

RETIRO DEL SERVICIO– No puede ser utilizado como mecanismo sancionatorio por operativo fallido/ DESVIACIÓN DE PODER – Por retiro del servicio ante operativo fallido

El nexo de causalidad existente entre el operativo realizado en la Cárcel y la solicitud de retiro presentada por el demandante el 27 de julio de 1992, es decir, tres días después de la fuga de Pablo Escobar, resulta plenamente probado, dado que las dos situaciones son concomitantes y de las declaraciones dadas por el Ministro de Defensa de la época ante la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes se evidencia que una de las decisiones tomadas como consecuencia de la fallida operación fue la de aceptar el retiro presentado por el entonces Comandante de la FAC, Mayor General Monsalve Figueroa, quien, como quedó demostrado, no tuvo conocimiento de la misión. Así las cosas, si bien la entidad demandada tiene la facultad de retirar del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares haciendo uso de la facultad discrecional, para el caso consagrada en el artículo 129, literal a), numerales 3 y 4, del Decreto 1211 de 1990, es decir, por voluntad del Gobierno, en tratándose de los Oficiales, o del llamamiento a calificar servicios (artículo 132 ibidem), para lograr el mejoramiento del servicio, no puede utilizar la figura del retiro como mecanismo sancionatorio, como se deduce que la usó en este caso por la supuesta responsabilidad del actor en el fracaso de la operación realizada en “La Catedral” por cuya ocurrencia fue impelido a solicitar el retiro.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: DR. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008).

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000199230152 01.-

NÚMERO INTERNO: 4743 – 2003.-

AUTORIDADES NACIONALES.-

ACTOR: HERNANDO MONSALVE FIGUEROA.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 23 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por HERNANDO MONSALVE FIGUEROA contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Decreto 1242 de 27 de julio de 1992, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, mediante el cual se retiró del servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana en forma temporal con pase a la reserva al Mayor General Hernando Monsalve Figueroa.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reintegrarlo en el grado y cargo que ocupaba cuando fue retirado del servicio activo o a otro de igual o superior jerarquía y asignación; pagarle el valor de los sueldos, primas y demás haberes dejados de devengar en el lapso comprendido entre el retiro y la fecha en que sea efectivamente reintegrado; reconocerle sobre las sumas que resulten adeudadas la indexación de que trata el artículo 178 del C.C.A.; ascenderlo al grado inmediatamente superior; declarar que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio y darle cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Hernando Monsalve Figueroa ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana en 1948 como soldado de la República y debido a sus méritos y disciplina militar fue ascendiendo en el escalafón militar hasta que, mediante orden general 025 de 19 junio de 1992, fue encargado del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana.

El 21 de julio de 1992, en horas de la tarde, el General Farouk Yanine Díaz, Jefe de Estado Mayor Conjunto, le comunicó que debía enviar cuatro (4) aeronaves a Medellín, sin explicarle el motivo del envío.

De forma inmediata el Mayor General Monsalve atendió tal requerimiento, localizó la tripulación y ordenó que salieran a primera hora y aterrizaran en Medellín, sin embargo, tales aeronaves no fueron utilizadas.

Durante la noche del 21 de julio y la madrugada del 22 del mismo mes, el comandante encargado de la FAC trató por diferentes medios de saber qué clase de operativo se había iniciado y cuál era su objetivo. Sin embargo el 22 de Julio el Mayor General Hernando Monsalve ya era considerado por el Ministro de Defensa como responsable de la fuga de Pablo Escobar y nueve personas más de la Cárcel “La Catedral” de Envigado.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Accidental del Congreso de la República inició la investigación respectiva en la que el actor expuso su participación en el fallido operativo de traslado del confeso narcotraficante manifestando que las únicas órdenes que

recibió fueron las dadas por el General Yanine Díaz el 21 de julio de 1992 en relación con el envío de 4 aeronaves a Medellín pero en ningún momento manifestó el objetivo del envío.

Pese a que durante el operativo que pretendía el traslado de Pablo Escobar a otro centro carcelario el demandante fue ignorado, desconocido y dejado de lado, una vez ocurridos los hechos se lo responsabilizó del fracaso de la operación “por falta de mando y de apoyo”.

En cumplimiento de la orden de solicitar su retiro el 24 de julio de 1992 elaboró la petición que fue aceptada y publicada en el Diario Oficial el 27 de los mismos mes y año, todo el mismo día.

NORMAS VIOLADAS

Constitución Política, artículos 1, 2, incisos 2, 3 y 4, 25, 28, 29, 95 y 220; Decreto 85 de 1989, artículos 13, 16, 65, literal b, 75, literal a, 102, 103, 144; Decreto 1211 de 1990, artículos 1, 2, literal I, 129, literal a, y 130; Código Contencioso Administrativo, artículos 36 y 84; Decreto 2400 de 1968, artículo 27, y demás normas concordantes.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con las siguientes razones (fls.392 a 410):

El artículo 129 del Decreto 1211 de 1990 prevé la figura del retiro del servicio por solicitud propia en cualquier tiempo, que será concedido

cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran la permanencia en actividad del oficial o suboficial.

La renuncia requiere de la concurrencia de 5 elementos, que son: facultad otorgada por la ley al empleado para manifestarle a la entidad su deseo de separarse del servicio y terminar su relación laboral; manifestación de retiro, que debe ser libre, voluntaria y espontánea por parte del funcionario; aceptación por la autoridad competente, a partir de la cual produce efectos jurídicos la solicitud; decisión de la administración al respecto, que debe producirse dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación de la manifestación; aceptación de la renuncia, que la hace irrevocable.

De las pruebas allegadas al proceso se infiere que el elemento voluntad de la manifestación de retiro no existió pues este tuvo relación directa con el fracaso del operativo en la cárcel de Envigado, del cual no tenía conocimiento el demandante.

El escrito presentado por el demandante el 27 de julio de 1992, en el que solicitó autorización de vacaciones, a la luz de la legislación colombiana, no implica una manifestación inequívoca de su deseo de retirarse, por el contrario, evidencia que el memorando obedeció a presiones realizadas por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

El acto de retiro se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación debido a que se fundó en una razón inexistente, a saber, el retiro por voluntad propia, además de que se configuró desviación de poder por cuanto la finalidad del acto no fue el interés público sino la búsqueda de un responsable del fracaso del operativo en la cárcel de Envigado.

Habiendo encontrado probada la falsa motivación del acto demandado el Tribunal ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el General Hernando Monsalve desde el retiro efectivo hasta el 31 de diciembre de 1995 cuando cumplió la edad de retiro forzoso. No ordenó su reintegro pues, según lo manifestado por el apoderado en los alegatos de conclusión, el actor murió en septiembre de 1998.

Tampoco ordenó el ascenso al grado inmediatamente superior en las Fuerzas Militares porque este sólo puede ser decretado en sede administrativa por funcionario competente, previo estudio de las condiciones exigidas en la Ley o el reglamento.

EL RECURSO

La entidad demandada interpuso recurso de apelación, con los siguientes argumentos (fls.449 a 451):

En relación con la configuración de la renuncia manifestó que el demandante sí expresó su deseo de separarse del servicio, en el mismo escrito en el que solicitó las vacaciones, y señaló como fecha cierta para su baja el 1 de noviembre de 1992, manifestación que se entiende libre, voluntaria y espontánea.

Habiendo concurrido los elementos propios de la renuncia se entiende que el acto demandado sólo aceptó la voluntad de retiro que expresó voluntariamente el demandante a partir del 1 de noviembre de 1992.

Ha sido reiterada la jurisprudencia acerca de que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, además de la presunción de legalidad que los ampara como tales, se presumen expedidos en aras del buen servicio, por tanto quien afirme la ocurrencia de falsa motivación o desviación de poder debe expresar, concretar o especificar cuáles fueron los verdaderos motivos y fines que considera tuvo la administración para expedir el acto enjuiciado y corre con la carga de su prueba.

Según el demandante, la entidad y principalmente el autor del acto de retiro tuvo como motivo y fin para expedir el acto sancionarlo por encontrarlo responsable del operativo fracasado de la cárcel de Envigado, olvidando al emitir tal juicio que la institución castrense es ante todo piramidal.

El personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1211 de 1990 y 1790 de 2000, no tiene límite de edad para retiro, como los empleados civiles y demás particulares, razón por la cual solicitó modificar el numeral segundo, literal a), de la sentencia y eventualmente disponer el reintegro sólo hasta cuando fue proferido el Decreto 1242 de 27 de julio de 1992.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe determinar si el acto por medio del cual se retiró del servicio activo de la Fuerza Aérea al Mayor General Hernando Monsalve Figueroa se ajustó o no a la legalidad.

ACTO ACUSADO

Es el Decreto 1242 de 27 de julio de 1992, expedido por el Ministro de Defensa, en representación del Presidente de la República (fl.13), a través del cual se retiró del servicio activo de la Fuerza Aérea en forma temporal con pase a la reserva, por solicitud propia, al Mayor General Hernando Monsalve Figueroa. Como disposiciones aplicables citó los artículos 128 y 129, literal a), numeral 1, del Decreto 1211 de 1990.

El párrafo del artículo 1 y el artículo 2 del Decreto acusado disponen:

“El señor Mayor General MONSALVE FIGUEROA, continuará dado de alta en la Contaduría Principal del Comando de la Fuerza Aérea, durante tres (3) meses a partir de la fecha de retiro, en los términos y para los efectos del artículo 64 del Decreto 1211 de 1990.

ARTICULO 2. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Con la certificación expedida el 3 de enero de 1995 por el Jefe de la División de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional quedó acreditado que el demandante ingresó a la Fuerza Aérea, en calidad de soldado alumno, el 5 de abril de 1948 y salió retirado, por solicitud propia, con el grado de Mayor General, con novedad de 1 de noviembre de 1992, previa continuidad de alta por tres meses (fl. 184). Dentro de su hoja de vida no figura investigación disciplinaria, penal o administrativa por responsabilidad en la falta de mando en el fallido

operativo militar de 21 de julio de 1992, en el que se pretendía trasladar de cárcel a Pablo Escobar Gaviria.

A folio 70 del plenario obra copia del oficio de 24 de julio de 1992, radicado el 27 de julio de 1992, por medio del cual el demandante le solicitó al Comandante de la Fuerza Aérea autorización para el disfrute de vacaciones acumuladas en los siguientes términos:

“Me permito solicitar al señor General Comandante Fuerza Aérea, se sirva autorizarme disfrutar noventa y cinco (95) días de vacaciones comprendidos entre el 27 de julio al 31 de octubre del presente año.

Lo anterior teniendo en cuenta que solicitaré mi retiro del servicio activo a partir del 1 de noviembre de 1992, y que de acuerdo con información del Departamento de Personal tengo a la fecha acumulados ciento treinta y seis (136) días de vacaciones.”.

El Jefe de la División de Negocios Judiciales del Ministerio de Defensa, dando cumplimiento al auto de 12 de febrero de 1993, por medio del cual se admitió la demanda y se ofició a la entidad demandada para que enviara los antecedentes administrativos que dieron origen al acto acusado, por oficio de 1 de septiembre de 1993, remitió copia del oficio No. 3684 de 18 de agosto de 1993, proveniente de la Jefatura Departamento EMA-1 Personal de la Fuerza Aérea Colombiana (que remite solicitud de vacaciones al Ministerio de Defensa), fotocopia auténtica de la carta de autorización de vacaciones y copia del decreto de retiro, advirtiendo lo siguiente:

“Consultadas otras dependencias de este Ministerio, no resulta el original de la solicitud personal de retiro del servicio activo formulada por el actor a efecto que se produjera el Decreto 1242 de julio 27 de 1.992, el que puede encontrarse en la Oficina correspondiente de la Presidencia de la República o la respectiva copia en poder del actor.”.

Obran en el plenario las siguientes pruebas:

Dos cuadernos con la hoja de vida del demandante, que contienen su historia laboral desde el ingreso a la Institución, abril de 1948, hasta su retiro, 1 de noviembre de 1992.

Un cuaderno que contiene la investigación adelantada por la Comisión Segunda Constitucional de la Cámara de Representantes frente a la posibilidad de apertura de un juicio político al Gobierno de la época con las declaraciones de sus altos funcionarios y de los militares implicados.

Dos cuadernos conformados por cassettes y periódicos del mes de junio de 1992, que informaban sobre los hechos ocurridos en “La Catedral” y la fuga de Pablo Escobar Gaviria.

Veintinueve cuadernos con las copias de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación por el delito de fuga de presos contra Pablo Escobar y nueve reclusos más.

ANÁLISIS DE LA SALA

Como el demandante, en los hechos de la demanda y en el concepto de violación, atacó el acto demandado por desviación de poder, según dijo, porque la solicitud de retiro que le hizo el Ministro de Defensa de la época, que acepta haber presentado, fue en realidad una sanción impuesta por el fracaso del operativo realizado en la cárcel de Envigado los días 21 y 22 de julio de 1992, que tenía como fin el

traslado de Pablo Escobar Gaviria y otros reclusos a una guarnición militar en Bogotá, la Sala, en primer lugar, se ocupará del estudio de dicho cargo y, en segundo lugar, de la falsa motivación del acto declarada por el Tribunal, que es objeto de apelación en el sub lite.

NORMATIVIDAD APLICABLE

El Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 128, definió la situación de retiro de dicho personal con el siguiente tenor literal:

“Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en que por disposición del Gobierno para Oficiales a partir del grado de Coronel o Capitán de Navío o por Resolución Ministerial para los demás grados, o del Comando de la respectiva fuerza para Suboficiales, unos y otros, sin perder su grado militar, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de Oficiales Generales o de Insignia e inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

PARAGRAFO. Los retiros por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, para Oficiales, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno.”

El artículo 129 ibidem determina la forma y las causales de retiro del servicio activo del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así:

“a. Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante.*
- 3. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 4. Por voluntad del Gobierno para Oficiales, o del Comando de la respectiva Fuerza para Suboficiales.*
- 5. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*

6. *Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar.*
7. *Por incapacidad profesional.*
8. *Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.*

b. Retiro absoluto:

1. *Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez.*
2. *Por conducta deficiente.*
3. *Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los Oficiales y cincuenta y cinco (55) años los Suboficiales.”.*

Está probado en autos (fl. 3) que el retiro del servicio con pase a la reserva, dispuesto por el Gobierno Nacional a través del Decreto 1242 de 27 de julio de 1992, fue sustentado en la solicitud propia que presentó el Mayor General Hernando Monsalve el mismo día del acto acusado (fl. 70).

En el Parágrafo del artículo 1 del acto de retiro se determinó que el Mayor General Monsalve continuaría dado de alta en la Contaduría Principal durante tres meses para los efectos del artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, que dispone:

“TRES MESES DE ALTA. Los Oficiales y Suboficiales que sean pasados a la situación de retiro temporal o absoluto con quince (15) o más años de servicio o con derecho a pensión de invalidez, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha que se cause la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Decreto devengarán la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado. Tal período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales.”.

Como el acto de retiro fue expedido por la autoridad competente, el Gobierno Nacional, y se sustentó en la petición presentada por el demandante, se encuentra, en principio, ajustado a la legalidad, pero como lo alegado por el demandante es la desviación de poder, entrará

la Sala al estudio de dicha causal, atendiendo a lo consignado en la demanda.

DESVIACIÓN DE PODER

La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.

“Para Gordillo ‘existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley’. Laferriere sostiene que ‘La expresión - desviación de poder - consiste en desviar un poder legal del fin para el que se ha instituido, haciéndolo servir a fines para los cuales no está destinado’. ‘La desviación de poder - ha dicho Aucoc - es el hecho de un agente de la administración que realizando enteramente un acto de su competencia y conforme a las formas prescritas por la legislación usa de su poder discrecional para casos y por motivos distintos a aquéllos para los cuales se le ha atribuido dicho poder’. Finalmente para Alibert ‘La desviación de poder es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, y por motivos y para fines distintos de aquéllos de los cuales este poder le ha sido conferido.’” (Causales de Anulación de los Actos Administrativos, Miguel Largacha Martínez, Daniel Posse Velázquez, 1ª Edición, Editorial “Doctrina y Ley”, Bogotá D.E., 1988, página 181).

De suerte que quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.

El Mayor General Monsalve en los hechos de la demanda (fl. 13) expuso que la petición de retiro que presentó el 24 de julio de 1992 obedeció a la orden impartida por el Ministro de Defensa de la época, que lo responsabilizó por los hechos ocurridos el 21 y 22 de julio de 1992 en la cárcel “La Catedral” de Envigado.

En el libelo, en el aparte del concepto de violación, el apoderado del demandante manifestó:

“El decreto hoy impugnado por medio de éste se retira del servicio por una decisión tomada a la ligera por el Ministro de Defensa dizque porque había faltado mando por parte del hoy actor, consistente en el envío de aeronaves con destino a Medellín donde se efectuaban diligencias tendientes al traslado de PABLO ESCOBAR a cárcel distinta de donde se encontraba, retiro que nació viciado de nulidad desde el mismo momento en que se le ordena al hoy retirado pedir la renuncia, cuestión que lo hizo porque su conciencia era limpia y pura, porque no tenía que temer en razón que al adelantar el operativo de traslado de PABLO ESCOBAR de cárcel se le ocultó en forma total por parte de las personas a quienes les correspondía poner al tanto de qué se trataba el operativo, pues ni los superiores, ni la persona que lo (sic) ordenó enviar las aeronaves le comunicó lo más mínimo, en tales circunstancias no se le pueden (sic) endilgar culpa alguna al actor, sin dejar de lado que al cumplir la orden de pedir el retiro de la Fuerza Aérea éste fue viciado de Nulidad en su totalidad por cuanto era en cumplimiento a la orden dada por el Ministro de Defensa...”.

Con el fin de probar los hechos expuestos en la demanda, el Tribunal ordenó los testimonios de los señores Fabio Baquero Valdés, Ayudante de Personal Privado del Mayor General Monsalve, José Yesid Delgado Rojas, Jefe de la Jefatura de Servicios de la FAC, Héctor Hernando Gil Nieto, Jefe de Operaciones Aéreas y Héctor

Peñate Maldonado, Comandante del Grupo de Apoyo de Operaciones de la Fuerza Aérea, COFA (fls. 290, 297, 302 y 314).

El Ayudante de Personal Privado del Mayor General Monsalve, al dar respuesta a la pregunta de quién dio la orden de retiro del demandante, aclaró que, según su conocimiento, el General Monsalve acudió al Despacho del Ministro de Defensa a tratar los hechos ocurridos con ocasión de la fuga de Pablo Escobar y allí le fue achacada la responsabilidad del fracaso del operativo por lo que preguntó si debía presentar su retiro y la respuesta fue afirmativa (fl. 292). En relación con el conocimiento del Mayor General Monsalve sobre el operativo en la cárcel de Envigado sostuvo que no conoció ni transmitió orden verbal alguna para su Jefe sobre la toma del penal pero sí aceptó saber sobre el consejo de seguridad al que asistió el General Murillo (Comandante de las Fuerzas Militares) Fl. 293).

José Yesid Delgado Rojas, Jefe de la Jefatura de Servicios de la FAC, relató que la madrugada del 22 de julio de 1992 recibió una llamada telefónica para que asistiera de forma inmediata al Comando de la Fuerza Aérea, donde se enteró que posiblemente había sublevación de reclusos en La Catedral de Medellín donde se encontraba preso Pablo Escobar, pero que el General Monsalve no estaba muy seguro de lo estaba ocurriendo pero presumía que era grave porque se había ordenado el envío de tropa y de aviones pero, por no ser de su competencia, no tenía más detalles (fl. 299) .

Héctor Hernando Gil Nieto, Jefe de Operaciones Aéreas, sostuvo que llegó al Comando General de las Fuerzas Militares aproximadamente a las 3:30 a.m. del 22 de julio de 1992, por solicitud del General Yanine (Jefe de Estado Mayor Conjunto) y permaneció en su oficina

esperando órdenes hasta las 8 a.m. cuando se reunió con los demás Generales de la Fuerza Aérea Disponible, entre los que se encontraba el General Monsalve, y sólo allí se confirmó la fuga de Pablo Escobar de la cárcel de Envigado (fl. 303).

Héctor Peñate Maldonado, Comandante del Grupo de Apoyo de Operaciones de la Fuerza Aérea, COFA, afirmó que prestó sus servicios como Director del Centro de Operaciones de la Fuerza Aérea entre las 7 p.m. del 21 de julio y las 7 a.m. del día siguiente. A las 10:20 de la noche el General Yanine (Jefe de Estado Mayor Conjunto) le solicitó el alistamiento de una aeronave para llevar un personal de las Fuerzas Especiales a Medellín, requerimiento que fue comunicado a CATAM. Agregó que, *“a medida que iban transcurriendo lo minutos esta orden iba siendo modificada en el sentido de que no era una, sino dos aeronaves las que se requerían. A través de las horas sucedieron muchos eventos pero el más importante era la salida de las aeronaves en la medida que se iban impartiendo estas órdenes, el suscrito no tenía conocimiento de lo que estaba sucediendo en la ciudad de Medellín. El señor Gral. Monsalve, aproximadamente 10 y media y once de la noche llamó a mi Despacho como era de costumbre, para enterarse en forma normal de lo que había sucedido hasta el momento, al cual le respondí que habían ordenado programar unas aeronaves a Medellín (...), el señor Gral. me preguntó los motivos de esta programación, yo le respondí que no tenía conocimiento, pero al parecer debía haber problemas en esa ciudad de acuerdo a informaciones televisivas y no una comunicación oficial. Aproximadamente a la una y treinta, si no recuerdo mal, de la mañana, salió la primera aeronave, la cual se demoró porque las Fuerzas Especiales no habían llegado. Posteriormente, pasadas las dos de la mañana, aproximadamente, salió la segunda aeronave con más personal. A esa hora el señor Gral. Yanine ordena en cumplimiento de órdenes emanadas por el señor Gral Murillo, quien era el Comandante General de las Fuerzas Militares encargado en ese momento y que se encontraba en el Palacio Presidencial en una reunión denominada Manejo de Crisis, que el señor Gral. Monsalve se hiciera presente en el centro de*

operaciones de la Fuerza Aérea, al cual yo le comuniqué en forma inmediata, haciéndose presente él entre las 2:30 y 3:00 de la mañana. ” (fl. 315).

Agregó que el General Monsalve en ningún momento tuvo conocimiento de la situación de Medellín ni tampoco de los motivos reales de la programación de las aeronaves que debían desplazarse hacia esa ciudad (fl. 317).

En relación con los hechos ocurridos en la cárcel La Catedral, la Comisión Segunda Constitucional de la Cámara de Representantes citó a los Ministros de Defensa y Justicia, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Generales de las Fuerzas Militares, entre otros, con el fin de determinar la posible apertura de un juicio político al Gobierno Nacional (cuaderno No. 4).

El Ministro de Defensa Nacional de la época, al rendir su informe ante la Comisión Segunda de la Cámara el 5 de agosto de 1992, manifestó que el operativo militar de la cárcel de Envigado se inició por decisión tomada en el Consejo Nacional de Seguridad realizado el 21 de julio de 1992 a las 10:a.m., en atención a las irregularidades que el señor Fiscal manifestó estar investigando en el reclusorio (fl. 87, cuaderno 4). La orden primaria en el Consejo fue la de tomar control interno de la cárcel por parte de las tropas de la Cuarta Brigada que se encontraban acantonadas en el Valle de Aburrá (fl. 80).

Respecto del fallido operativo militar y sus responsables no individualizó ninguna situación, pero hizo referencia al comunicado expedido por él la semana anterior (27 de julio de 1992) donde tomó, entre otras decisiones, las siguientes (fl. 83):

“En primer lugar aceptar la solicitud de retiro del servicio activo del General Monsalve. En segundo lugar solicitar el retiro por voluntad del Gobierno, del General Pardo Ariza (comandante Cuarta Brigada). En tercer lugar, solicitar el retiro por voluntad del Gobierno del Coronel Espitia y que, en el campo personal estaba abierta una investigación a cargo del Juez Primero de Instrucción Penal Militar, en el cual hay vinculaciones al nivel de suboficiales y de soldados.”

A folio 100 del cuaderno 4 obra la declaración rendida por el Comandante General del Ejército, General Manuel Alberto Murillo, quien para la fecha de los hechos se encontraba encargado del Comando General de las Fuerzas Militares. Expresó que las recomendaciones del Consejo de Seguridad en relación con la toma de la cárcel de Envigado se plasmaron en órdenes dadas por el Señor Presidente al Ministro de Defensa Nacional, quien, a su vez, las transmitió al Comandante de las Fuerzas Militares. Este último, previo procedimiento de comando abreviado, realizado el 21 de julio a las 12:30 con el Jefe de Estado Mayor Conjunto y el Director de Inteligencia, por ser los oficiales que creía debían estar enterados, le comunicó del operativo al Comandante de la Cuarta Brigada (fl. 101).

La operación, añadió, no se dio a conocer a los Comandantes de Fuerza porque *“inicialmente se trató de una operación Ejército. No había ahí necesidad de intervención de ninguna Fuerza”* (fl. 104).

Del acervo probatorio allegado al proceso se puede concluir que el General Monsalve no fue enterado del operativo militar que se ejecutó en la Cárcel de Envigado “La Catedral” en los días 21 y 22 de julio de 1992 y que sólo en la mañana del 22 se enteró de lo que había ocurrido en Medellín.

El nexo de causalidad existente entre el operativo realizado en la Cárcel y la solicitud de retiro presentada por el demandante el 27 de julio de 1992, es decir, tres días después de la fuga de Pablo Escobar,

resulta plenamente probado, dado que las dos situaciones son concomitantes y de las declaraciones dadas por el Ministro de Defensa de la época ante la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes se evidencia que una de las decisiones tomadas como consecuencia de la fallida operación fue la de aceptar el retiro presentado por el entonces Comandante de la FAC, Mayor General Monsalve Figueroa, quien, como quedó demostrado, no tuvo conocimiento de la misión.

Así las cosas, si bien la entidad demandada tiene la facultad de retirar del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares haciendo uso de la facultad discrecional, para el caso consagrada en el artículo 129, literal a), numerales 3 y 4, del Decreto 1211 de 1990, es decir, por voluntad del Gobierno, en tratándose de los Oficiales, o del llamamiento a calificar servicios (artículo 132 ibidem), para lograr el mejoramiento del servicio, no puede utilizar la figura del retiro como mecanismo sancionatorio, como se deduce que la usó en este caso por la supuesta responsabilidad del actor en el fracaso de la operación realizada en “La Catedral” por cuya ocurrencia fue impelido a solicitar el retiro.

FALSA MOTIVACIÓN

El a quo desvirtuó la legalidad del acto demandado por encontrar que el mismo fue proferido con falsa motivación pues se sustentó en una petición de retiro que el demandante nunca presentó.

Por ser este el argumento dado por el a quo para proceder a declarar la nulidad del acto de retiro y acceder parcialmente a las pretensiones, la Sala procederá a su estudio en el siguiente orden:

A folio 70 del plenario obra copia del escrito radicado el 27 de julio de 1992 por el actor ante el Comandante de la Fuerza con el fin de que se le autorizaran 95 días de vacaciones acumuladas que disfrutaría desde el 27 de julio hasta el 31 de octubre de ese año teniendo en cuenta que a partir del día siguiente, 1 de noviembre, solicitaría su retiro del servicio activo.

En relación con el contenido y los elementos de la renuncia el artículo 111 del Decreto 1950 de 1973, determina que esta se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio. A su vez el Decreto 1660 de 1978, artículo 121, establece los requisitos de la renuncia, con el siguiente tenor literal:

“La renuncia se produce cuando el funcionario o empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del empleo de que ha tomado posesión.”.

El Consejo de Estado en fallo de 15 de febrero de 2001, Radicación 2608-00, Actor: Julio Chamorro Cevallos, expresó:

“La renuncia es la manifestación de voluntad, escrita e inequívoca de retirarse una persona del cargo que ocupa. La esencia de la renuncia es su voluntariedad, esencia que es inescindible y connatural a esta figura jurídica, por cuanto sin ella, se desnaturaliza la misma. Debe tratarse, entonces, de una voluntad libre, vale decir, querida, deseada, exenta de cualquier tipo de presión o influjo, sometida sólo al libre albedrío de quien la presenta.”.

Del contenido del documento en que el demandante expresa su próxima solicitud de retiro a partir del 1 de noviembre de 1992, podría entenderse, en principio, que tal manifestación la hizo en forma voluntaria y fue aceptada a partir de la fecha allí expresada pues, según lo consignado en el acto de retiro, la misma sólo tendría efectos

tres meses después, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Decreto 1211 de 1990, que preceptúa:

“TRES MESES DE ALTA. Los Oficiales y Suboficiales que sean pasados a la situación de retiro temporal o absoluto con quince (15) o más años de servicio o con derecho a pensión de invalidez, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha que se cause la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Decreto devengarán la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado. Tal período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales.”.

Pese a lo anterior, la petición de retiro no se produjo por voluntad del demandante, tal como quedó probado, sino que fue consecuencia de la presión que recibió por el fracaso del operativo militar realizado en la Cárcel de Envigado.

La falsa motivación, entonces, no puede sustentarse en la inexistencia de la petición de retiro, pues el actor en la demanda aceptó haberla presentado (fl. 13), sino en la falta de voluntad para solicitar el retiro, elemento integrante de la renuncia.

En este orden de ideas, queda resuelto el cargo propuesto por la entidad demandada en el recurso de apelación relacionado con la existencia de la renuncia, pues si bien es cierto el demandante presentó su dimisión, también lo es que la misma no se fundó en la voluntad libre y espontánea del actor.

Finalmente tampoco es viable la petición de la demandada relacionada con la modificación del numeral 2, literal a, de la sentencia de primera instancia, que ordenó el pago de los sueldos hasta la fecha en que el demandante cumplió 65 años de edad, porque el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 sí consagra como edad de retiro forzoso para los Oficiales la de 65 años.

En estas condiciones el fallo apelado, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, será confirmado pero por las razones expuestas, con la aclaración de que de las sumas que resulten adeudadas se deberá descontar lo recibido por el demandante por concepto de asignación de retiro.

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

FALLA

Confírmase la sentencia del 23 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el Mayor General Hernando Monsalve Figueroa, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, con la aclaración de que de las sumas que resulten adeudadas se deberá descontar lo recibido por el demandante por concepto de asignación de retiro.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE