



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, 30 de junio de 2020

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA
DEMANDADO	NACIÓN - MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN	18001-33-33-001-2013-00179-00
SENTENCIA No.	37-06-215-2020

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. LA DEMANDA Y SU REFORMA. (F. 77-89 y 127-142 C.1).

El señor **WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA** por intermedio de apoderada judicial, presentó medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa de Personal No. 1363 de fecha 04 de mayo de 2012, por medio del cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se ordene reintegrar al actor el señor **WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PINILLA** al cargo que estaba desempeñando, y reubicar como Soldado Profesional, cancelando todas las prestaciones sociales, primas, subsidios y demás dejadas de percibir, desde la fecha de su vinculación a la fecha de su reintegro, sin solución de continuidad.

Así mismo solicita el pago de la indexación de las sumas de dinero al momento del pago y el reconocimiento y pago de los intereses de mora desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se haga efectivo el pago, y que las sumas sean reconocidas y pagadas en los términos previstos en el artículo 192 y ss del CPACA, siendo condenada la entidad en costas y agencias en derecho.

- HECHOS:

Los hechos narrados en el libelo de la demanda, se sintetizan de la siguiente manera:

Que el actor se encontraba vinculado al Ejército Nacional hacía aproximadamente 10 años, perteneciendo al Batallón de Combate Terrestre No 87, Brigada Móvil 13 con sede en Larandia Caquetá, quien fue informado vía telefónica respecto del proceso disciplinario que se adelantaba en su contra, solicitando al área jurídica del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes del Guepi” el día 25/04/2012, ser escuchado en versión libre, situación que se efectuó el día 25/05/2012, una vez rindió la versión libre, no le fue posible portar su uniforme militar ni trabajar, sin embargo la entidad giró los salarios correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo del año 2012, siendo retirado del servicio mediante OAP No. 1363 de fecha 04 de mayo de 2012, por motivo de inasistencia de más de 10 días al mismo, siendo notificado de dicho acto administrativo el día 06 de agosto de 2012, por conducta concluyente.

Que pese a no permitirle portar el uniforme, ni trabajar, éste seguía activo en la base de datos del Ejército Nacional a efectos de recibir, su salario, prestaciones y atenciones médicas durante los meses de marzo, abril y mayo de 2012, sin que existiera acto administrativo alguno de desvinculación en dichas fechas, por lo que considera que la entidad vulneró el debido proceso administrativo y el principio fundamental de legalidad y de defensa, pues impidió que éste laborara hasta que mediara acto administrativo que definiera su situación laboral.

Que el hogar del actor se encuentra conformado por la señora Marisol Gómez Alape y sus hijos, aunado a ello, su compañera fue diagnosticada con de cáncer, generando apoyo que el actor le brindó ante tales circunstancias.

Que previo a su retiró, siempre tuvo comunicación con sus superiores en relación con los permisos solicitados para estar al tanto de la salud de su esposa, ya que ésta fue diagnosticada con una enfermedad de alto riesgo, y la negativa del Ejército Nacional al conceder el traslado a un lugar más cerca de la ciudad de Bogotá, aunado a ello manifiesta que pese a haber informado lo que sucedía nunca le notificaron que fue retirado del servicio, tan solo, no le permitieron la entrada a su pelotón y a portar su uniforme, además de haberle adelantado una investigación disciplinaria.

- NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas, del libelo de la demanda se extraen las siguientes:

- Constitución política: artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 47 y 53

Que el acto administrativo demandado quebranta de manera manifiesta y directa los preceptos constitucionales al desconocer la obligación publica de proteger el trabajo, previniendo que el creador del acto es el primero a ser llamado a respetar la normatividad vigente que regula el régimen del soldado o infante de marina profesional y demás normas inherentes al desarrollo de la actividad de la fuerza pública.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (folio 164-172 C.I.).

El apoderado de la entidad manifiesta oposición a la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado por el cual se retira del servicio al actor por la causal de inasistencia al servicio por más de 10 días, cuyo acto administrativo atendió las prescripciones del artículo 8B-ly 12 del Decreto 1793/2000 en relación con la ausencia al servicio por más de 10 días sin justificación, sin que pueda ordenarse su reintegro ni el pago de los emolumentos salariales dejados de percibir a título de restablecimiento del derecho, por cuanto la Orden Administrativa de Personal No. 1363 de 2012, mantiene incólume su legalidad y no está probada que se encuentre inmersa en causal de nulidad alguna, carga probatoria que se le atribuye al actor demostrar.

Aduce que en relación con los permisos que solicitó el SLP RINCÓN PERILLA, solicitó atender a su esposa y sus hijos y manifiesta que fueron negados, no obra prueba que demuestre tal circunstancia con la carga obligacional del artículo 177 del CPC, donde precisa que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho, estableciéndose que la ausencia por más de 10 días que admite el actor, nunca fue justificada en su debido momento, constituyéndose su afirmación en una simple hipótesis.

Indica que verificadas las circunstancias en que el SLP RINCÓN PERILLA, se ausentó de su lugar de trabajo o servicio por más de 10 días sin ninguna causa y verificado que éste tenía conocimiento del hecho de manera absoluta, el Ejército Nacional, podría efectuar el retiro sin perjuicio de las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes, adquiriendo mayore relevancia porque el retiro absoluto, opera como una automaticidad una vez constatada la no justificación de su inasistencia al servicio por más de 10 días.

Señala que al momento del retiro del actor, este ostentaba la calidad de soldado profesional y por lo tanto le era aplicable las disposiciones del Decreto 1793/2000, por ser un régimen especial autorizado por la Constitución Nacional de 1991, ya que ésta dispone un régimen especial para las Fuerzas Militares y con fundamento en él han sido expedidas por el legislador múltiples disposiciones legales que buscan regular el ingreso, los ascensos, los retiros de los servidores públicos que hacen parte de éstas instituciones, teniendo en cuenta su finalidad constitucional y su naturaleza de cuerpos armados permanentes, que están directamente relacionados con la seguridad del Estado y la ciudadanía.

Finalmente solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Propone como excepción la de caducidad del medio de control.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- PARTE DEMANDANTE¹, presentó sus alegaciones finales de manera extemporánea, conforme se observa en la constancia secretarial de fecha 18/10/2019 visible a folio 832 del expediente.
- PARTE DEMANDADA², reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, indicando que el actor en ningún momento justificó debidamente su inasistencia al servicio, solamente dejó que el tiempo pasara, sin dar aviso a su respectivo comandante, pese a saber que tenía la obligación en la unidad Militar a la cual se encontraba adscrito; por lo tanto, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, pues el Decreto 1793/2000, estableció en los artículos 7, 8 y 12 la facilidad de retiro por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada.
- MINISTERIO PÚBLICO³. No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

a) COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-. (Ley 1347 de 2011).

b) PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la nulidad de la Orden Administrativa de Personal No.1363 de fecha 04 de mayo de 2012, por medio de la cual se retira del servicio activo como soldado del Ejército Nacional al señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA, por la causal de inasistencia injustificada al servicio por más de 10 días, por cuanto el acto administrativo fue expedido vulnerando normas de alcance constitucionales como lo es el debido proceso?

c). Excepciones.

La entidad demandada, propuso la excepción de caducidad, no obstante, la misma fue resuelta en audiencia inicial de fecha 15/06/2016, (fol. 439-446), decisión confirmada mediante auto de fecha del 27/04/2018, por el Tribunal Administrativo del Caquetá. (fol. 451-458), por lo tanto, el Despacho hará ningún pronunciamiento al respecto.

d). Prueba trasladada⁴

En resiente jurisprudencia, el H. Consejo de Estado, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada ha sostenido:

“cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes⁵: (i) los normativos del artículo 185⁶ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella⁷, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado

¹ Fol. 823-829 del cuaderno 4 del expediente

² Fol. 820-822 del cuaderno 4 del expediente

³ Fol. 832 del cuaderno 4 del expediente

⁴ Consejo de Estado, sección tercera, Subsección C, dentro del proceso radicado No. 20001-23-31-002-2010-00018-01(46028), siendo CP el Dr. Jaime Orlando Santofimio.

⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

⁶ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

por el artículo 168 del C.C.A⁸ [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁹; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración¹⁰; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo, la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional¹¹.

Así mismo fijó unas reglas respecto de la prueba testimonial trasladada, indicando:

“como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación)”¹²; (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”¹³; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos¹⁴, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria¹⁵; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo”.

En dicho pronunciamiento reiteró:

“en cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] consideró que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez– se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación–, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...] Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –La

⁸ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁹ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

¹¹ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

¹² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993, expediente 8059.

¹³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

¹⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

¹⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración [...] La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades que los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”¹⁶.

Finalmente, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto de los requisitos manifestó: “conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”¹⁷. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma¹⁸; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica¹⁹; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la Litis”²⁰.

Así las cosas, esta judicatura indica que respecto de la prueba documental trasladada al proceso, consistente en las actuaciones en la instrucción penal militar y el proceso disciplinario, se les dará el valor probatorio que corresponda, una vez se analicen en el caso concreto, como quiera que los documentos en mención se recaudaron con anuencia de la parte demandada y una vez se allegaron al proceso se pusieron en conocimiento de las partes, atendiendo que cumple con el requisito establecido en el artículo²¹ 174 del CGP.

e). Marco Legal y Jurisprudencial - retiro discrecional de Fuerza Pública

Los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se encuentran regulados por el régimen de carrera a través del Decreto 1793 de 2000, que en el artículo 1º los define como “los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

Así mismo el citado decreto, determina en el artículo 8º las causales de retiro de los soldados profesionales de la siguiente manera:

ARTICULO 8. CLASIFICACIÓN. *El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:*

a. Retiro temporal con pase a la reserva.

1. Por solicitud propia.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2011, expediente 20587.

¹⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

¹⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

²⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

²¹ **ARTÍCULO 174. PRUEBA TRASLADADA Y PRUEBA EXTRAPROCESAL.** Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.
- b. Retiro absoluto.
 1. **Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.**
 2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.
 3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
 4. Por condena judicial.
 5. Por tener derecho a pensión.
 6. Por llegar a la edad de 45 años.
 7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.
 8. Por acumulación de sanciones. (Lo subrayado fuera del texto original)

El artículo 12 del mencionado Decreto sobre el retiro por inasistencia al servicio, señala; el soldado profesional que incurra en inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, será retirado del servicio, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que quien no comparezca al servicio por más de 10 días sin causa que lo justifique le acarreará el retiro del servicio de manera absoluta, conducta que es independiente y distinta de las responsabilidades penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

De igual manera se puede establecer que esta causal de retiro es objetiva por cuanto supone o requiere que solo falte al trabajo por el término de 10 días y no pueda justificarlo, para proceder a su destitución, caso distinto como lo es un proceso penal o disciplinario en los cuales están proscritas las responsabilidades objetivas, siendo necesario acudir al elemento subjetivo, es decir a la culpabilidad del imputado o del disciplinado, según sea el caso.

No obstante, lo anterior, y con el fin que dicha potestad que tiene la entidad para aplicar de manera discrecional, no desborde los límites legales, ni sea considerada arbitraria, la Corte Constitucional, estableció un procedimiento administrativo para su aplicabilidad, procedimiento que ha sido acogido por el Consejo de Estado. Sobre el asunto en sentencia T-1023 de 2007, esgrimió lo siguiente:

Así, la causal contempla dos elementos a tener en cuenta por el Comandante de la fuerza respectiva: uno objetivo de inasistencia por más de diez (10) días; y uno subjetivo consistente en que dicha inasistencia se hubiere producido sin justa causa. Siendo de esta manera, un retiro ajustado a la Constitución no puede producirse sin que, al menos, sea escuchada la persona inasistente, con el objetivo de definir si hay justeza en la causa de la inasistencia.

En efecto, el artículo 29 C.P. preceptúa que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Entre los derechos que se suponen vinculados al debido proceso se encuentra el de contradicción en las diversas etapas de investigación y decisión final. Tres son las medidas mínimas que deben observarse para garantizar el derecho de contradicción.

En primer término, la persona debe ser notificada de que está cursando en contra suyo un trámite orientado al retiro de las fuerzas militares, exigencia aún más importante si dentro de la causal existe un elemento subjetivo, como acontece cuando es exigido que la inasistencia por más de diez (10) días se produzca sin justa causa. En segundo término, debe ser escuchado acerca de los hechos por los cuales pretende retirárselo del servicio, finalidad que busca alcanzar el acto de notificación. En tercer término, el acto administrativo que concluya con el trámite debe notificarse de conformidad con los requisitos legales, dentro de los que se halla uno primordial, indispensable de cara al ejercicio del derecho de contradicción, esto es, el expresado por el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor: “En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes debe interponerse, y los plazos para hacerlo”.²² El resultado de inobservar este último requerimiento legal, según el artículo 48 del Contencioso, es que “no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión”.

²² Véase además la sentencia T-581 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En igual sentido, el Consejo de Estado, en sentencia dentro del proceso radicado²³ No. 25000-23-25-000-2000-07738-01(6364-05), reiteró el pronunciamiento efectuado en sentencia de fecha 03/12/2007, en relación con las figuras del abandono del cargo y el retiro del servicio, precisó:

“La Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005 recogió el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia y precisó que si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública (...)”. (Destacado por la Sala).

El retiro del servicio activo del personal de las Fuerzas Armadas por inasistencia al servicio por un término mayor de diez días no exige el adelantamiento previo de un proceso disciplinario o penal militar pues basta demostrar la inasistencia sin justa causa del funcionario dentro del término legalmente exigido para proceder a su desvinculación y, además, la sanción es proporcional a la causal en tanto la finalidad es garantizar la prestación del servicio. (Negrillas del despacho)

De otra parte la exoneración en materia penal militar por el delito de abandono del servicio (folios 130 a 133) en nada incide en la desvinculación por la causal de inasistencia injustificada al servicio por más de diez días, pues cada una tiene un objeto distinto, el primero busca sancionar la conducta negligente o dolosa del militar que abandona su puesto de labores y la segunda, es un mecanismo con el que cuenta la administración para retirar a sus miembros cuando dejan de concurrir a su lugar de trabajo, salvo que se demuestre que su ausencia obedeció a caso fortuito o fuerza mayor.

El lapso comprendido entre el 13 y el 25 de mayo de 2000 era más que suficiente para que el suboficial demandante se reintegrara a sus funciones o hiciera conocer de sus superiores la razón de su inasistencia. Cualquier funcionario que tenga inconvenientes que solucionar dentro del normal desempeño de sus funciones busca la forma de reintegrarse lo antes posible y las circunstancias que el apelante adujo no lo exoneran de responsabilidad, *en tanto el retiro del servicio activo de las Fuerzas Armadas por inasistencia injustificada se configura con la simple ausencia del funcionario dentro del lapso de 10 días, es decir, es objetiva, y en este caso no se demostró una justa causa que impidiera ejercer la facultad discrecional de retiro, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.* (Negrillas del despacho)

La justa causa capaz de exonerar al servidor de un abandono injustificado del ejercicio de sus funciones es aquella que se produce por fuerza mayor, la cual debe ser imprevista e irresistible, como lo establece el Código Civil en su artículo 64.

En este caso el paro de la Troncal del Magdalena con el cual pretende el actor justificar su inasistencia no era una circunstancia irresistible puesto que tenía a su alcance posibilidades para presentarse a la laborar a la unidad militar o al menos poner en conocimiento de sus superiores jerárquicos, respetando el conducto regular, la situación que afrontaba. Adicionalmente la prueba documental aportada sobre el paro corresponde solamente a los días 11 y 12 de mayo y no demuestra que fuera la causa efectiva del retardo del actor durante el lapso comprendido entre el 13 y el 25 de mayo de 2000, tiempo suficiente para que el actor solucionara sus dificultades.

La ausencia de recursos económicos del actor tampoco justifica su retardo dado el grado de Sargento Segundo que ostentaba y la asignación básica mensual que devengaba de \$924.739,83.00, (folio 97, C.P.) que le permitía cubrir el costo del tiquete aéreo de Barranquilla a Bogotá, amén de que bien pudo presentarse a la guarnición militar de su residencia en procura de una solución a su problema.

Finalmente, su trayectoria como miembro de las Fuerzas Armadas permite inferir que el apelante estaba en capacidad para prever y conocer las consecuencias de su inasistencia al servicio.”

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, [SUBSECCIÓN B](#), Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, en sentencia de fecha 06/08/2008

Lo anterior no quiere decir que deba iniciarse un procedimiento administrativo similar o con todas las ritualidades del disciplinario, se trata más bien de averiguaciones previas a adoptar la decisión definitiva, con la finalidad de salvaguardar el derecho al debido proceso de los administrados y que como se dijo no sea una decisión tomada de manera arbitraria

Por lo anterior, se procederá a estudiar el caso *sub examine*, para determinar si el acto administrativo demandado está inmerso en alguna de las causales alegadas por el actor, o si por el contrario se hizo conforme a las normas y procedimientos que rigen la materia.

f). CASO EN CONCRETO.

En el *sub lite* se cuestiona la legalidad del acto administrativo por medio del cual fue retirado del servicio el señor WILLIAM ENRIQUE RINCON PERILLA, la parte demandante aduce que la decisión vulnera el derecho fundamental constitucional al debido proceso.

En tanto que la entidad demandada, por su parte sostiene que obran pruebas que permiten acreditar que el demandante actuó desligándose de las razones que impone la naturaleza de la función y generando desconfianza en las Fuerzas Militares, lo que justificó el retiro de la institución.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, tenemos:

Que el señor RINCÓN PERILLA, pertenecía al Ejército Nacional, y en su calidad como militar - soldado profesional²⁴, siendo orgánico de la Compañía C del Batallón de Combate Terrestre “My Pedro Raúl Colmenares” “BACOT 87”²⁵, y quien fue retirado del servicio activo, por la causal de inasistencia injustificada al servicio por el término de más de 10 días, mediante OAP No. 1363 de 2012²⁶.

Que mediante informe administrativo “mala conducta”, de fecha 06/03/2012²⁷, suscrito por el comandante de la Compañía “C” del BACOT 87, informó la novedad de inasistencia del accionante, indicando:

“(...) los hechos acaecidos con el profesional de la fuerza Rincón Perilla William Enrique cc 79.214.325, orgánico de la Compañía “C” del BACOT 87, quien incurrió en mala conducta. Mencionado soldado fue evacuado del área de operaciones el día 05 de enero del presente año, el cual manifestaba tener una calamidad familiar con la esposa, la cual continúa enferma, esto fue autorizado por el señor My. Peña Carvajal Camilo Andrés, Comandante de batallón.

Al llegar al puesto de mando atrasado del Batallón con sede en Larandia- Caquetá, el comandante del Batallón le autoriza 15 días de permiso, para que solucione su calamidad familiar. Antes de que el soldado terminara su permiso efectuó una llamada al Comando de Batallón My. Peña Carvajal Camilo, manifestándole que la señora esposa presentaba síntomas de cáncer y solicitó más días de permiso. El Comandante del Batallón le autorizó “1” Un mes más de permiso correspondiente a las vacaciones de primer semestre del profesional de la fuerza Rincón Perilla Willin Enrique, Estando en vacaciones el soldado Rincón Perilla, efectuó una llamada telefónica al comandante de batallón, Le informa que hablo con el señor Gr. Jefe de Recursos Humanos del Ejército, al cual le solicitó el apoyo de un traslado y el señor general había manifestado que lo iba a apoyar en el traslado.

El señor My. Peña Carvajal Camilo Andrés, comandante del batallón, le dice que no hay ningún problema, que se presente en Puerto Asís y le informe al Comandante de la Brigada para ver qué orden da. Al presentarse en la Brigada el Soldado Rincón, le informa al Co Mejía, que el Comandante del Batallón lo había enviado a hablar con él, porque le iba a apoyar un traslado, omitiéndole que él ya había hablado con el Señor General Jefe de Recursos Humanos de Ejercito.

²⁴ Fol. 66 del C4 y 193 del C1 del expediente

²⁵ Información tomada del informe administrativo visible a folios 175-176 del cuaderno 1 del expediente.

²⁶ Fol. 67-69 del cuaderno 1 del expediente.

²⁷ Fol. 175-176 del cuaderno 1 del expediente

El señor C Mejía quien ya tenía conocimiento de la situación del soldado, le negó el apoyo del traslado en vista de que éste faltara a la verdad o veracidad de los hechos, ya que no dijo su situación de traslado como realmente era. Luego de esto el Comandante de la Brigada le Ordenó dirigirse a Larandia – Caquetá, donde queda el puesto de mando del Batallón para que ingresara al área de operaciones donde se encuentra su unidad fundamental.

Pasados estos hechos, el soldado profesional abandonó Puerto Asís y hasta la fecha no se sabe absolutamente nada de su paradero.

Que, al expediente, se allegó copia de la versión libre²⁸ rendida por el señor RINCÓN PERILLA, dentro del proceso disciplinario No. 007-2012 adelantado en su contra, en el cual relata los episodios de salud sufridos por su esposa, y respecto de los hechos o las circunstancias de su inasistencia se destaca:

“(…) Yo salí del área y llegué a Larandia, me encontré con mi primero que me dijo que mi mayor no había autorizado que saliera, pero como yo había hablado con mi Coronel Díaz Comandante del Batallón Helicoptero que me había conseguido apoyo hasta Tolemaida y que en una hora salía el vuelo, entonces mi primero llamó a mi Mayor y le dijo que en una hora salía el vuelo, el me autorizó 5 días, llegue a Tolemaida y me fui para Ortega a recoger a mi esposa y nos fuimos para el dispensario norte donde se encuentra adscrita, donde la atienden a ella. En Puerto Asís nos habían dicho que tenía una infección urinaria, la cual el médico del Dispensario Norte descartó y nos mandó a sacar unos exámenes con los especialistas y ginecólogos para encontrar la enfermedad lo que tenía, entonces como no me había dado sino 5 días y no me alcanzaba el tiempo y entonces me acerque a comando Ejército a la sección de personal y hable como mi coronel Moreno el jefe de personal y le expuse mi caso y él habló con mi Coronel Mejía Comandante de la Móvil 13 y le pidió que me diera 5 días más, después de los 5 días no nos entregaban los resultados y llame a mi MY Peña a solicitarle más permiso él me dijo que no me podía ayudar más y que me fuera para la BRIM a hablar con mi coronel, yo viaje a Puerto Asís, ya que tenía todas mis cosas y mi trasteo y de paso a hablar con mi Coronel Bayona JEM de la BRIM 13 al cual le solicité que me adelantaran las vacaciones para haber si podía saber que tenía mi esposa, como ya me había dado 10 días, el me dio 20 días más para que me presentara el 17 de febrero de 2012, cuando el me dio el permiso me lleve mi trasteo y mis cosas para Bogotá, y me ubique con mi esposa, en el transcurso de ese permiso nos entregaron los resultados donde nos informaron que mi esposa tiene cáncer de cuello uterino, yo hable con el médico y el me aconsejó que estuviera cerca de mi esposa porque era una noticia que la había afectado emocionalmente. (...) Llegue a la BRIM13 y hablé con mi coronel Mejía y le pedí un apoyo para un traslado o que me agregaran cerca de Bogotá, y él me contestó “que a él la mamá se le había muerto hacía un mes de cáncer y no estaba pidiendo ni traslado ni agregaciones y que además yo llevaba muy poquito tiempo en la unidad, que estaba poniendo primero a mi familia que a la institución, que no me apoyaba”, le solicité unos días para haber si lograba conseguir quien estuviera con mi esposa y mientras lograba conseguir un permiso o mi traslado, y él me dijo que me fuera y me hiciera cargo de mi familia y que dejara el Ejército, yo salí para Bogotá, a los 8 días mi cuñada María del Rosario Gómez, viajaba para Bogotá y yo le dije que se quedara en mi casa y aprovechábamos para que se quedara con mi esposa, entonces yo llamé a mi cabo Meneses y le dije que ya había conseguido quien cuidara mi esposa y que ya iba a presentarme el día siguiente, y me dijo que no, que mi coronel Mejía había dado la orden de que me tramitara la baja por inasistencia al servicio. Y que no me presentara porque él no me iba a recibir que me devolviera. (...)”

También reposa, la declaración de la señora GENARA TUQUERRES DE ORTIZ²⁹, quien respecto a los hechos adujo que solo le consta lo acontecido hasta el 16 de diciembre de 2011 y con relación a la enfermedad de la esposa del actor, señaló:

“Si eso me consta que ella estuvo muy enferma y sigue muy enferma, yo la he llamado y ella sigue muy mal. Lo que ella tenía era una hemorragia al parecer le detectaron un cáncer, ella tiene dos niños pequeños, uno tenía por ahí 3 añitos y oro año y medio, entonces el señor WILMAR desde que salió del operativo ha estado pendiente de ella ya que ella estaba sola en Puerto Asís, con los niños pequeños, a ella la llevaron al hospital pero por causa de los niños no la pudieron hospitalizar en ese tiempo en el 2011 ella estaba sola y por eso no la pudieron hospitalizar y al señor WILMAR estaba en un operativo, un soldado que mandaron de la base para acompañarla, la acompañó al hospital y allá le dieron la formula al soldado, la formula se demoró como 4 días para llegarle la medicina a ella, entonces ella ya estaba muy grave. Cuando llegó el esposo él la encontró muy grave y la llevó aun medico particular, no sé a cuál la llevo, y luego se fueron para Bogotá donde un familiar, por eso ha incumplido en presentarse porque tenía que andar con la esposa que no tenía ni fueras

²⁸ Fol. 210-212 del cuaderno principal 1.

²⁹ Fol. 263-264 del cuaderno principal 1

para andar y como estaba sola acá. (...), pues yo me imagino que todo este tiempo porque ella está muy grave de salud y no tienen quien les ayude con los dos niños que están muy pequeños, tengo conocimiento que él se presentó con los niños para explicar la situación en enero de este año y después ya salió y se fue a acompañar la esposa, es difícil que el siguiera con sus labores con la señora hospitalizada y los niños con quien dejarlos. (...), pues de lo que él se fue de acá ahí no sé, pero en los días que estuvo acá en Puerto Asís estuvo pendiente de ella porque no se podía ni parar y tengo conocimiento que estaba esperando unos exámenes, (...), en lo que estuvo ahí él comunicó a sus comandantes, a él le daban permisos, él estaba pendiente de ella, pero después a él como que lo suspendieron y le retuvieron el sueldo, porque no podía cumplir por estar pendiente de sus hijos y su compañera mientras permanecía hospitalizada.(...), yo sé que ella sigue enferma.(...)”

Y la declaración del señor Cabo Segundo CARCAMO PARRA JORGE³⁰, quien al respecto señaló:

El soldado fue trasladado a la Brigada Móvil 13 de Puerto Asís Putumayo, al parecer por una discusión que tuvo con la señora esposa de un Coronel en la ciudad de Bogotá, el Soldado Rincón Perilla llegó al Batallón de Combate Terrestre No. 87 “Pedro Raúl Colmenares Rincón”, a principios del mes de diciembre de 2011, cuando se encontraba de Comandante de Batallón el Mayor CAMILO ANDRÉS PEÑA CARVAJAL, el soldado se encontraba en el Departamento del Caquetá, donde estaba ubicado el Batallón de la Brigada Móvil 13, al cual fue agregado operativamente, yo fui a remplazar a un cabo en la Sección del S1, recibí la oficina como tal, cuando me llaman de Florencia, Caquetá del Fuerte Militar Larandia, cuando me dijeron que fuera a pasarle revista a la esposa del Soldado Profesional PERILLA RINCÓN WILLIAM, a ver si era cierto que estaba enferma porque el soldado había comentado la situación especial a mi mayor pero él no le creía, (...), y si era cierto que estaba enferma con una hemorragia, lleve a la señora al médico y precisamente estaba embarazada según exámenes médicos ella tenía una anemia, yo le comenté al encargado del S1 que si era cierto que le dieran permiso al soldado.(...), después de las vacaciones de la compañía no volvió a presentarse al Batallón, (...)ni se comunicó conmigo”

Así mismo, se destaca el auto que resuelve la situación jurídica del actor, en donde se cesa el procedimiento, dentro de la Investigación No. 1020-2012, proferido por el Juzgado Sesenta y Siete de Instrucción Penal Militar C06-CEC-BRIM9-BRIM27-BRIM36-BICAZ-BAEEV 19, de San Vicente del Caguan, Caquetá, de fecha 26/08/2013³¹, señalando:

“(…), en el tipo bajo estudio se debate, para configurarse plenamente, verifica que el abandono del servicio, como es el del caso del SLP RINCÓN PERILLA, se haya producido en el área de operaciones o en desarrollo de una operación militar, y si estudiamos minuciosamente el contenido del plenario, se puede observar que el soldado profesional no estaba en el área de operaciones ni en desarrollo de una operación militar, sino que se encontraba atendiendo una calamidad de índole familiar, al sentirse llamado a atender a su esposa por una afección cancerígena que padecía, que si bien es cierto o no, lo cierto es que el soldado RINCÓN salió con permiso de la unidad y que luego cumplido este, fue que el soldado profesional tomó la decisión de no volver

(...)

Es decir, y recalca es Despacho, se requiere para que se configure totalmente el tipo, que el soldado profesional este o haya estado en campaña o en operación militar, y al decantar lo obrante en el sub judice, solo se tiene que el optó por abandonar el servicio luego de permanecer más de 45 días por fuera de la unidad militar, atendiendo una calamidad familiar, o sea, no estaba ni de campaña ni en desarrollo de una operación militar (...)

También se allegó al expediente, la declaración rendida por el teniente MORALES CELY HERMES GABRIEL, el día 23/08/2013, en virtud del Despacho Comisorio enviado por el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar³², señalando:

“(…)En el área de operaciones en el mes de enero del 2012, el soldado me informó que tenía una calamidad familiar correspondiente a una enfermedad de la esposa que si le podía colaborar para salir a solucionarla, el soldado se sacó del área de operaciones desde el sector del para hasta el sector de la Larandia y el comandante del Batallón le autorizó 15 días de permiso, para solucionar su problema en el transcurso de los 15 días el soldado llama a mi Mayor vía telefónica y le pide más permiso en vista que la esposa no presentaba mejoría, a lo cual mi Mayor le responde que arranque con su mes de vacaciones nuevamente el soldado se comunica con mi Mayor y le informa que el Jefe de Recursos Humanos del Ejército lo va a apoyar con un traslado en razón a la situación de la esposa, mi Mayor le

³⁰ Fol. 288-290 del cuaderno principal 1

³¹ Fol. 627-636 del cuaderno 3 ppal y 7655-773 del C 4 ppal del expediente.

³² Fol. 797-800 del C 4ppal del expediente

ordena que no hay ningún problema que se presente en Puerto Asís y comenta la situación al Comandante de la Brigada Móvil No. 13, el soldado se presenta en Puerto Asís y le dice a mi Coronel que mi Mayor lo envió por un traslado que lo va apoyar omitiendo que él ya había hablado con el Jefe de Recursos Humanos del Ejército cosa que mi Coronel comandante de la Brigada Móvil ya sabía, al notar la falta de verdad del soldado donde le oculto al comandante de la Brigada la verdad de los hechos le ordenó presentarse en Larandia y continuar trabajando con el Batallón a lo cual el soldado no hizo porque nunca se presentó en Larandia. (...), El soldado es profesional no conozco realmente cuales fueron las causas pero se supone que era por la enfermedad de su esposa. (...), pues yo creo que lo que lo llevó a dejar el Ejército fue el estado de salud de la esposa. (...)"

De conformidad con lo anterior, para el Despacho es claro que las circunstancias que llevaron al ausentismo del señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA de su cargo de Soldado Profesional del Ejército Nacional se generaron como consecuencia de la enfermedad y síntomas que presentaba su compañera permanente³³, tal como se destaca de la declaración del señor Cabo Segundo CARCAMO PARRA JORGE³⁴ al interior del proceso disciplinario seguido en contra del actor, al manifestar (...), y si era cierto con una hemorragia que la lleve al médico y precisamente estaba embarazada según exámenes médicos ella tenía una anemia, aunado a ello, dicha situación también se destaca del informe administrativo de fecha 06/03/2012³⁵, es decir, que, para los superiores del actor, era de conocimiento la calamidad familiar que éste se encontraba padeciendo, situación que se acompaña con la declaración rendida por el teniente MORALES CELY HERMES GABRIEL³⁶, al interior del proceso penal que se le adelantó al actor, al indicar que el accionante le comunicó la existencia de una calamidad familiar correspondiente a la enfermedad que padecía la esposa.

Así mismo, se encuentra probado que los permisos solicitados por el actor no eran a capricho de este sino con el fin de procurar a su compañera permanente³⁷ la señora MARISOL GÓMEZ ALAPE, quien fue diagnosticada³⁸ el 21 de febrero del año 2012 con LESIÓN DE EXOCERVIX LESIÓN INTRAEPITELIAL DE BAJO GRADO ASOCIADO CON INFECCIÓN POR VIRUS DEL PAPILOMA HUMANO, que según la literatura³⁹ médica consiste en: *“lesión escamosa intraepitelial de grado bajo Se encuentran células ligeramente anormales en la superficie del cuello uterino. La lesión escamosa intraepitelial de grado bajo es causada por ciertos tipos de virus del papiloma humano (VPH) y es un hallazgo anormal común en la prueba de Pap. Con frecuencia, desaparece por sí sola sin necesidad de tratamiento, pero, algunas veces, las células anormales se vuelven cancerosas y se diseminan al tejido normal cercano. La lesión escamosa intraepitelial de grado bajo se llama, a menudo, displasia leve. También se llama LSIL.”*

Situación médica que se aparejaba con los padecimientos que ésta había presentado conforme su historia clínica la cual reposa en el expediente con múltiples atenciones en el Dispensario Norte de Sanidad del Ejército Nacional, conforme se observa a folios 476-480 del cuaderno 3 del expediente, aunado a ello, es del caso señalar que la señora GÓMEZ ALAPE, recibió más atenciones médicas, y tan solo hasta el día 31/05/2012, le fue confirmado de manera negativa el diagnóstico de cáncer de cuello uterino que había realizado su médico tratante, luego de la realización de los exámenes ordenados, tal como se evidencia a folio 492 del cuaderno 3 del expediente, así mismo se destaca, que ésta presenta múltiples atenciones a urgencias por hemorragias vaginales siéndole diagnosticado varices uterinas. (Fol. 492-494-505, 509-510 del C ppal. 3 del expediente).

Por lo tanto, se evidencia, que efectivamente el actor debía presentarse luego de su permiso y su periodo vacacional, esto es, tal como lo indica él en su versión libre el día 17/02/2012, no obstante la situación presentada impidió que éste lo hiciera, por tanto, su ausentismo no se debió en ningún momento como se le calificó por el Comandante de la Compañía C del BACOT 87, como de mala conducta, por el contrario, su ausentismo se debió a una circunstancia de fuerza mayor, que se debió al estado médico de su esposa y a la imposibilidad de dejar a la deriva a sus menores hijos quienes para la época contaban con 18 meses y 5 años edad, conforme los registros civiles de nacimiento visibles a folios 215-216 del cuaderno 1 del expediente.

³³ De las pruebas allegadas al expediente, se logró probar la calidad de la señora MARISOL GÓMEZ ALAPE, pues tanto en las declaraciones rendidas por las partes al interior del proceso penal que la reconocen como tal, así mismo en el formato de datos biográficos, visible a folios 194-196 del C1 del expediente, se indica que la señora GÓMEZ ALAPE es su esposa., encontrándose acreditada su calidad, y a folios 218-220 del C1 del expediente, reposa acta de Audiencia de Conciliación No. 8080-210 en donde se declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho entre el actor y la señora GÓMEZ ALAPE.

³⁴ Fol. 288-290 del cuaderno principal 1

³⁵ Fol. 175-176 del cuaderno 1 del expediente

³⁶ Fol. 797-800 del C 4ppal del expediente

³⁷ De las pruebas allegadas al expediente, se logró probar la calidad de la señora MARISOL GÓMEZ ALAPE, pues tanto en las declaraciones rendidas por las partes al interior del proceso penal que la reconocen como tal, así mismo en el formato de datos biográficos, visible a folios 194-196 del C1 del expediente, se indica que la señora GÓMEZ ALAPE es su esposa., encontrándose acreditada su calidad, y a folios 218-220 del C1 del expediente, reposa acta de Audiencia de Conciliación No. 8080-210 en donde se declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho entre el actor y la señora GÓMEZ ALAPE

³⁸ Fol. 223 del cuaderno 1 del expediente.

³⁹ <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/lesion-escamosa-intraepitelial-de-grado-bajo>

Es de señalar que los respectivos comandantes tanto de la Compañía a la que pertenecía como del Batallón del cual era orgánico y la Brigada Móvil 13, conocían perfectamente la situación del actor, es decir, para ellos no era ajena la condición de salud de la esposa la señora MARISOL GÓMEZ ALAPE, (pues es de recordar que el comandante del BACOT 87, ordenó que otro miembro de la institución se cerciorara de la condición médica de su esposa)⁴⁰ situación que fue ignorada de manera caprichosa por éstos, pues se evidencia la falsa motivación en la que incurrió la administración en la producción del acto administrativo que ordenó el retiro del señor RINCON PERILLA de la Institución, adecuando de manera forzosa la causal objetiva del numeral 1, literal b, del artículo 8 del Decreto 1793 de 2000, sin que la misma se encontrara probada.

Ahora bien, el Despacho percibe que, atendiendo los antecedentes del actor, se evidencia que su retiro se debió en principio a un castigo impuesto por sus superiores por el altercado sostenido con la esposa de un oficial, cuya consecuencia fue su traslado de la ciudad de Bogotá al Municipio de Puerto Asís Putumayo, tal como se destaca de la declaración del señor Cabo Segundo CARCAMO PARRA JORGE⁴¹.

Ahora bien, para el Despacho se encuentra más que probada la existencia de la fuerza mayor en el ausentismo del actor a su lugar de trabajo, pues es de recordar que la norma establece que habrá retiro absoluto cuando no asista por el término de más de 10 días sin justa causa, configurándose en el presente caso la justa causa como ya se advirtió en párrafos anteriores.

Aunado a lo anterior, genera extrañeza al Despacho que dentro de las pruebas allegadas al expediente por parte de la entidad demandada, que no exista una sola anotación en la cual se indique que por parte de éstos se procedió a la búsqueda del señor RINCON PERILLA, ni que se haya intentado comunicar con éste para efectos de corroborar el porqué, de su inasistencia, simplemente la entidad tomó por cierto su deseo de retirarse de la institución sin importarle las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Así mismo se evidencia que la Institución Castrense ante la situación generada al actor y pese a que éste solicitó su traslado a la ciudad de Bogotá, pues no adelantó ningún trámite tendiente mitigar un poco su calamidad familiar, y contrario a brindar un apoyo prefirió retirar al actor de su servicio activo, desconociendo no solo los derechos del servidor público a un traslado, sino que vulnerando también los derechos de sus menores hijos a la unidad familiar, tal como lo indicó la Consejo de Estado en sentencia del 27/04/2017⁴², al referirse al respecto de los derechos de los menores y de los tramites de las entidades para generar ambientes seguros a sus empleados o servidores⁴³, situación que evidentemente en el caso objeto de estudio no se presentó.

Así las cosas, es claro que la intención primera del señor WILLIAM ENRIQUE no era la de abandonar su cargo de Soldado Profesional, de ahí a que haya solicitado apoyo de sus comandantes en repetidas ocasiones permisos y ser trasladado a la ciudad de Bogotá, con el fin de atender el

⁴⁰ Declaración del señor Cabo Segundo CARCAMO PARRA JORGE

⁴¹ Fol. 288-290 del cuaderno principal 1

⁴² Consejo de Estado, sección segunda, radicado 05001-23-33-000-2017-00349-01(AC)

⁴³ Unidad familiar. Un derecho fundamental. La protección a la unidad familiar tiene sustento en la Constitución Política, en particular, en los artículos 15, 42 y 44 que reconocen la inviolabilidad de la intimidad familiar, la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia de modo que se sanciona cualquier forma de violencia que la destruya y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, respectivamente. Sobre ello, la Corte Constitucional ha mantenido su posición en relación a que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental de los menores y de los adultos que genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos⁴³.

Y además ha reconocido que como derecho fundamental tiene una faceta prestacional que se materializa en la obligación constitucional del Estado de diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar⁴³.

A propósito en sentencia T-1175 de 2005, la Corte precisó que: « son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario.

De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que confiere la Constitución a la protección de la familia.»

En ese sentido la obligación de las entidades estatales como las Fuerzas Militares es proteger la unidad familiar de sus integrantes, así, cualquier actuación contraria deberá ser rechazada y será susceptible de control por parte del juez de tutela quien tendrá la función de salvaguardar ese derecho que se encuentra directamente relacionado con el principio de interés superior de los niños.

padecimiento médico que presentaba su señora esposa, situación desafortunada que generó en que se haya solicitado su retiro definitivo del Ejército Nacional.

Por lo anterior, es claro que existió una verdadera casusa que le impidió el regreso del actor a sus funciones tal como se advirtió en precedencia, y, por lo tanto, se declarara la nulidad parcial del acto demandado, como quiera que se logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba la OAP No. 1363 de fecha 04 de mayo de 2012, por medio de la cual se retira del servicio activo como soldado del Ejército Nacional al señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA.

Por lo que se ordenará el reintegro del señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA, al cargo de Soldado Profesional del Ejército Nacional que venía desempeñando al momento de su retiro, o a uno de igual o mayor jerarquía, reconociendo el pago de todas las prestaciones sociales, y demás emolumentos salariales propios de los soldados profesionales dejados de percibir, desde que fue retirado del servicio y hasta que se haga efectivo su reintegro, todo esto, declarando que no existió solución de continuidad, previa las deducciones por parte de la Entidad de los descuentos de Ley, a que haya lugar.

Las sumas que resulten se actualizarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y se ajustarán teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, entre el índice inicial vigente a la fecha en la que debió hacerse el pago.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada diferencia de mesada, en cada uno de los procesos.

7. COSTAS DEL PROCESO.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365⁴⁴ numeral 5 del CGP, aplicable por remisión expresa en virtud del artículo 188 del CPACA, el Despacho condenará en costas en esta instancia, en el 2% de la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia a la parte vencida en esta sentencia. Para efectos de la tasación de agencias en derecho, se seguirán los parámetros establecidos en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio del 2003, del C.S. de la Judicatura.

8. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo demandado contenido en la OAP No. 1363 de fecha 04 de mayo de 2012, por medio del cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al Soldado Profesional WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN-MINDEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** el reintegro del señor **WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA** al Ejército Nacional en un cargo de igual o superior jerarquía en el cual pueda desempeñar funciones como soldado profesional, sin solución de continuidad.

TERCERO: RECONOCER al señor **WILLIAM ENRIQUE RINCÓN PERILLA** el pago de salarios y emolumentos adeudados desde la fecha de retiro hasta la fecha en que sea reintegrado a la institución militar.

⁴⁴ **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(...)5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
(...)"

CUARTO: Las sumas que se reconozcan a favor de los demandantes serán ajustadas en la forma como se indica en la parte motiva de esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice inicial}}{\text{Índice final}}$$

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

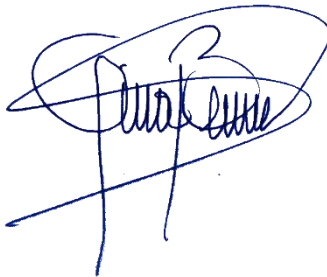
SEXTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho en esta instancia, en el 2% de las pretensiones reconocidas en la sentencia a la entidad pública vencida en esta sentencia, de conformidad al Acuerdo No. 1887 del 26 de junio del 2003, del C.S. de la Judicatura.

SÉPTIMO: ORDENAR que la sentencia se cumpla de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.

OCTAVO: Notificar la presente decisión en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente decisión **ORDÉNESE** expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoriada, en los términos del artículo 114 del C.G.P., para efectos de obtener su cumplimiento y procédase a realizar las anotaciones en el programa siglo XXI, archívese el expediente previa liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez