad del accionante al momento de solicitar el retiro del servicio, como se pasa a explicar:

1. No emitió pronunciamiento alguno sobre lo sucedido en relación con el convenio Colfuturo, los motivos por los que fue excluido de dicho programa, y la falta de comunicación de la decisión (hecho iii. del cuadro).

2. No emitió pronunciamiento alguno sobre la existencia de las dos solicitudes de retiro anteriores a la del 6 de octubre de 2016, y que se habían sustentado en los malos tratos recibidos (hecho iv. del cuadro).

3. Sólo mencionó en el resumen fáctico del caso concreto, lo sucedido con la Universidad Sergio Arboleda, sin explicar qué grado de mérito le correspondía a las pruebas allegadas para tal fin. En este punto es importante destacar que, en cambio, el juez de primera instancia reprochó que la entidad demandada, luego de crear la expectativa en el actor de poder cursar una especialización, no cumplió con el desembolso de dinero.

4. Sobre los testimonios, únicamente expresó que no demuestran vicios de legalidad frente al acto administrativo que aceptó la renuncia presentada por el actor. Frente a esta circunstancia, vale la pena recalcar que el *a quo* dentro del proceso contencioso, concluyó del análisis de esta prueba, que el actor sí fue víctima de discriminación y persecución por algunos de sus superiores. En ese orden, el Tribunal de segunda instancia debió, como mínimo, desvirtuar la conclusión de la primera instancia y exponer las razones de valoración fáctica que le llevaban a una conclusión distinta y por qué las declaraciones recibidas no tendrían la capacidad de demostrar la mencionada discriminación.

Así, esta Sala considera que la sentencia objeto de reproche incurrió en un defecto fáctico negativo, pues omitió valorar las anteriores circunstancias que fueron alegadas en el proceso ordinario por la parte demandante, y que estaban encaminadas a demostrar su posible afectación de la voluntad al momento de solicitar el retiro el 6 de octubre del 2015.

En este sentido, el Tribunal accionado no soportó probatoriamente que el acto de retiro se había producido como una expresión libre de la voluntad del solicitante. Carga que, en el caso concreto, se hacía necesaria en la medida en que procedió a revocar la sentencia de primera instancia que, en cambio, había valorado el material probatorio relacionado, para concluir que sí había existido una afectación a la voluntad.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que el órgano demandado debía llegar a idéntica conclusión que el juez de primera instancia, sino que, como garantía del derecho al debido proceso del tutelante, adelantara un ejercicio probatorio suficiente para la conclusión a la que llegó, dentro de su autonomía judicial y sana crítica<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> En ese orden, es importante recordar la obligación que recae sobre los jueces exponer **“siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”**, de acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso.

Además, es preciso destacar que las circunstancias referidas que soportan el defecto fáctico, están relacionadas directamente con las pretensiones de la demanda, con lo cual se hace evidente que el material probatorio omitido resultaba determinante para efectos decisivos y, por tanto, que la presencia del defecto alegado, significa una vulneración de sus garantías *iusfundamentales*.

En otras palabras, conforme se explicó en el acápite del marco normativo de esta providencia, en caso de demostrarse en el debate judicial ordinario que la solicitud del 6 de octubre del 2015 no fue producto de la manifestación libre y espontánea de Peña Solórzano, sino que correspondió a circunstancias de discriminación o presiones indebidas, se configuraría un vicio en la causal primera del numeral a del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, que originaría la nulidad por falsa motivación de la Resolución 0345 que aceptó el retiro del servicio.

En conclusión, la Sala observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia del 31 de enero del 2019, incurrió en el defecto fáctico acusado por Jorge Andrés Peña Solórzano, por las razones expuestas en esta providencia, motivo por el cual se accederá al presente amparo constitucional.

Por lo tanto, la Sala dejará sin efectos la sentencia mencionada para que, en su lugar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profiera una nueva decisión en la que tenga en cuenta el material probatorio relacionado en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONCEDER** el amparo de tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de Jorge Andrés Peña Solórzano.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia del 31 de enero del 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso iniciado por el actor en virtud del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. **11001334205420160058101**, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en el término de cuarenta (40) días contados a partir del recibo del expediente 11001334205420160058101, profiera nueva decisión, en la que se tengan en cuenta lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NEGAR** el amparo de tutela deprecado en relación con el derecho fundamental a la no discriminación de las personas en estado de vulnerabilidad.

**CUARTO: DEVOLVER** el expediente ordinario 11001334205420160058101 al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en caso de que el presente fallo no sea impugnado.

**QUINTO: REMITIR** el expediente del presente proceso de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso que el fallo no sea impugnado.

**Notifíquese y cúmplase**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Presidente de Sala

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Ausente con permiso

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado