

República de Colombia



Rama Judicial

JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C

ACCIONANTE: ELIS ALFONSO MONTALVO ÁVILA.

ACCIONADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA - ARC.

RADICACIÓN: 110013105030-2021-00047-00.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO POR DECIDIR

Procede el Despacho a pronunciarse de fondo respecto de la Acción de Tutela incoada por el señor ELIS ALFONSO MONTALVO ÁVILA, identificado con la C.C. No. 11.039.709, contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA - ARC por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, petición, libertad de escoger profesión y oficio, libertad personal, de debido proceso y los derechos fundamentales de sus menores hijos a la vida, integridad física, salud, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor y a no ser abandonado.

Para el efecto, se tendrán como hechos relevantes los siguientes

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Señala el accionante que el día 12 de enero de 2001, ingresó a la Escuela de Formación de Infantería de la Marina ARC, dado de alta

como Suboficial el día 14 de diciembre de esa misma anualidad mediante Resolución No. RES-ARC 55011-12-2001 y que actualmente se encuentra en servicio activo adscrito a la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional.

- 1.2. Que el día 26 de noviembre de 2020, la ARC le comunicó que sería trasladado para el Batallón de Infantería de Marina No. 15, ubicado en Tumaco – Nariño, ante lo cual, y por no evitar una ruptura familiar y otras razones de índole personal, solicitó a la accionada reconsideración respecto del traslado, petición que fue radicada con el No. 202000042300310802 de fecha 1° de diciembre de 2020, sin que a la fecha haya obtenido respuesta a dicha solicitud.
- 1.3. Que mediante acto administrativo No. 1724 de fecha 14 de diciembre de 2020, se le comunicó al accionante el traslado de guarnición, pero ya no a la de Tumaco – Nariño, sino al Batallón Fluvial de I.M. No. 24, ubicado en Buenaventura – Valle del Cauca.
- 1.4. Que ante el silencio administrativo por parte de la accionada respecto de la reconsideración de traslado y como no tuvo en cuenta su situación familiar, tomó la decisión de ejercer el derecho de retiro del servicio activo por solicitud propia y con pase a reserva, solicitud que elevó se tuviera en cuenta con efectos fiscales a partir del 1° de marzo de 2021 y a la cual se le dio el número de radicado 20210041320005472 con fecha del 12 de enero de 2021.
- 1.5. Tales solicitudes fueron elevadas por el accionante dado que su menor hijo Dylan Montalvo de 6 años de edad padece de ASMA NO CONTROLADA, RINITIS ALÉRGICA SEVERA PERSISTENTE, DESNUTRICIÓN, RIESGO DE TALLA BAJA Y HEMANGIOMA, lo que le ha generado múltiples ingresos por urgencias al HOMIC, donde actualmente tiene tratamiento especializado en Pediatría y Neumología, adicionalmente, señala que tiene a su cuidado a su otro menor hijo, Camilo Andrés Montalvo Porto, de 14 años de edad, manifiesta también que sus dos menores hijos están a su cuidado

ya que la madre emigró del país a España hace mas de un (1) año y es allá donde reside actualmente y no cuenta con mas familia para endilgarle la responsabilidad del cuidado de Camilo.

- 1.6. Que la Unidad a donde fue trasladado, el BFIM24, no brinda la opción de continuar con el nivel de tratamiento que requiere Dylan y que tampoco le es posible trasladarse con su núcleo familiar y continuar con el cuidado de su otro menor hijo, Camilo, tampoco tiene a quien delegarle tal responsabilidad y por otro lado señala que no ha tenido apoyo institucional frente a la reconsideración de traslado solicitada, lo que conllevaría a la ruptura su núcleo familiar, produciendo daños irreparables en la salud y desarrollo de sus menores hijos vulnerándoles sus derechos fundamentales.
- 1.7. Que la autoridad accionada le emitió una respuesta frente a la solicitud de retiro del servicio activo mediante Comunicación Oficial No. 20210428210018971 de fecha 21 de enero de 2021, firmada por el Coronel de IM. OSWALDO SOLANO HERAZO, en su calidad e Jefe de Estado Mayor de Infantería de Marina, quien resolvió de forma negativa dicha solicitud, bajo el argumento de *“...Con toda atención me permito hacer devolución de la misma, ante la imposibilidad de iniciar el respectivo tramite, toda vez que se encuentra motivada yendo en contravía de los preceptos internos contenidos en las Circulares Ministeriales y Armada Nacional No.094 y 042 del cinco (05) de mayo de 2006 y 2013 respectivamente...”*
- 1.8. Que, teniendo en cuenta los anteriores argumentos, considera el accionante que se le están vulnerando sus derechos fundamentales y los de sus menores hijos, ya señalados, ya que le negaron la posibilidad del retiro voluntario del servicio activo con fundamento en normas internas (Circulares Ministeriales y Armada Nacional No. 094 y 042 de 2006 y 2013 respectivamente) y no conforme a

normas nacionales como el Decreto 1790 de 200 y la Constitución Nacional de Colombia.

- 1.9. En consecuencia, el accionante solicita por este medio, que se le protejan sus derechos fundamentales y los de sus menores hijos y, por consiguiente, se le ordene a la Armada Nacional que dentro de un plazo prudencial perentorio sin que éste sobrepase el 1° de marzo de 2021, emita un acto administrativo de retiro del servicio activo con pase a reserva, por voluntad propia del accionante y se ordenen las sanciones disciplinarias correspondientes a las que haya lugar con ocasión a la presunta vulneración de los derechos fundamentales acá incoados.

2. TRÁMITE IMPARTIDO

La presente tutela fue admitida por auto del cuatro (04) de febrero 2021 y notificada por Estados Electrónicos el día cinco (05) de del mismo mes y año en el micro sitio de la página de la Rama Judicial en la forma como lo ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura, auto en el cual se ordenó la notificación de la autoridad accionada para que ejerciera su derecho a la defensa y contradicción, diligencia que se efectuó a través del correo institucional teniendo en cuentas las medias adoptadas por la misma corporación antes citada en relación con la situación actual del país frente al COVID-19.

3. Respuesta de la accionada

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional de Colombia ARC, mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2021, a través del Jefe de Desarrollo Humano Armada Nacional, Capitán de Navío Carlos Andrés Escobar Silva, estando dentro del término de traslado, procedió a contestar la presente acción bajo los siguientes términos:

- 3.1. Que mediante el programa de traslados, se programó el traslado del Sargento Viceprimero de Infantería de Marina Elis Alfonso Montalvo al Batallón de Infantería de Marina No. 15, ubicado en Tumaco – Nariño, ante lo cual, el accionante, mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2020, solicitó la reconsideración de dicho traslado argumentando una patología de su menor hijo, por lo que la accionada solicitó a la Dirección de Sanidad un concepto sobre la solicitud de traslado y, mediante Formato de Recomendación Guarniciones de Traslado, se le indicó al accionante que, para garantizarle la continuidad del tratamiento médico a su menor hijo Dylan Neymar, se recomendaba, entre otras, la ciudad de Buenaventura, en consecuencia de ello, mediante Oficio No. 20210042320274643 MSM COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIGEHU-DISUB-40.45 de fecha 3 de febrero de 2021, se le dio respuesta a la reconsideración de traslado elevada por el accionante.
- 3.2. Ahora, frente a la solicitud de retiro voluntario del servicio activo, señala la entidad que la competencia de dicho trámite, está a cargo del Señor comandante de la Armada Nacional, el cual requiere un trámite previo como procedimiento propio de la doctrina castrense y es obligatorio ceñirse al conducto regular interno como lo establece la Ley 1862 de 2017, aunado a las directivas circulares internas que regulan tal procedimiento.
- 3.3. Que, frente al caso del accionante y respecto de la solicitud en comento, a éste se le indicó por parte del Comandante de Infantería de Marina, que no era procedente continuar con el trámite de retiro, por cuanto el mismo se encontraba motivado., argumento que radica en que, luego de tramitarse y aceptarse el retiro del solicitante, éste procederá a entablar las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso solicitando la nulidad del acto administrativo de retiro por falsa motivación o por despido indirecto, aduciendo que se vio

obligado a pedir el retiro y que no fue de manera libre y voluntaria, pidiendo adicionalmente, el restablecimiento del derecho y como consecuencia del ello, el pago de los haberes dejados de cancelar.

- 3.4. Con fundamento en los anteriores argumentos, la Armada Nacional de Colombia – ARC, solicita se nieguen las pretensiones del accionante al ser improcedente esta acción constitucional.

4. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en este asunto consiste en lo siguiente: (i) Determinar la procedencia de la acción de tutela frente a las pretensiones del actor y (ii) en caso afirmativo del punto anterior, entrar a determinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca el accionante por parte de la autoridad accionada.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. Aspectos Generales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la Acción de Tutela es un mecanismo utilizado para que, reunidos algunos requisitos procesales, las personas puedan reclamar la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Señala además que los derechos fundamentales son aquellos cuya protección inmediata puede ser solicitada al juez.

Ahora, la tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiaria, residual y autónoma; dirigida a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas o excepcionalmente los particulares cuando estos presten servicios públicos, que vulneren los derechos fundamentales, que puede ser

interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, para la pronta y efectiva defensa de los derechos constitucionales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial, sobre los cuales no solo debe realizarse una simple enunciación sino que debe acreditarse siquiera sumariamente su efectiva consumación.

5.2. Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de tutela.

5.2.1. Legitimación en la Causa por Activa.

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establecen que está legitimado para interponer la acción de tutela, i) el titular de los derechos fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: ii) que actúa como su representante legal, en razón de la edad, discapacidad o estado de interdicción del actor; iii) por medio de la figura de la agencia oficiosa, pues el titular no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; iv) en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa y, por último, v) la condición de Defensor del Pueblo o personero municipal en los eventos autorizados por la ley.

En razón de lo anterior, teniendo en cuentas las decisiones adoptadas por la Armada Nacional de Colombia, respecto del traslado de guarnición militar del actor, como quiera que éste no está de acuerdo con las mismas, procedió a: (i) Elevar derecho de petición solicitando la reconsideración del traslado de la ciudad de Bogotá, donde presta el servicio activo actualmente, a la ciudad de Buenaventura en el Valle del Cauca y ante la

falta de repuesta por parte de la accionada, procedió a solicitar el retiro del servicio activo con pase a reserva, poniendo como argumento de su solicitud, el estado de salud de su menor hijo, petición que igualmente le fue negada, razón por la cual instó por presentar esta acción de tutela en nombre propio, en procura de las protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados y los de sus menores hijos, causas suficientes para tener la legitimación en la causa por activa en este asunto.

5.2.2. Legitimación en la Causa por Pasiva

De igual manera, el artículo 86 del Carta Magna, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser instaurada en contra de cualquier autoridad pública o privada en los casos en que así lo señale la ley, que inobserve, vulnere o amenace la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, tanto por acción como por omisión de los mismos.

Para el caso sub-júdice, la legitimación en la causa por pasiva esta únicamente en cabeza de la Armada Nacional de Colombia – ARC, ya que de conformidad con el marco normativo que rige a las fuerzas militares, para el caso en concreto, esta es la entidad responsable de dar trámite y resolver de fondo las peticiones del actor.

5.2.3. Principio de Inmediatez

El principio de inmediatez en la forma como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, debe entenderse como un plazo razonable para interponer la acción de tutela, el cual será contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sin que con ello implique que haya un tiempo determinado para la procedencia de la acción, pues el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *“toda persona tendrá acción de tutela en todo momento y lugar”* lo que quiere decir que no hay límite de tiempo para interponer la acción de amparo, no

obstante, la jurisprudencia también ha señalado que no es admisible que el hecho vulnerador haya ocurrido en un momento determinado y que sin justificación alguna el afectado ponga en movimiento el aparato judicial mucho tiempo después, pues la acción de tutela es un instrumento preferente y sumario, es decir, de acción inmediata.

Frente a éste aspecto, se tiene que el accionante, ante la decisión de traslado adoptada por la Armada Nacional de Colombia de fecha 26 de noviembre de 2020, radicó una solicitud de reconsideración de dicha traslado, misma que según lo informa el tutelante, no le fue contestada, en consecuencia, procedió a solicitar el retiro de servicio activo con pase a reserva el día 12 de enero de 2021 y, como quiera que la petición le fue negada, acudió a la jurisdicción constitucional el 3 de febrero de 2021, en procura de la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la ARC, hechos con los cuales se evidencia, que no hay la necesidad de entrar a analizar si existe o no un tiempo razonable entre la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor y la búsqueda de protección de los mismos, adicional a que tampoco se evidencia un desinterés injustificado por parte de la accionante, lo que da lugar a tener por resuelto este requisito de procedencia tutelar.

5.2.4. Principio de Subsidiaridad.

El numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991¹, establece como causal de improcedencia de la acción de tutela, *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”* ...

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha establecido a través de diversas sentencias, que la acción de amparo es improcedente ante la

¹ Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*

existencia de otro mecanismo de defensa judicial que le permita al actor reclamar la protección de los derechos fundamentales, pero excepcionalmente es procedente cuando la vía ordinaria no sea idónea y eficaz frente a las pretensiones del actor o que teniendo en cuenta tales pretensiones, la acción sea para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela es procedente de manera transitoria.

Para efectos de analizar este requisito de procedencia de la acción de tutela, es necesario tener en cuenta las siguientes precisiones:

En primer lugar, el accionante indicó en su escrito de tutela, que el día 26 de noviembre de 2020, la ARC le comunicó que lo trasladaría desde el batallón en el cual presta actualmente sus servicios, siendo en la ciudad de Bogotá, al Batallón de Infantería de Marina No. 15, guarnición militar ubicada en Tumaco – Nariño, ante lo cual y, dadas las condiciones de salud de uno de sus menores hijos, solicitó el día el 1° de diciembre de 2020, la reconsideración de dicho traslado, petición, que, según lo manifiesta el accionante, no le fue resuelta en ningún momento.

Con lo anterior, es claro que se trata de la protección del derecho fundamental de petición, lo que a todas luces es procedente por vía de tutela ante la inexistencia en el ordenamiento jurídico de otro medio de defensa judicial que asegure al afectado la protección de este derecho fundamental, razón por la cual esta acción se torna procedente frente a dicha pretensión y respecto de lo cual este juzgador no tiene objeción alguna.

Ahora bien, además de lo anterior, el accionante alega la vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, libertad de escoger profesión u oficio, libertad personal y debido proceso con fundamento en la negativa por parte de la Armada Nacional de Colombia – ARC, de aceptar la solicitud de retiro voluntario del servicio activo bajo la premisa del contenido de las circulares internas 094 y 042 de 2006 y 2013

respectivamente, decisión que fue adoptada mediante acto administrativo de fecha 21 de enero de 2021.

Al respecto, sería del caso no entrar a analizar tal pretensión ya que la controversia podría ser dilucidada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de uno de los medios de control dispuestos para tal fin, como lo podría ser el proceso de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, según corresponda, lo que se traduce en la existencia de otro mecanismo de defensa judicial con el cual el accionante cuanta para buscar mas adecuadamente la protección de su derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado en diversas sentencias, que si bien para la controversia de actos administrativos, cualquiera que sea su índole, está la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es, que tales procedimientos no se tornan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor, pues la demora de un litigio de esos causa la permanente vulneración de los derechos fundamentales del actor a la libre escogencia de carrera u oficio, libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, en consecuencia, esta acción de tutela se torna procedente para su estudio de fondo frente a todas y cada una de las pretensiones del accionante.

6. CASO CONCRETO

Como ya se dijo, la acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y se encuentra reglamentada por los decretos 2591 del 19 de noviembre de 1991 y 306 del 19 de febrero de 1992. Es un medio de defensa judicial que contiene un procedimiento preferente y sumario al cual se acude a fin de lograr la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales cuando son vulnerados, ya sea por acción u omisión o cuando se presente amenaza

de violación. Eventualmente se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6º, indica que es improcedente la tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales salvo que aquella se utilice como elemento temporal para impedir un daño irreparable.

Así las cosas, se entrará a resolver en primer lugar, lo correspondiente al derecho de petición elevado por el accionante.

El señor Elis Alfonso Montalvo Ávila, ingresó a la Armada Nacional de Colombia el 12 de enero de 2001 y, para el 14 de diciembre de esa misma anualidad, fue ascendido al cargo de Suboficial, desempeñándose actualmente en la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional en la ciudad de Bogotá.

Luego, el día 26 de noviembre de 2020, la ARC le comunicó al accionante que sería trasladado al Batallón de Infantería de Marina No. 15 en la guarnición militar de Tumaco – Nariño, frente a lo cual, el accionante, el día 30 de noviembre de 2020, solicitó ante la accionada petición de reconsideración respecto del traslado ordenado, solicitud a la que se le dio el radicado No. 202000042300310802, mismo que según lo manifiesta el señor Montalvo, no le fue resuelto a la fecha de interponer esta acción.

Por su parte, la Armada Nacional de Colombia, en el escrito de contestación allegado al despacho, puso de preste que dicha petición le fue contestada y resuelta de forma y de fondo el 3 de febrero de 2021 mediante comunicación No. 20210042320274643 MSM COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIGEHU-DISUB-40.45, hecho que demuestra el incumplimiento por parte de la entidad al primer presupuesto contenido en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, en concordancia con el Decreto Legislativo 491 de 2020, es decir, no dar una respuesta oportuna a las pretensiones del solicitante, sin embargo, de la respuesta dada, se extrae que la misma fue de forma y de fondo, pues en ella se le indicó que, al

revisar la solicitud de reconsideración elevada el pasado 30 de noviembre de 2020 y de analizar los soportes médicos de su menor hijo Dylan Neymar, se procedió a cambiar el destino de traslado, ya no a la ciudad de Tumaco – Nariño, sino a Buenaventura – Valle del Cauca, en donde las unidades militares cuentan con todos los sistemas médicos para que el menor continúe con los tratamientos médicos que requiera, sin embargo, dada tal situación, le niegan la solicitud de no ser trasladado y continuar prestando sus servicios en la ciudad de Bogotá.

Con relación a este segundo aspecto, de que la respuesta sea de forma, clara y de manera congruente y precisa frente a lo que se peticiona, considera este estrado judicial que la comunicación dada al accionante, goza de este presupuesto, pues en la misma se le esta resolviendo la solicitud de reconsideración, indicándole que, dadas las patologías presentadas por uno de sus menores hijos, ya no sería trasladado a la Unidad Militar en Tumaco – Nariño, sino a la de Buenaventura en el Valle del Cauca, lugar que cuenta con todos los servicios médicos requeridos por el menor. Es detener en cuenta que, tanto la norma como la jurisprudencia, ha señalado que el acto de dar una respuesta a una petición, no significa que siempre tenga que serle favorable el peticionario, como lo éste en este caso.

Ahora bien, frente al último requisito básico que debe contener una respuesta a una solicitud, y es que la misma sea puesta en conocimiento del solicitante de forma real y efectiva, la Armada Nacional, si bien allego el oficio la comunicación por medio de la cual le resolvió a accionante la solicitud de reconsideración de traslado, no hay prueba si quiera sumaria de que la misma le ha sido puesta en su conocimiento.

Con lo anterior, se concluye que, (i) la respuesta a la solicitud del accionante de fecha 30 de noviembre de 2020, fue dada hasta el día 3 de febrero de esta anualidad, es decir, después de dos (2) meses de radicada, queriendo decir con ello, que incumplió con el primer aspecto básico de una respuesta a una solicitud y (ii) si bien es cierto que la entidad respondió de forma y de fondo lo solicitado, cumpliendo así con el segundo requisito contenido tanto en la norma como en la jurisprudencia,

no lo fue respecto del tercer requisito, pues no hay prueba que demuestra que la comunicación dada al accionante, le fue puesta en conocimiento de este, con lo que finalmente se concluye que realmente si existe una vulneración del derecho fundamental de petición en este asunto, en consecuencia, se TUTELARA el derecho fundamental de petición en favor del señor ELIS ALFONSO MONTALVO ÁVILA y en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA (ARC), por consiguiente, se le ordenará al Comandante en Jefe de la ARC y/o a quien corresponda el cumplimiento de este fallo judicial, para que en el término de las cuarenta y ocho (48 Horas siguientes a la notificación de esta providencia, pongan en conocimiento real y efectivo del señor accionante, la respuesta dada el pasado 3 de febrero de los corrientes y, efectuado lo anterior, alleguen prueba que demuestre el cumplimiento de la orden acá impartida.

De otro lado, en cuanto a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal, libertad de escoger carrera u oficio y debido proceso, incoados por el accionante respecto de la negativa por parte de la Armada Nacional frente a la solicitud de retiro voluntario del servicio activo con pase a reserva se hace necesario traer a colación el siguiente marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial:

Constitucional: Artículo 216 y 217 del C.N.

Marco Legal: Decreto 1790 de 2000, artículos 82 y s.s.

Marco Jurisprudencial: Sentencia de la Corte Constitucional, como la T-101 de 2016.

Conforme lo anterior, se tiene que el artículo 216, habla de quienes compone las fuerzas militares en Colombia y el artículo 217, establece que la ley determinará los derechos y obligaciones de los funcionario de las fuerzas militares entre otras disposiciones; por su parte, la Ley 1790 de 2000, en su artículo 82, modificado por el artículo 20 de la Ley 1104 de 2006, señala en el literal b) “*Traslado: Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar (incluyendo la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional), con*

el fin de prestar sus servicios en ella, o desempeñar un cargo dentro de la organización...”, por su parte el artículo 84 de la misma norma, modificado por el artículo 21 de la Ley 1104 de 2006, establece que las destinaciones, traslados, comisiones y encargos, se dispondrán a través del Comando General de las Fuerzas Militares.

Luego, respecto del retiro de las fuerzas militares, éste procedimiento esta contenido en el artículo 99 y s.s. del Decreto 1790 de 2000, el cual indica: “*ARTÍCULO 99. RETIRO. 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.*”

Ahora bien, el accionante solicitó el retiro voluntario del servicio activo con fundamento en los padecimientos médicos que aqueja a su menor hijo Dylan Neymar, esto teniendo en cuenta que su solicitud de reconsideración de traslado también le fue negada.

La solicitud de retiro voluntario del accionante, fue radicada el 12 de enero de 2021 y resuelta el 21 de enero de la misma anualidad, devolviéndole al accionante dicha solicitud, “*ante la imposibilidad de iniciar el trámite respectivo, toda vez que esta se encuentra motivada yendo en contra vía de los preceptos internos contenidos en las Circulares Ministeriales y Armada Nacional No. 094 y 042 del cinco (05) de mayo de 2006 y 2013 respectivamente, normatividad interna que en lo pertinente reza: (...)*”

Según se desprende del oficio 20210428210018971 de fecha 21 de enero de 2021, las razones que fundamentaron la negación del retiro del servicio activo del señor Elis Alfonso Montalvo, fueron las consagradas en las circulares internas de la entidad, siendo la 094 del 5 de mayo de 2006, en la cual la entidad accionada marcó en negrilla subrayada y fuera de texto, **“LAS SOLICITUDES DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DEBEN CONTENER ADEMÁS DE FORMA CLARA E INEQUÍVOCA, LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y ESPONTANEA DE LA VOLUNTAD DE RETIRARSE DEL SERVICIO ACTIVO...”**, sin tener en cuenta que dicha disposición es aplicable para el caso de Oficiales de la Policía Nacional, no para el caso de Suboficiales de la Armada Nacional.

Ahora, en relación a la Circular Ministerial No. 042 del 1° de marzo de 2013, el numeral 5°, establece que *“Las solicitudes de retiro por voluntad propia no deben elaborarse en formato preestablecido (cuadriculado) y deben tramitarse de manera rápida por parte de los mandos respectivos, evitándose así la interposición de acciones de amparo de quienes sienten vulnerado su derecho por la incertidumbre sobre la fecha de decisión de su retiro de la institución. Estas se tramitarán atendiendo lo señalado en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000 (para Oficiales y Suboficiales), artículo 9° del Decreto 1794 de 2000 (para Infantes de Marina Profesionales), y el artículo 39 del Decreto 1792 de 2000 (para Civiles). “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” y finalmente, colocan de presente también el numeral 6° de dicha circular en la cual se indica que **“DE IGUAL FORMA, LAS SOLICITUDES NO DEBEN ENCONTRARSE MOTIVADAS DE LO CONTRARIO SERÁN DEVUELTAS POR NO SER PROCEDENTE JURÍDICAMENTE INICIAR LOS TRÁMITES, ACUERDO CIRCULAR No. 94 del Ministerio de Defensa Nacional de mayo 05 de 2006”**, negrilla y subrayada por parte de la entidad accionada.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Armada Nacional le negó la solicitud de retiro voluntario al señor Elis Alfonso Montalvo, con base en dos (2) circulares, que, a consideración de este estrado judicial, no justifican en

nada tal negativa, aunado a que las a que en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, se establecieron expresamente las causales de retiro del servicio activo de los miembros de las fuerzas militares según sea el caso, que para el presente, como se trata de un Suboficial de la Armada Nacional, se le aplica lo dispuesto en el literal “a) *Retiro temporal con pase a la reserva*”, numeral 1° “*Por solicitud propia*”, del mismo modo, el artículo 101 de la mentada ley, dice que: “*SOLICITUD DE RETIRO. 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*”, cabe anotar que el accionante no esta dentro de los funcionarios señalados en el artículo 102 de esta norma.

Al respecto de los argumentos esbozados por la autoridad demandada para negar la solicitud de retiro voluntario del servicio activo del señor Elis Alfonso Montalvo, advierte este despacho que tales argumentos son únicamente los que están señalados en las circulares antes mencionadas pues de las normas expuestas, no se extrae que las solicitudes no pueden ser motivadas con el fin de que los solicitantes no concurren ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contrario a ello, esta obligando al accionante a permanecer en la institución aun cuando ya no es su deseo y que si bien los derechos de los miembros de las fuerzas militares se ven limitados en razón a sus funciones, lo que en algunos casos hace posible que se extienda la permanencia de funcionarios en las filas, incluso, en contra de su voluntad, en otros casos tal limitación se convierte en la vulneración de los derechos fundamentales de los miembros al servicios de las fuerzas militares.

Lo anterior basado en que, (i) la negativa de la solicitud del accionante, no está fundada que en la actualidad existan “*razones de Seguridad Nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad o a juicio de la autoridad competente*”, (ii) tampoco está demostrado que el cargo que desempeña el accionante al interior de la

Oficina de Control Interno del Ministerio de Defensa Nacional sea de tanta importancia o necesidad que no lo puedan desempeñar otras personas, (iii) tampoco está probado que al accionante se le haya enviado a una comisión de estudios o similar que permitiera establecer que no hay otro miembro de las fuerzas que puede ejercer las funciones que ostenta actualmente.

En sí, no está demostrado con fundamentos de derecho y ni siquiera de hecho, pues solamente le están negando el derecho que le asiste al accionante de retirarse de manera voluntaria de las fuerzas militares con ocasión a dos circulares internas de la entidad, lo que de manera clara, atenta contra los derechos fundamentales al debido proceso, a escoger una carrera u oficio y a la libertad personal, ya que, frente al primero, no se está aplicando la ley vigente o, de estarse aplicando, está poniendo por encima del mandato constitucional y legal, las circulares bajo las cuales le negó la solicitud al señor Elis Alfonso, para lo cual se trae un parte de la sentencia antes aludida que menciona lo siguiente: *“Un miembro de la Fuerza Pública no puede ser obligado a permanecer durante un tiempo amplio e inflexible en el servicio activo, aludiendo únicamente imposiciones temporales contenidas en directivas internas de las instituciones militares o de policía.”* Y mas adelante señaló: *“Con base en tal razonamiento, debe indicarse cuando una directriz institucional –expedida ya sea por el Comandante de determinada Fuerza Pública o por el Ministerio de Defensa Nacional– establece condiciones adicionales a las de la Ley para impedir el retiro voluntario de un Oficial o Suboficial, restringiendo con ello el ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio, sin que exista norma de jerarquía constitucional o legal que así lo autorice, tales disposiciones se tornan contrarias a la Carta Política y por tanto no pueden constituir una causal justificativa para obligar a un funcionario a permanecer por un tiempo irrazonable vinculado a la entidad castrense, en contra de su voluntad.”*

Respecto del segundo, con el hecho de negarle la solicitud de retiro al accionante, también se le esta negando la posibilidad de escoger otra carrera que le permita continuar con su vida normal diferente de la militar,

lo que necesariamente conlleva a una violación directa del derecho al trabajo, pues el no permitirle retirarse de las fuerzas militares, le impide al accionante conseguir otro empleo para generar ingresos, lo que se convierte en una vulneración del derecho fundamental del mínimo vital del accionante y el de su núcleo familiar, conformado por 2 menores de edad los cuales están a su total cuidado.

Por último, respecto de la libertad personal o libre desarrollo de la personalidad, el accionante está supeditado a lo que le ordene la entidad accionada, sin tener opción de escoger otro estilo de vida diferente a las armas, y, por ende, le está impidiendo la utilización de su propio tiempo en actividades como las son el cuidado de sus menores hijos, más aún, cuando el menor de ellos requiere de una atención especial, tanto familiar como médica.

Con todos los argumentos antes expuestos, encuentra este estrado judicial que, al accionante se le están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, desarrollo de la libre personalidad y libre escogencia de una carrera u oficio, en concordancia con la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo, en consecuencia, se tutelarán en favor del señor ELÍS ALFONSO MONTALVO ÁVILA, los derechos fundamentales antes señalados y, por consiguiente, se le ordenará al Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares y/o a quien corresponda el cumplimiento de este fallo de tutela, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir un acto administrativo por el cual se le conceda al accionante, el retiro voluntario de las fuerzas militares y en la forma como lo solicitó mediante petición de fecha 12 de enero de 2011.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de sus menores hijos, es claro para este estrado que no existe, por cuanto la autoridad accionada efectuó el estudio correspondiente de las patologías que padece el menor Dylan Neymar, tanto así, que dispuso trasladar al accionante a otra guarnición militar diferente de la inicialmente decidida, ya que ésta última sí contaba con los

centros médicos para la intención del menor y que éste pudiera continuar con los tratamientos correspondientes, razón por la cual no hay lugar a tutelar tales derechos fundamentales.

En razón y mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición, debido proceso, libertar de escoger carrera u oficio y al libre desarrollo de la personalidad, en concordancia con los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo, en favor del señor **ELIS ALFONSO MONTALVO ÁVILA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.039.709, en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA (ARC)**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO TUTELAR los derechos fundamentales que invoca el actor respecto de sus menores hijos, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR al **COMANDANTE JEFE DE LA ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA – ARC** y/o a quien corresponda el cumplimiento de la presente sentencia lo siguiente: **1)** Que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a poner en conocimiento del señor **ELIS ALFONSO MONTALVO**, la respuesta dada a la solicitud e reconsideración de traslado de fecha 26 de noviembre de 2020, en los términos de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, en concordancia con el Decreto Legislativo 491 de 2020 y, una vez efectuado lo anterior, deberá demostrar el cumplimiento de esta orden judicial. **2)** Que dentro del mismo término dispuesto en el numeral anterior, se proceda a expedir un acto administrativo por medio del cual se le conceda el retiro voluntario con

pase a reserva del señor **ELIS ALFONSO MONTALVO ÁVILA**, conforme a la solicitud del 12 de enero de esta anualidad, para lo cual deberá demostrar tal proceder, allegando copia del acto administrativo en cuestión y con destino a la presente acción.

CUARTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito al alcance del Juzgado.

QUINTO: De no ser impugnada la presente decisión, remítanse las diligencias ante la Honorable Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión en la forma como se estableció en el **ACUERDO PCSJA20-11594** del 13 de julio de 2020 y demás disposiciones que lo adicionen y/o modifiquen, de regresar el expediente excluido de revisión, archívese el mismo sin nuevo auto que lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FERNANDO GONZALEZ

JUEZ

CALG

Firmado Por:

NANCY JOHANA TELLEZ SILVA

SECRETARIO CIRCUITO

JUZGADO 030 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación:

**3061708a772908ea4cdd9bf49b9e446b7ff059ddfa691ed0cd51d0
38eb8be282**

Documento generado en 21/02/2021 09:33:20 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>