

Honorables Magistrados

CONSEJO DE ESTADO

E. S. D.

Ref.: **ACCION DE TUTELA**

DE: **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA**

CONTRA: **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA y JUZGADO 11º
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**

HELENA MARGARITA PIÑEROS OSORIO, mayor y vecina de la ciudad de Ibagué Tolima, identificada con la cédula de ciudadanía Numero 1.110.448.502 de Ibagué Tol, Abogada en ejercicio, portadora de la T.P. 164.516 del C.S de la J., actuando en nombre y representación de **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA**, identificado con la C.C. 93.448.370 De Chaparral, conforme al poder adjunto a la presente, por medio del presente escrito y con mi habitual respeto, manifiesto **A LOS HONORABLES MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO**, que interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, con el fin de que se Tutelen los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO Y A LOS DEMÁS QUE DE OFICIO PRECISE Y ADVIERTA LA HONORABLE CORPORACIÓN**, por tanto alego la existencia de una **CAUSAL GENERICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAS SENTENCIAS JUDICIALES** por parte del **JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, en la Sentencia de fecha 29 de junio de 2016 y por parte del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, en Sentencia de Segunda Instancia de fecha 7 de octubre de 2020, debidamente notificada y ejecutoriada el día 9 de febrero de 2021, **providencias proferidas dentro del Medio de Control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, instaurado por mi poderdante CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, acción constitucional que fundamento en los siguientes:

I. HECHOS

PRIMERO: Mi poderdante junto con su núcleo familiar entablo Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, el día 8 de febrero de 2013.

En resumen los elementos fácticos y jurídicos del medio de control radicado son los siguientes:

- Mi Representado señor **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA**, ingreso a la Carrera de Suboficial del Ejército Nacional, el día 1º de Septiembre de 1990, en el grado de Cabo Segundo.

- El señor **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA** estando en servicio activo, es condenado por cuenta del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Ibagué, el día 09 de Julio de 2004, a pena privativa de la libertad, sentencia esta que fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Ibagué, el día 02 de Febrero de 2006, la cual quedo plenamente ejecutoriada el día 26 de septiembre de 2007, tal como se prueba con los reportes arrojados por la página web de la rama judicial.

Como miembro activo del ejército nacional, cumplió totalmente con la pena impuesta y recupero sus derechos civiles, conforme lo certifica el auto de fecha 01 de Septiembre de 2011, emitido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Ibagué.

- Posterior al cumplimiento de la Sanción Penal impuesta, y dando continuidad a su carrera militar, éste es ascendido al Grado de Sargento Primero el día 31 de Agosto de 2007 y posteriormente es llamado a curso de ascenso a Sargento Mayor, con sus demás compañeros de promoción, este llamamiento a curso de ascenso fue notificado mediante un radiograma enviado a la unidad donde desarrollaba sus labores el suboficial.
- El día 30 de Mayo de 2012, por una llamada telefónica realizada por el Jefe de Personal del Batallón de Apoyo y Servicio para el Combate No. 6, de la ciudad de Ibagué, unidad está a la que pertenecía, se le entera de su separación absoluta del Ejército Nacional.
- El Batallón de ASPC No. 6, realiza la Notificación Personal el día 1º de Junio de 2012, y se le hace entrega de una copia simple de la Resolución No. 0810, de 30 de mayo de 2010, donde el jefe de recursos humanos del Ejército Nacional, **aclarara** la resolución 0685 de 7 de mayo de 2012.

Es importante aclarar, que en el momento en que se hace la entrega de la copia simple de la Resolución 0810 del 30 de Mayo de 2012, mi poderdante **desconocía totalmente la existencia de la Resolución 0685 del 07 de Mayo de 2012** y había laborado normalmente durante el mes de Mayo de 2012.

- La notificación en debida forma de la resolución 0685 del 7 de mayo de 2012, se realiza solo hasta el día 25 de julio de 2012, una vez surtida la notificación se interpusieron dentro de los términos legales los recursos del procedimiento administrativo, sin que el Acto Administrativo recurrido hubiese sido modificado o revocado por el EJERCITO NACIONAL.
- La Resolución 0685 del 7 de mayo de 2012, cimento la motivación de la "Separación Absoluta", en el Art. 111 y 113 del Decreto 1790 del 2000.

SEGUNDO: El medio de control radicado correspondió inicialmente al JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, que por auto de fecha 27 de septiembre de 2013, la admitió y le imprimió el trámite correspondiente.

Posteriormente y por medidas de descongestión judicial, el referido proceso fue trasladado en primer lugar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ y posteriormente ante la creación de

Despachos Judiciales permanentes, se trasladó el Medio de Control al recién creado JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ.

El señalado despacho judicial, luego del rito correspondiente, emitió sentencia de primera instancia el día 29 de junio del año 2016, en dónde se negaron las pretensiones de la demanda.

La sentencia emitida fue debidamente recurrida en apelación, por parte del apoderado judicial ante el Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA.

TERCERO: El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, una vez realizado el trámite de instancia, procedió a emitir sentencia de segunda instancia CONFIRMANDO con argumentos diferentes el fallo de primera instancia, el día 7 de octubre de 2020, el cual fue notificado a las partes a través de correo electrónico el día 20 de octubre de 2020 y cobro ejecutoria en debida forma el día 9 de febrero de 2021.

CUARTO: El expediente contentivo del medio de control al que se ha venido haciendo referencia, se encuentra en el Despacho del JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, en el trámite de liquidación de las costas procesales.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS, JURIDICOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL.

Debe tener en cuenta la magna corporación, que conforme lo prevé el Art. 86 de la C.P. y lo desarrolla el Decreto 2591 de 1991, la Acción de Tutela es un medio de protección inmediato de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos y tiene por objeto, el cumplimiento de las garantías reconocidas en la Carta Política de 1991, como pilar fundamental del Estado de Derecho.

Aunado a lo anterior, también se debe resaltar, que en principio la Acción Tutelar, esta prescrita para por el Art. 1º del Decreto 2591 de 1991, para la protección de los derechos fundamentales, que por acción u omisión vulneren *todas las autoridades públicas*, es decir, son susceptibles de ser accionadas todas las autoridades nacionales y personas de derecho privado que desempeñen funciones públicas.

Pero tratándose de autoridades judiciales, debe decirse, que la procedencia de la Acción de Tutela contra sus decisiones, no ha sido un asunto del todo pacífico. Solo después de una larga evolución jurisprudencial, se ha llegado a una unificación de criterios al respecto, que conforta una tesis de procedencia *excepcional* de esta clase de acciones de Tutela.

Para ilustrar el tema, me permitiré citar un aparte de un importante pronunciamiento del Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que al respecto sostuvo:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, Consejero Ponente (E): ALBERTO YEPES BARREIRO, 12 de Febrero de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00747-01 Accionante: Jairo Moncaleano Perdomo. Accionado: Sección Tercera del Consejo de Estado y otro.

(...)

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Esta Sección, mayoritariamente, venía considerando que la acción de tutela era improcedente cuando se dirigía contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, asuntos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

*Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012 **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.*

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En la parte motiva se dijo sobre el particular:

“se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos [los fundamentales], observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.” (Negrilla fuera de texto)

A partir de ese fallo de la Sala Plena, la Corporación modificó su criterio sobre la improcedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, estudia las que se

presenten contra providencia judicial para analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente como expresamente lo indicó la decisión de unificación.

(...)

Esta posición jurisprudencial consolidada y ya pacífica del Máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tiene su génesis en la Jurisprudencia que juiciosamente se ha edificado por parte de la Honorable Corte Constitucional, que ha abordado ampliamente el tema, lo ha desarrollado y ha realizado un excelente compendio en una sentencia de Unificación Jurisprudencial, que sienta las pautas de interpretación y análisis de los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, pronunciamiento que me permitiré citar *in extenso*, para cimentar la tesis de procedencia de la presente acción constitucional:

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, SENTENCIA SU-198 DEL 11 DE ABRIL DE 2013, REFERENCIA EXPEDIENTE: T-3258107, M.P. DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.-

(...)

**4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
Reiteración de jurisprudencia**

*Esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela procede excepcionalmente contra sentencias y providencias emitidas por los jueces de la república en virtud del artículo 86 Superior que, al consagrar la acción de tutela, previó expresamente que ella puede ser elevada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de **cualquier autoridad pública**” (negrilla fuera del texto).*

Sin embargo, ha subrayado que para salvaguardar la autonomía judicial y la seguridad jurídica, principios que también ostentan relevancia constitucional y que pueden verse afectados por la revisión en sede de tutela de los fallos judiciales, en estos casos el amparo procede solo cuando se reúnen estrictos requisitos contemplados en la jurisprudencia. En efecto, en numerosos fallos y, en especial, en la sentencia C-590 de 2005, la Corte estableció las causales de orden general y especial que debe examinar el juez constitucional para determinar si la acción de tutela procede como mecanismo de protección frente a la decisión adoptada por otro juez.

4.1. En primer lugar, ha dicho la Corte que la tutela procede únicamente cuando se verifica la totalidad de los requisitos generales de procedibilidad que se mencionan a continuación:

- (i) “Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (...)*
- (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(...)*

- (iii) *Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (...)*
- (iv) *Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)*
- (v) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(...)* y
- (vi) *Que no se trate de sentencias de tutela (...)*”.

Solo cuando la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado este examen de forma completa, puede el juez constitucional entrar a analizar si en la decisión judicial se configura al menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad.

4.2. Los requisitos especiales de procedibilidad, no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el aspecto nuclear de los cargos elevados contra la sentencia. La citada providencia C-590 de 2005 sintetizó de la siguiente forma las causales especiales de procedencia. Estas son:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
- h. Violación directa de la Constitución.”*

Así las cosas, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales no está relacionada con la jerarquía del juez que emite la sentencia, sino que depende de la verificación de la configuración de todos los requisitos generales y, al menos, de una causal específica de procedibilidad. De este modo se protegen los elevados intereses constitucionales que se materializan en la ejecutoria de las providencias judiciales, al tiempo que se garantiza el carácter supremo de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

(...) (Negrillas y Subrayas a margen de texto).

Aplicadas estas premisas jurisprudenciales al caso sometido a estudio, debe decirse, que se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, como se pasará a explicar:

i) *El asunto sometido a estudio tiene plena relevancia constitucional, puesto que se está vulnerando el Derecho Fundamental al Debido Proceso que tiene el aquí accionante **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA** como **conciudadano**, garantías que como se sabe son de naturaleza constitucional y constituyen unas de las bases, para hacer efectivos otros derechos fundamentales.*

Además, no se puede dejar de lado, que las providencias judiciales que se acusan de trasgresoras de los derechos fundamentales, son expedidas en el interior de un proceso de judicial, que reviste mayor importancia, puesto que fue instituido por el constituyente para garantizar el goce y disfrute de las garantías propias del estado social de derecho y además permiten materializar los fines y objetivos del Estado contenidos en la Carta Política, lo anterior bajo los postulados de acceso a la Administración de Justicia e igualdad.

ii) *En el presente asunto se agotaron todos los medios de defensa judicial, que estaban al alcance del aquí accionante, puesto que las decisiones desfavorables devienen de los recursos ordinarios interpuestos oportunamente. Lo anterior hace concluir el agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial.*

iii) *Que se cumpla con el requisito de inmediatez, en el caso sometido a estudio, debe decirse que la última decisión adoptada por el Despacho accionado, donde adquirieron firmeza las decisiones reprochadas, quedo ejecutoriada en el 9 de febrero de 2021, es decir, al momento de la radicación de esta tutela, no ha trascurrido un tiempo desproporcionado para cuestionar la constitucionalidad de las decisiones judiciales.*

iv) *Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; en el presente asunto, como se sustentara con suficiencia en el siguiente punto, los serios yerros en los que incurrieron las autoridades judiciales accionadas, fueron trascendentales en las decisiones de fondo adoptadas, todo ello en perjuicio de los derechos fundamentales de mi representado.*

v) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; en el acápite siguiente, se identificaran puntualmente los hechos y*

omisiones de las autoridades accionadas que constituyen la vulneración, así como los derechos fundamentales conculcados, aunado a ello, se resaltara que con las pruebas adjuntas y que obran en el proceso judicial, como se puede dilucidar, que tales transgresiones de índole constitucional, fueron oportunamente alegadas en el proceso, sin que fueran corregidas por los aquí accionados.

vi) *En el presente asunto, no se controvierten decisiones de tutela.*

Cumplidos como se encuentran los **requisitos generales** de procedibilidad de la Acción de Tutela, analizaremos en seguida las causales específicas invocadas y que le dan viabilidad a la presente acción de Tutela.

➤ **DEFECTO SUSTANTIVO O MATERIAL, COMO UNA DE LAS CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD ESPECIFICA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA.-**

En este acápite de manera detallada y puntual, la suscrita apoderada judicial, expondrá como con su actuar los Despachos Judiciales accionados, trasgredieron los Derechos Fundamentales del aquí accionante, esto al realizar una indebida interpretación y por ende aplicación de las normas que regulan el caso concreto, que conllevaron a unas providencias judiciales arbitrarias, caprichosas y ajenas a la realidad procesal.

En primer lugar a definirse el Defecto Sustancial, para ello resulta imperioso traer a colación un importante pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia, que al respecto señalo:

CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-781 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2011, M.P. DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.-

4. Defecto sustantivo o material.
(...)

En este sentido, como ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la

*cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.
(Negritas y Subrayas a margen de texto)*

Para develar la vulneración alegada, debe tenerse en cuenta, que al medio de control referenciado, se arrimaron los medios de prueba idóneos, que permitieron tener por demostrados los siguientes hechos relevantes para la presente acción, tal como se desprende de la misma sentencia de segunda instancia:

1. El aquí accionante señor **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA**, se desempeñó como Suboficial del Ejército Nacional, desde el día 1º de Septiembre de 1990 hasta el día 30 de mayo de 2012.
2. El retiro del Suboficial aquí demandante, se produjo a través de la Resolución 0685 del 7 de mayo de 2012, aclarada mediante la Resolución 0810 del 30 de mayo de 2012.
3. El acto administrativo de retiro del uniformado se fundamentó, en la causal establecida en el Art. 111 y desarrollada mediante el Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, esto es Separación Absoluta de la Fuerza.

Expuesto lo anterior, resalta la suscrita apoderada, que en el presente asunto las decisiones judiciales vilipendiadas, adolecen de la siguiente modalidad de Defecto Sustantivo o material: *“(ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance”*; Las acusaciones esbozadas, las sustento de la siguiente manera:

1. **“(II) A PESAR DEL AMPLIO MARGEN INTERPRETATIVO QUE LA CONSTITUCIÓN LE RECONOCE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES, LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN QUE SE HACE DE LA NORMA EN EL CASO CONCRETO, DESCONOCE SENTENCIAS CON EFECTOS ERGA OMNES QUE HAN DEFINIDO SU ALCANCE”**.
- **Del Fallo de Primera Instancia de fecha 29 de junio de 2016, proferido por el JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DE IBAGUÉ.**

Cómo punto de partida en el presente asunto se debe tener, que las razones expuestas por el funcionario fallador de primera instancia para emitir el fallo correspondiente, se cimientan principalmente en dos aspectos, los dos totalmente contradictorios, abiertamente caprichosos y sin soporte legal válido.

En primer término, el argumento el *A quo* se enfiló a sostener de manera oficiosa (porque no fue alegado como argumento defensivo por la entidad demanda), que el Ejército Nacional solo conoció de la sentencia condenatoria con el oficio penal No. 1972 del 20 de marzo de 2012, adicionando que no se tiene certeza cuando se

radico dicho oficio¹.

Este argumento defensivo creado por el fallador de primera instancia de manera sorpresiva en su sentencia, carece de cualquier apoyo factico y probatorio, puesto que dentro del escenario procesal se observa, que ni la misma entidad demandada se atrevió a asegurar y por ende acreditar tal circunstancia. La tesis defensiva fabricada por el funcionario de instancia, riñe con la realidad que fue debidamente acreditada en el proceso, puesto que de las pruebas recaudadas se puede observar que mi prohijado cumplió la condena impuesta dentro de las filas de la institución castrense y contrario a lo que tuvo por acreditado el Despacho de primera instancia, se puede validar que la dirección de personal de la demandada, emitió órdenes y actos administrativos para el cumplimiento de la pena impuesta al uniformado, cayéndose por su propio peso el creativo argumento fabricado por el juez de instancia.

Ahora bien, como factor de vital importancia, el fallador de instancia en las mismas conclusiones vertidas en la Pagina 20 de su fallo, asevera con total certeza que la Sentencia Condenatoria emitida contra el aquí accionante TRUJILLO PAVA, quedo ejecutoriada una vez quedo en firme el auto del 26 de septiembre de 2007, con lo que se deja ver claramente, que para el Despacho de instancia, si existía certeza sobre el momento en que se debía empezar a computar el termino establecido en el Art. 113 del Decreto 1790 de 2000.

Pero el aspecto donde quizás se avizora mas latentemente la trasgresión del derecho fundamental al debido proceso del demandado, por un desconocimiento e inaplicación de la norma que debía servir de base para tomar la decisión, se observa en el numeral 3.7.1.4 denominado "Contraargumentos", donde textualmente el fallador indica:

3.7.1.4. Contraargumentos

Ahora bien, en gracia de discusión podría sostenerse que el computo del término debería realizarse a partir de la ejecutoria del auto del 26 de septiembre de 2007, en el cual se inadmitió la demanda de casación y que en consecuencia el retiro del actor se produjo casi cinco (5) años después que quedó ejecutoriada la sentencia penal y en consecuencia se generó la falta de competencia temporal y que deben anularse los actos acusados.

Al respecto, tanto la sentencia de la sección segunda y quinta del Consejo de Estado, expuestas con anterioridad, han sido contundentes en el sentido que el vencimiento del término no es causal para anular un acto administrativo y además por la naturaleza del mismo, su vencimiento no genera la mencionada causal, pues si así se interpretara se llegaría a extremos no queridos por el ordenamiento jurídico, donde una persona que cometió un delito gravísimo que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública, se ordenaría su reintegro por no haberse dispuesto su retiro en tiempo.

¹ Sentencia JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, del 29 de junio de 2016. Dte: CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA Vs MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL. Pag.: 20.

Adicionalmente, de acceder a las pretensiones, se estaría enviando un mensaje negativo a los integrantes del Ejército, pues se estaría debilitando la ética y desestimando el comportamiento ejemplar de la tropa, aspectos que como se señaló con anterioridad viene trabajando el Ejército Nacional.

Finalmente, frente a la sentencia del Consejo de Estado que se expuso como sustento de las súplicas de la demanda, no puede perderse de vista que en esa sentencia, se trató del caso de un uniformado de la Policía Nacional que fue sorprendido en estado de embriaguez en momentos que se encontraba en servicio, conducta que es menos grave que la del demandante, que fue condenado por dirigir un grupo de hombres armados con el fin de efectuar limpieza social, que es una conducta gravísima reprochada por el ordenamiento jurídico.

Se vislumbra que cuando el *A quo* afirma, que: “*en gracia de discusión podría sostenerse que el cómputo del termino debería realizarse a partir de la ejecutoria del auto del 26 de septiembre de 2007*”, desconoce de manera arbitraria e injustificada el contenido literal de la norma, esto es el Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, ya que de la simple lectura de la referida normativa, se puede extraer que esto no ofrece ninguna discusión, ni contempla circunstancias de excepción o inaplicación que puedan llevar al juez de manera deliberada a desconocer abiertamente su contenido.

Pero como si lo anterior no fuera lo suficientemente grave, se observa que acto seguido el Despacho de instancia sin soporte legal alguno, entra a justificar la inaplicación de la norma, soportándose para ello en una valoración subjetiva de la conducta delictiva por la que fue enjuiciado el demandante.

De manera abiertamente irresponsable, el Juzgado de Primera Instancia, entra a invadir la competencia y esfera del Juez Penal y procede a valorar la conducta delictiva que ya fue valorada y enjuiciada por otro Juez de la Republica, como Gravísima e indigna de un miembro de la fuerza pública y además señala que si se le diera aplicación a la norma aplicable (Art. 113 del Decreto 1790 de 2000), se le estaría enviando un mensaje negativo a la tropa, argumento este que ni siquiera reposa en los actos administrativos demandados, ni en la contestación de la demanda y argumentos defensivos de la entidad demandada.

Y para rematar su conclusión, inaplica el precedente jurisprudencial, esbozando un simple argumento de siete líneas donde de una manera anti técnica, entra a valorar una conducta como “menos grave” que la otra, calificativo que carece de un soporte técnico, normativo y jurisprudencial.

En suma se tiene que el *A quo*, desconoció abiertamente el contenido del Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, basándose para ello en valoraciones subjetivas que carecían de un soporte factico, técnico y jurídico, dejando de lado, que la normativa que decidió inaplicar, es un precepto de índole laboral, que se reviste de la legalidad que invoca el Art. 29 y 53 de la Constitución Política de nuestro País.

Adicionalmente, y como refuerzo del argumento se debe tener, que del contenido literal de la norma multicitada (Art. 113 del Decreto 1790 de 2000) se puede deducir lógicamente, que no se deja un espacio interpretativo o deliberativo de la aplicación a casos concretos, permitiéndose a la autoridad competente proceder a morigerar o inaplicar la norma, por valoraciones subjetivas tales como la gravedad del delito que trajo consigo la condena, la buena conducta del militar a quien se le debe aplicar la norma, el buen mensaje que ética y moral que se le debe enviar a la tropa, etc., contrario a ello se avizora que el legislador acompañó al Artículo el imperativo "**debiendo ordenarse en todos los casos** dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva" (Negrilla y Subrayas a Margen de Texto), lo que permite concluir sin lugar a yerro alguno, que el querer del legislador fue no permitir excepción alguna a la aplicación de la regla normativa.

- **Del Fallo de Segunda Instancia de fecha 7 de octubre de 2020, proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA.**

Sobre el aspecto analizado en este punto específico, esto es el "Defecto Sustantivo o Material", se tiene que aunado a los argumentos esbozados contra el fallo de primera instancia, que en gran parte fueron validados por el *Ad quem*, se deben agregar otros, ante un argumento adicional expuesto por Tribunal accionado, para desconocer e inaplicar el contenido del Art. 113 del Decreto 1790 de 2000.

Al respecto se dijo²:

(...)

Pese a que en la disposición legal antes transcrita se establece un lapso de 30 días para que las autoridades correspondientes dispongan la separación absoluta del servicio activo a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatorio, es necesario indicar que aunque el apelante pretenda la nulidad de los actos demandados con base en que la decisión de separación absoluta del servicio no fue emitida dentro de la mencionada oportunidad legal, es claro que si bien la norma dispone un término, ante la falta de cumplimiento del mismo no señaló la consecuencia respectiva, sin que se pueda determinar que por el hecho de que la autoridad no haya cumplido este límite temporal se desconocería la causal contenida en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000.

En este caso, no se puede desconocer que el demandante fue condenado a una pena principal de 11 años y 3 meses de prisión, por un delito no culposo, cuya consecuencia es la de no pertenecer en las Fuerza Pública, por lo que el no cumplimiento del término para declarar la casual en ningún momento da lugar a la inexistencia de la misma, la cual fue establecida para castigar la conducta de aquellos militares que cometieran delitos no culposos, pues, se espera que estos servidores adopten conductas intachables.

(...)

De lo expuesto por el *Ad quem* en su sentencia para desconocer y de paso inaplicar el contenido del Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, se debe decir que carece de

² Sentencia TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, del 7 de octubre de 2020. Dte: CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA Vs MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL. Pag.: 13.

un soporte técnico y jurídico como pasaremos a explicar.

La interpretación creada por el Tribunal Accionado, desconoce la finalidad de la norma, que no es otra que asignar **competencia funcional y temporal** para la aplicación de una sanción contenida en otra norma, esto se puede extraer de la simple lectura del contenido del Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, que a su tenor dice:

ARTÍCULO 113. AUTORIDAD QUE DISPONE LA SEPARACION. *Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de oficiales; por el comando de fuerza respectiva, para los suboficiales, debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.*

De la tesis del Tribunal Accionado se puede extraer, que la estipulación de la regla de competencia creada por el legislador carece de importancia sustancial, porque a su juicio, no se estableció expresamente una consecuencia a su desconocimiento.

Bajo la premisa del accionado Tribunal Administrativo del Tolima, verbigracia el acto administrativo hubiese podido ser expedido por cualquier funcionario de la entidad demandada, porque la norma no contempla de manera expresa que si el Acto Administrativo es expedido por un funcionario diferente al allí enunciado, dicha carencia de competencia funcional, deviene en la nulidad del acto administrativo, con lo que se desconoce la regla de competencia expresa.

En la tesis planteada en el fallo por el Tribunal Accionado, se extrae que la sola configuración de la causal de separación absoluta contenida en el Art. 111 del Decreto 1790 de 2000, da lugar al desconocimiento de las reglas de competencias fijadas por el mismo legislador, lo que contradice la tesis legal y jurisprudencial que sostiene que la falta de competencia es una causal expresa de nulidad de los actos administrativos de conformidad con lo establecido en el Art. 137 del C.P.A.C.A.

Aunado a lo anterior se tiene que la falta de competencia no se puede limitar al factor funcional, temporal o territorial, puesto que de conformidad con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, los tres aspectos no son taxativos o excluyentes, al respecto se dijo por el Honorable Tribunal:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, 27 de septiembre de 2006. Radicación número: 11001-03-26-000-2000-00142-01(19142), Actor: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL RIONEGRO - NARE – CORNARE, Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

(...)

Ahora bien, la competencia se encuentra determinada básicamente por tres elementos que no son taxativos ni excluyentes entre sí: material, temporal y territorial, cuya vulneración vicia de nulidad el acto. La incompetencia **en razón de la materia** se concreta sobre el objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades asignadas por el ordenamiento jurídico a la administración y, puede darse por ejercicio de potestades de las que se carece y que están en cabeza de otro, por ejercicio de competencias inexistentes, o por exceso en el ejercicio de las potestades asignadas.

Por su parte, la incompetencia **en razón de la temporalidad**, hace referencia a los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario de la administración, deben ser ejercidas bajo condiciones de tiempo y, puede ocurrir que las potestades se ejerzan antes o con posterioridad al momento en que la administración podía actuar válidamente.

Y la incompetencia **en razón del territorio** se presenta cuando las competencias se ejercen por fuera del ámbito territorial asignado al organismo o funcionario de la administración.

Esas competencias y ámbitos de acción de los órganos del Estado plasmados de manera general en la Constitución, se concretan de manera precisa para cada cargo o empleo público a través de la Ley y el reglamento.

(...)

En ese orden de ideas, cuando la administración opera por fuera de sus competencias asignadas constitucional o legalmente, viola el principio de juridicidad y el acto con el cual ejecuta dicha violación es calificado como un acto antijurídico y se encuentra viciado de nulidad, la cual será declarada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando sea incoada la acción de nulidad del artículo 84 del C. C. A.

(...) (Negritas y Subrayas a Margen de Texto)

Así las cosas se tiene, que entrar a desconocer las normas que regulan la competencia temporal y funcional para la emisión de un acto administrativo es abiertamente inconstitucional e ilegal, puesto que tales previsiones son garantía de Debido Proceso y Legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas y su desconocimiento no solo trasgreden la seguridad jurídica de los ciudadanos, sino que además permiten que la administración proceda de una manera arbitraria y caprichosa al momento de proferir sus decisiones.

Además debe considerar el Honorable Juez Constitucional en el caso concreto, que las normas que se inaplican e interpretan de manera contraevidente, son de carácter laboral, puesto que regulan nada más y nada menos que la permanencia de un uniformado en su carrera militar, lo que afecta su proyecto y condiciones futuras de vida, es por ello, que para el análisis, interpretación y aplicación de las normas del multicitado Decreto 1796 de 2000, se debe tener en cuenta en su integralidad del contenido del Art. 53 de la Constitución Política de Colombia, específicamente en lo que atañe a la "situación más favorable al trabajador en caso

de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

Por ultimo en el presente acápite se debe decir, que el Tribunal aquí accionado pretendió soportar su tesis en un fallo de tutela emitido por el H. Consejo de Estado, el cual por naturaleza tiene efectos *inter partes*, desconociendo que las circunstancias fácticas son disimiles, tal como lo pasaremos a explicar en el siguiente punto.

➤ **DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE, COMO UNA DE LAS CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD ESPECIFICA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA.-**

Como premisa inicial de la tesis argumentativa que pasaremos a plantear, se tiene que el Tribunal Administrativo del Tolima en su fallo aquí acusado de trasgresor de Derechos, soporto el desconocimiento a la falta de competencia temporal con la que fue emitido el Acto demandado, en un pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado – Sección Cuarta, dentro de la Acción de Tutela Radicado 11001031500020180341400, Actor Jonathan Caicedo Vargas.

Al respecto debe decirse, que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el desconocimiento del precedente judicial ha establecido:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, 11 de mayo de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00380-00(AC), Actor: DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y OTRO, Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA.
(...)

5. Del supuesto desconocimiento del precedente

*5.1. Para la Sala, los elementos imprescindibles para establecer el **desconocimiento del precedente** son los siguientes: (i) la existencia de una o varias decisiones judiciales que guardan identidad fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación (existencia del precedente); (ii) que tales decisiones (precedentes) eran vinculantes para la autoridad judicial demandada, tanto por ser el precedente vigente, como por tener la fuerza vinculante suficiente (precedente vinculante); (iii) que la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela es contraria al precedente vinculante (contradicción con el precedente vinculante), (iv) y que el juez de instancia no presentó una justificación razonable para apartarse del precedente vinculante (inexistencia de justificación razonable para separarse del precedente).*

Se avizora de la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado³, que como elemento imprescindible para corroborar la vulneración de derechos como el de la

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, 12 de noviembre de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01844-00(AC), Actor: JHON JAIRO SERPA ZAMBRANO Y OTROS Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA Y OTROS.

igualdad, debe existir fundamentos facticos similares en el precedente que se invoca desconocido.

Acto seguido procederemos a demostrar de manera clara y evidente como el Tribunal Accionado, procedió sin justificación alguna, a desconocer un precedente vertical, vertido dentro de una acción de la misma naturaleza esto es Nulidad y Restablecimiento del Derecho y que guarda una completa identidad fáctica y jurídica, por analizarse en ella el alcance de una norma similar al Art. 113 del Decreto 1790 de 2000.

Sobre la carencia de competencia temporal y la consecuente nulidad del acto que dispone la separación de un uniformado por trasgresión de aquella, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro de un asunto con similitud fáctica y jurídica sostuvo lo siguiente:

Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Veintitrés (23) de Septiembre de Dos Mil Diez (2010). Radicación número: 41001-23-31-000-2002-01510-01(0405-10).

(...)

En todo caso, y previamente a definir dicha situación, **vale la pena resaltar que el referido condicionante no se considera como un mero formalismo sino como un asunto de competencia por el factor temporal, ligado a razones de debido proceso así como de motivación del acto que disponga la separación, en la medida en que evidencia un vínculo de cercanía entre el hecho alegado y la decisión de la administración.**

(...)

En el presente asunto, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de desvinculación, la ejecutoria de la providencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar ocurrió el 14 de enero de 2002 y el retiro se produjo mediante acto del 28 de agosto de 2002, esto es, luego de 7 de meses de ejecutoriada la misma, tiempo más que superior al establecido en el Decreto 262 de 1994 para disponer el retiro del actor.

Por lo expuesto, entonces, **encuentra la Sala una irregularidad en la expedición del acto y una causal de falta de competencia, por el factor temporal, que llevan a que se declare la ilegalidad del acto demandado, en tanto, se reitera, la separación del cargo se produjo fuera del término que consagró la norma para ello.**

(Negrillas y Subrayas a Margen de Texto)

Analizado el precedente jurisprudencial citado, se tiene que el mismo se ajusta perfectamente a los elementos facticos y jurídicos del caso sometido a estudio,

puesto que bajo el análisis de una acción de Nulidad y Restablecimiento, donde se juzga la legalidad de un Acto Administrativo, el máximo Tribunal concluyo que la falta de competencia temporal en eventos como el planteado, trae como consecuencia la indefectible nulidad del acto demandado.

Nótese que el análisis factico y jurídico efectuado por el Consejo de Estado en el recién citado fallo, no tiene en cuenta circunstancias particulares e individuales propias de una acción de tutela, donde se plantean trasgresiones a derechos con fundamento en hechos propios y específicos, lo que desencadena la emisión de sentencias con efectos *inter partes*, cuyo análisis se debe realizar bajo el referido limitante.

Se realiza la anterior precisión, porque el Tribunal Administrativo accionado, al momento de inaplicar el precedente vertical arriba citado no dio una justificación lógica, coherente y con soporte jurídico, que permita evidenciar que la tesis jurisprudencial fue desechada por un mejor argumento, que no solo tuviera un cimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, si no que se compadeciera con las normas constitucionales que gobiernan la materia, esto es el principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral, contenido en el Art. 53 de la C.P., ya citado en la presente acción.

Por último se enfilaran argumentos que permitirán concluir, que el Tribunal Accionado erro al momento de soportar una decisión tan relevante en el proyecto de vida de mi representado, en una sentencia vertida dentro de una acción de tutela donde se consideraron circunstancias particulares como pasaremos a exponer.

Como punto de partida se tiene, que el Tribunal Administrativo del Tolima, al momento de traer a colación la sentencia de tutela del Honorable Consejo de Estado – Sección Cuarta, Radicado 11001031500020180341400, Actor JONATHAN CAICEDO VARGAS, omitió (o al menos eso se evidencia de la cita efectuada), la valoración de las circunstancias particulares que rodearon la acción de tutela citada.

No se tuvieron en cuenta al menos tres aspectos de vital importancia que señalan una marcada diferencia en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los dos casos, a saber:

- 1) En el fallo de Tutela citado por el Tribunal, se tiene que la Sentencia condenatoria penal quedo ejecutoriada el día 16 de mayo de 2012 y el Decreto que dispuso la separación absoluta se emitió el 20 de septiembre de 2012, es decir que entre las dos fechas solo trascurrieron 4 meses y 4 días.

En cambio en el caso del aquí accionante CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA, la ejecutoria de la sentencia condenatoria se produjo el 26 de septiembre de 2007 y el acto administrativo que dispuso la Separación Absoluta se emitió el 30 de mayo de 2012, es decir 4 años y 8 meses después.

- 2) En la sentencia de Tutela citada por el Tribunal, la emisión del Decreto se realizó cuando el uniformado estaba cumpliendo el periodo de sanción punitiva que resulto ser de seis (6) meses.

En cambio en el caso de mi prohijado, el mismo purgo completamente su sanción punitiva en su calidad de miembro activo de la institución castrense y así no solo lo acepto, si no lo facilito el demandado ejército nacional al permitir la ejecución de la pena se diera al interior de una guarnición militar. En el escenario procesal se acredito que el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a través del Auto fechado 1º de septiembre de 2011 declaro la extinción de las penas impuestas y se restituyeron los derechos civiles y políticos del demandante.

- 3) En el caso de mi prohijado CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA, después de ejecutoriada la sentencia, se ordenaron dos ascensos de rango, lo que permite concluir que cumplió cabalmente con los requisitos exigidos en el Art. 52 y 54 del Decreto 1790 de 2000.

Los anteriores aspectos facticos que diferencian una situación de la otra, son ampliamente relevantes, puesto que la divergencia temporal que existen en uno y otro caso, denotan una clara falta de inmediatez y por ende falsa motivación del acto administrativo que dispone la separación absoluta de mi prohijado.

Resulta totalmente disímil e incomparable tan amplia diferencia en los tiempos en los que se presentó la infracción de la falta de la competencia temporal en uno y otro caso, puesto que como se resaltó en el caso de la sentencia de tutela citada por el Tribunal Accionado, solo pasaron tres meses y además se tiene que estaba en ejecución de la sentencia, en cambio en el caso del aquí accionante son casi 5 años después, cuando ya no solamente la sentencia condenatoria se había cumplido a cabalidad, sino que además, se habían adquirido derechos de carrera como dos ascensos.

En relación con los ascensos, el Decreto 1790 de 2000 sostiene:

ARTÍCULO 52. REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar **condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas** como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.

ARTÍCULO 54. REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE SUBOFICIALES. Los suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.

b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza.

c. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.

d. Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

e. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de Evaluación y Clasificación.

(Negrillas y Subrayas a Margen de Texto)

Nótese entonces, que el hecho de que mi poderdante no solo hubiese permaneció en la institución castrense por casi 5 años después de ejecutoriada la sentencia condenatoria, sino que además hubiese ascendido en su carrera dentro de las misma, da cuenta que para la entidad demandada, los derechos de carrera no se perdieron y por ende se consolido el derecho de continuar en la misma, lo que a todas luces consolido una seguridad jurídica que beneficio a mi poderdante.

Al producirse la separación absoluta del cargo, casi 5 años después de la fecha en que la entidad tenía la competencia temporal para hacerlo, deja entrever que la entidad demandada utilizo una justificación precluida, para cercenar los derechos de carrera de mi poderdante, lo que indefectiblemente genero la trasgresión de los derechos que debieron ser restituidos por las autoridades aquí accionadas.

De esta manera quedan ampliamente justificadas las razones fácticas y jurídicas que soportan la acusación, que se le realiza a las providencias judiciales emanadas de las autoridades aquí accionadas.

Con fundamento en los argumentos expuesto realizo las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que los accionados **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA y JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, son responsables de la Vulneración y puesta en peligro de los Derechos Fundamentales **AL DEBIDO PROCESO Y DEMAS QUE DE OFICIO CONSIDERE LA HONORABLE CORPORACIÓN** de mi poderdante **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA.**

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se sírvase **ORDENAR** a Los Accionados **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA y JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, dejar sin efecto ni valor jurídico las Sentencias del 29 de junio de 2016 y 7 de octubre de 2020 respectivamente, proferidas dentro del Medio de Control de Reparación Directa, adelantado por mi representado **EDILBERTO BOLIVAR MARTINEZ QUIRAMA Y OTROS** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, por ser

estos violatorios de los derechos fundamentales de mi representado.

TERCERA: Con las atribuciones que le otorga, el ser juez Constitucional, sírvase a **ORDENAR** al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA y JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, emitir un nuevo pronunciamiento, ajustado a Derecho, donde se acojan los Precedentes Jurisprudenciales aquí relacionados y se de aplicación a lo contenido en el Art. 113 del Decreto 1790 de 2000, de conformidad con lo que señale la Honorable Corporación.

CUARTA: Que se hagan las demás declaraciones que estimen convenientes los Honorables Consejeros de Estado.

IV. PRUEBAS

Sírvase tener como tales las siguientes:

1. Poder debidamente otorgado para actuar.
2. Fotocopia simple de la Sentencia proferida en Primera Instancia por el Juzgado 11º Administrativo del Circuito de Ibagué, de fecha 29 de junio de 2016.
3. Escrito por medio del cual se interpone el recurso de Apelación en contra de la Sentencia de Primera Instancia.
4. Fotocopia simple de la Sentencia de Segunda Instancia, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, de fecha 7 de octubre de 2020.

OFICIOS

De manera muy respetuosa, le solicito que se Sirva oficiar a la siguiente entidad para que envíe la documentación requerida:

- Que se oficie al Juzgado 11º Administrativo del Circuito de Ibagué, para que se sirva allegar con destino a la Acción de la Referencia, en calidad de préstamo el expediente identificado con el Número de Radicación: 73001333300520130005700, correspondiente al Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, adelantado por mi representado **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**.

V. COMPETENCIA, PROCEDENCIA Y JURAMENTO

Son ustedes competentes Honorables Magistrados del Honorable Consejo de Estado, en virtud del Artículo 86 de la Constitución Política, Decreto 2591 de 1991 – Decreto 1382 de 2000 y específicamente el Numeral 5º del Art. 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 modificado por el Art. 1º del Decreto 333 del 6 de abril de 2021, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966.

La presente acción es procedente en virtud a que **no hay otro mecanismo legal para la protección de las garantías del aquí accionante**, puesto que la sentencia que se solicita se deje sin efecto es de Segunda Instancia y contra ella no proceden recursos ordinarios.

Manifiesto **bajo la gravedad del Juramento**, que mi representado no ha interpuesto otras acciones de tutela por los mismos hechos.

VI. NOTIFICACIONES

Los accionados recibirán notificación así:


JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, a través del buzón de notificaciones: adm11ibague@cendoj.ramajudicial.gov.co.

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, a través del buzón de notificaciones: stadtol@cendoj.ramajudicial.gov.co.

La suscrita y mi poderdante las recibiremos en la Carrera 3ª No. 8-39 Nivel S-4, del Edificio "Escorial" de la Ciudad de Ibagué Tolima, en el buzón de notificaciones electrónicas: rodriguezypinerosabogados@hotmail.com.

De los Honorables Consejeros,

Cordialmente,



HELENA MARGARITA PIÑEROS OSORIO

C.C. 1.110.448.502 De Guamo Tol.

T.P. 164.516 Del C.S. De la J.



Honorables Magistrados
CONCEJO DE ESTADO
E. S. D.

REF.: **ACCIÓN DE TUTELA**
DE: **CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA**
CONTRA: **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y**
JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ.

CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en uso de mis facultades legales, por medio del presente manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente en cuanto a derecho se refiere a la **Dra. HELENA MARGARITA PIÑEROS OSORIO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.110.448.502 de Ibagué Tol., Abogada en Ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 164.516 del C.S.J., para que en mi nombre y representación interponga Acción de Tutela en contra del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, para que una vez agotado el trámite constitucional de esta clase de acciones, se declare la vulneración de mi derecho fundamental **AL DEBIDO PROCESO y LOS DEMAS QUE DE OFICIO CONSIDEREN LOS HONORABLES MAGISTRADOS..**

Solicito muy respetuosamente se sirva reconocer personería a mi apoderada especial.

Atentamente,

CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA
C.C. 93.448.370 de Chaparral

Acepto,

HELENA MARGARITA PIÑEROS OSORIO
C.C. 1.110.448.502 De Ibagué Tol.
T.P. 164.516 Del C.S. de la J.



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué, (Tolima), veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Tema: RETIRO DEL SERVICIO
Radicación: 73001-33-33-005-2013-00057-00
Demandante: CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto: Sentencia Primera Instancia

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del proceso iniciado por el señor CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 38-47).

1.1. PRETENSIONES

El SR. CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

1.1 Que se declare la nulidad total de los actos administrativos demandados, resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2010 y Oficio No. 20125620695971 del 5 de julio de 2012, mediante el cual los aquí accionados separan de manera absoluta del servicio activo al Sargento Primero del Ejército Nacional Trujillo Pava Carlos Hernedis.

1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a los demandados, reintegrar sin solución de continuidad al servicio activo al Sargento Primero del Ejército Nacional Trujillo Pava Carlos Hernedis, en el grado que corresponda.

1.3 Que se condene al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a pagar al

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
 Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Sargento Primero ° Trujillo Pava Carlos HERNEDIS, todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de recibir por el periodo en que duro retirado de la fuerza, esto es desde el 1° de mayo de 2012 hasta que se haga efectivo el reintegro a la fuerza, tal como se relaciona en la siguiente tabla:

PERIODO	DEVENGADO
Mayo de 2012	\$2.827.264
Junio de 2012	\$2.827.264
Prima de Junio de 2012	\$2.827.264
Julio de 2012	\$2.827.264
Agosto de 2012	\$2.827.264
Septiembre de 2012	\$2.827.264
Octubre de 2012	\$2.827.264
Noviembre de 2012	\$2.827.264
Diciembre de 2012	\$2.827.264
Prima de Diciembre de 2012	\$2.827.264
Enero de 2013	\$2.827.264
TOTAL A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA	\$31.099.908

1.4 Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios morales sufridos por el militar separado de la fuerza, tasados en cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMMLV), en razón a la congoja, sufrimientos, sentimientos de desesperanza, aprietos económicos que tuvo que soportar el militar como consecuencia directa de los actos administrativos emitidos.

1.5 Que las sumas que se ordenen cancelar se indexen, conforme a lo establecido por el inciso final del artículo 187 del CPACA de acuerdo con las fórmulas aceptadas por el Honorable Consejo de Estado, y que se indica a continuación

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

1.6. Que de conformidad con el artículo 193 C.P.A.C.A., el fallo que ponga fin al presente proceso se haga en concreto, ya que las condenas que se impongan a favor del demandante no se encuentran enlistadas.

1.7 Que se condene a los demandados a dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y s.s. del C.P.A.C.A

1.8 Que se condene en costas a la entidad demandada.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos Hernedis Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

1.2 HECHOS (Fl. 40-41)

1.2.1. Que el señor Carlos Hernedis Trujillo Pava, ingresó a la carrera de suboficial del Ejército Nacional el día 1º de septiembre de 1990, en el grado de Cabo Segundo; e indicó que en el año 2010, el actor cambió su nombre, puesto que antes se llamaba CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA.

1.2.2. Que el señor Cala Hernedis Trujillo Pava, hoy Carlos Hernedis Trujillo Pava estando en servicio activo, es condenado por cuenta del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, de la ciudad de Ibagué, el 9 de julio de 2004 a pena privativa de la libertad, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué el 2 de febrero de 2006, la cual quedó plenamente ejecutoriada el día 12 de junio de 2006, tal como se prueba en los reportes arrojados por la página web de la rama judicial.

1.2.3. Que el sargento Carlos Hernedis Trujillo Pava, cumplió la condena impuesta, dentro de las filas del Ejército Nacional, institución que le asignó las funciones, le canceló su salario y le dio continuidad a la carrera militar del actor. Y que como prueba de la continuidad de la carrera militar, este ascendió al grado de sargento primero el día 31 de agosto de 2007 y posteriormente fue llamado a curso de ascenso y fue notificado mediante un radiograma enviado a la unidad donde desarrollaba sus labores el suboficial.

1.2.4. Que cuando se encontraba realizando todos los trámites necesarios para ingresar al curso de ascenso, en la ciudad de Bogotá es informado el día 30 de Mayo de 2012, por una llamada telefónica realizada por el Jefe de Personal del Batallón de Apoyo y servicio para el Combate No. 6 de la ciudad de Ibagué, unidad ésta a la que pertenecía de su separación absoluta del Ejército Nacional. Y que sorprendido por ese hecho, regresó a Ibagué, para que se le notificara de manera personal el acto administrativo que ordenaba su separación absoluta de la fuerza.

Que en el Batallón de ASPC No. 6 se le realizó la notificación personal el día 6 de junio de 2012, y se le hizo entrega de una copia simple de la Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2010, donde el jefe de recursos humanos del Ejército Nacional, aclaró la resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012.

Aclaró que en el momento en que se hace entrega de la copia simple de la Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012, el actor desconocía de la existencia de la Resolución No. 0685 del 07 de mayo de 2012 y había laborado normalmente

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

durante el mes de mayo de 2012.

1.2.5 Que el día 6 de junio de 2012, presentó ante el jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012, esgrimiendo como fundamento la ineficacia del acto administrativo Resolución No. 0685 del 07 de mayo de 2012, por falta de notificación personal, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 44 del C.C.A., vigente al momento de la emisión del acto.

1.2.6 Que por medio de la comunicación No. 20125620695971 del 5 de julio de 2012, comunicada hasta el día 10 de julio de 2012, la entidad dio respuesta al recurso haciendo referencia que no era posible acceder en forma favorable a la solicitud.

1.2.7. Que el 4 de julio de 2012, el actor presentó acción de tutela en contra del Ejército Nacional, basado en la violación al derecho fundamental del debido proceso, indicando que el actor nunca le fue notificada la resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, por medio de la cual se separaba de manera absoluta al suboficial Trujillo Pava, siendo esta mencionada en la resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012, ante la cual se elevó recurso de reposición en subsidio el de apelación, el cual fue resuelto parcialmente con resultados negativos para el recurrente.

Que por medio del fallo del Tribunal Superior de Ibagué, en su Sala de decisión laboral, se amparó el derecho fundamental al Debido proceso y se ordenó al Ejército Nacional, la notificación personal, con las formalidades del artículo 44 del C.C.A. de la resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012.

Que en el fallo se negó la petición que tenía por fin el pago de los salarios dejados de cancelar de los meses de mayo de 2012, hasta que se realizara la notificación del acto administrativo de la separación absoluta, argumentando para tal negativa el Tribunal que estos pagos se deberían buscar por medio de una acción ordinaria.

1.2.8. Que en cumplimiento de un fallo de tutela proferido el 25 de julio de 2012, se notificó la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012 al Sargento Primero Carlos HERNEDIS Trujillo Pava. Y que contra la resolución notificada no se interpuso recurso de apelación puesto que en el cuerpo del acto administrativo, no se otorga la oportunidad legal para ello, además de la notificación se informó que contra dicha resolución, no procede recurso alguno, lo que concede la oportunidad de invocar el medio de control contra el acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

1.2.9. Que al analizar la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, se puede observar que la motivación de la “Separación absoluta”, se fundamenta legalmente en el artículo 111 del Decreto 1790 del 2000, que en su tenor prescribe:

“Artículo 111.- Separación Absoluta. – “Cuando el oficial o Suboficial de las fuerzas militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las fuerzas militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.”

1.3. Normas violadas y concepto de la violación (fls. 42-44)

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

- Los artículos 2, 29 de la Constitución Nacional.
- El Artículo 113 del Decreto 1790 de 2000.

Los conceptos de violación se examinan y consideran como fueron expuestos en los folios 42 a 44, los cuales se sintetizan así:

En los actos acusados se ordenó el retiro absoluto del suboficial Carlos HERNEDIS Trujillo Pava conforme al artículo 111 del decreto 1790 de 2000, asimismo el artículo 113 de esa misma norma establece que la separación absoluta debe ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.

Considera el apoderado que la sentencia condenatoria impuesta a su poderdante quedó ejecutoriada el 12 de junio de 2006, cuando quedó en firme la sentencia de segunda instancia proferida por la sala penal del Tribunal Superior de Ibagué y en consecuencia el termino de los treinta (30) días venció el 13 de julio del año antes mencionado, por lo tanto se hizo de la facultad del artículo 113 del decreto 1790 de 2000 por fuera del límite temporal.

Sobre el límite temporal se apoyó en la sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la sección segunda del Consejo de Estado¹ en la cual se refería al caso de un uniformado de la Policía Nacional que fue condenado por un hecho punible a la pena principal de arresto.

En ese caso se encontró que la norma aplicable era el decreto 262 de 1994 que exigía que la decisión de desvinculación se adoptara por parte del Director de la

¹ C.P. dr. Victor Hernando Alvarado Ardila. Rad. No 41001 23 31 000 2002 01510 01 (0405-10).

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

mencionada entidad dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo que impusiera la condena y como en ese caso la resolución de desvinculación se produjo siete (7) meses después de ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Por lo anterior, consideró la sala que se generó una irregularidad en la expedición del acto y una causal de falta de competencia por el factor temporal, por lo que se anuló el acto acusado y como consecuencia de ello se ordenó el reintegro del actor.

Se considera en el libelo que la jurisprudencia antes expuesta es aplicable al caso del demandante por tratarse de una situación similar.

Teniendo en cuenta lo expuesto concluye el apoderado de la parte actora que los actos acusados fueron expedidos con falta de competencia por el factor temporal e infracción de las normas en que debió fundarse.

Finalmente, expone que los mencionados actos vulneran el preámbulo, así como los artículos 2º y 29 C.P., porque la entidad demandada se apartó en forma radical de uno de los fines esenciales del Estado que les imponía la obligación de asegurar la vigencia del orden justo y con base en tal fin debían respetar el debido proceso y el mínimo vital de su cliente.

II. ACTUACION PROCESAL

Por reparto, la demanda correspondió al Juzgado Quinto (5) Administrativo Oral de Ibagué, el cual a través de providencia del 22 de febrero de 2013, declaró la falta de competencia de conocer el presente asunto por factor cuantía y ordenó su remisión ante el Tribunal Administrativo del Tolima, quien a través de auto del once (11) de marzo de dos mil doce (2012) procedió a abstenerse de avocar el conocimiento por considerar que la cuantía se determina es por el valor de la pretensión mayor y no por la suma como lucro cesante causada como lo consideró el juez de primera instancia, por ende, procedió a remitir el expediente al Juzgado de origen para continuar el trámite respectivo.

El Juzgado Quinto (5) Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, a través de auto del 28 de junio de 2013 rechazó la demanda por la caducidad de la acción, decisión que fue apelada por el apoderado de la parte demandante a través de memorial visible a folios 65 al 67 del expediente y en el que precisó que no se le puede restringir el acceso a la administración de justicia, bajo el argumento de que operó la caducidad de la pretensión para los actos administrativos de ejecución o secundarios, sin que haya operado el fenómeno prescriptivo para el acto

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

administrativo principal, que separó al señor Carlos HERNEDIS Trujillo de la Institución y que es la base fundamental en la demanda.

El anterior recurso fue concedido ante el Tribunal Administrativo del Tolima y se concedió el mismo en el efecto suspensivo, es por ello que a través de providencia del 6 de septiembre de 2013, con ponencia del dr. Jaime Alberto Galeano, se revocó el auto apelado al considerar que la demanda se presentó dentro del término de ley, y ordenó a realizar el estudio de la admisión.

Al efecto, el Juzgado Quinto (5) Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, resolvió admitir la demanda y procedió a efectuar las notificaciones respectivas.²

El 12 de enero de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en Acuerdo No. PSAA13-10072 del 27 de diciembre de 2013 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado de origen, hizo entrega del presente proceso al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión de esta ciudad quien se dispuso avocar conocimiento del presente asunto a través de auto del 29 de abril de 2014. (Fl. 90).

Posteriormente, fue creado este despacho judicial mediante acuerdo No PSAA- 15-10402 del 29 de octubre de 2015 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual continuó con los procesos asignados al Juzgado Segundo antes mencionado, en virtud de lo establecido en el acuerdo PSATA 15-097 del 11 de noviembre de 2015 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima.

2.1 Razones de Defensa (Fls. 101-108)

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad demandada presentó escrito de contestación a través de su vocero judicial, en los términos que a continuación se sintetizan:

Precisó que se opone a todos y cada una de los postulados de la demanda, toda vez que no se encuentra probado la responsabilidad de esta, pues el daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización.

Señaló que se debe preguntar si en efecto el artículo 113 del Decreto 1790 debe aplicarse de manera taxativa o debe tener un margen de interpretación, e indicó que la norma expresamente indica lo siguiente:

² Fl. 82-83

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00

Demandante: Carlos Hernedis Trujillo Pava

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

“Artículo 113. Autoridad que dispone la separación. Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando esa separación temporal de oficiales; por el comando de fuerza respectiva, para los suboficiales, debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.”

Adujo que si bien la parte actora considera transgredida la siguiente disposición “debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva”, al expedir la Resolución No. 685 de 2012, pues a juicio de este, la separación absoluta del Sargento Primero Carlos Hernedis Trujillo Pava, no se ordenó dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo penal con pena de prisión, es decir treinta (30) días siguientes al 12 de junio de 2006.

Indicó que si bien la norma es clara respecto a que debe ordenarse el retiro dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria, también la norma es clara al no mencionar que dentro de esos treinta días se debe expedir el acto administrativo de retiro. Es claro que el objeto del artículo 113 es el que debe establecer quién es el competente para ordenar el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, lo que hace pensar que los treinta días a los que se refiere son un término en el cual el competente debe conocer las razones por las cuales se puede llegar a considerar el retiro del oficial o suboficial, concluyendo con la expedición del respectivo acto administrativo.

Manifestó que en el presente asunto, el Ejército Nacional no tenía forma de conocer la pena impuesta al Sargento Primero, así como tampoco su lugar de reclusión, ya que fue solo hasta el 20 de marzo de 2012, la fecha en que se conoció la condena impuesta al señor Carlos Hernedis Trujillo Pava, toda vez que mediante oficio No. 1972, el Juzgado Primero Penal del Circuito envió la providencia por la cual se decidió condenar al actor y es desde ese momento en que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional realizó el trámite administrativo tendiente a la expedición del acto administrativo que retira del servicio activo al demandado.

Por otra parte, indicó que la medida de separación absoluta del cargo fue aplicada de manera puntual tanto en su trámite como en su forma, pues el director de personal del Ejército Nacional mediante Resolución No. 685 del 7 de mayo de

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

2012, retiró del servicio activo por haber sido hallado responsable de una conducta penal y posteriormente haber sido condenado a una pena de prisión de 11 años.

Precisó que la parte demandante quiere hacer ver al despacho que la resolución acusada no se ajusta a derecho porque si bien el hoy demandante se le condenó por un delito doloso que para la fecha en la que fue desvinculado ya había cumplido su pena, es claro decir, que el artículo 111 del decreto 1790 de 2000, el cual sirve de fundamento para su desvinculación, no expresa en lo absoluto que esta separación absoluta prescribe una vez el oficial o suboficial haya cumplido la pena.

Concluyó indicando que el procedimiento utilizado por el Ejército Nacional para disponer del retiro del servicio del demandante se desarrolló dentro de los parámetros que la norma establece y que esa potestad propia de las reglas que informan la milicia y los cuerpos castrenses, es conocida por sus integrantes de carrera desde su ingreso o con anterioridad a su retiro y que la facultad discrecional es una actividad que puede ejercerse de manera libre y autónoma pues de otra forma perdería su razón de ser, por virtud de autorización legal y de acuerdo a los trámites establecidos.

2.2. Audiencia Inicial (Audio 00:18:79 min)

Vencido el término de traslado de la demanda se convocó a las partes a efectos de celebrar la audiencia de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En la precitada audiencia se agotó la etapa del saneamiento de la actuación, sin que se observara ningún tipo de irregularidad que la afectara. Se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

2.3 Audiencia de Pruebas (Audio 00:16:15 min.)

En audiencia de pruebas del 26 de marzo de 2015, una vez verificadas las pruebas decretadas e incorporadas dentro del expediente, se declaró cerrada la etapa probatoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del C.P.A.C.A. se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó que las partes presenten por escrito las alegaciones.

2.4 Alegatos de Conclusión (Fls 319-328)

Oportunidad en la que concurrieron los apoderados de ambos extremos procesales así:

El apoderado de la **parte actora**, indicó que el término con que contaba la entidad demandada para emitir un acto de separación absoluta, feneció el 13 de

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

julio de 2006. Y que por ende el acto administrativo que dispuso el retiro del uniformado fue proferido el día 7 de mayo de 2012, como se encuentra probado con los documentos que fueron tenidos en cuenta como prueba en el presente medio de control.

Por otra parte, indicó que con la probanza de los hechos, surge la declaratoria de prosperidad de las pretensiones propuestas, toda vez que no exige un complejo análisis el entrar a determinar que el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, fija un límite temporal al funcionario competente para emitir la separación absoluta de los uniformados, límite temporal que fue transgredido deliberada e injustificadamente por el agente estatal, quien para la fecha de producción del acto, carecía de competencia funcional para emitirlo.

Así mismo, precisó que en relación con las exculpaciones que realiza la entidad demandada, debe decirse que no tiene sustento ni de hecho ni de derecho, puesto que resulta insostenible la versión de la entidad demandada donde argumenta conocer la sentencia condenatoria solamente días antes de la expedición del acto, por ello no pasa a ser una afirmación temeraria que no encuentra respaldo en el material probatorio recaudado, puesto que lo que se evidencia es lo contrario, es decir que la entidad demandada, siempre tuvo conocimiento de la sentencia y la ejecución de la misma, puesto que el cumplimiento de la pena impuesta se dio cuando el actor estuvo activo y una vez se finiquita la ejecución de la pena, se levanta la suspensión y se le restituye los derechos plenos, entre ellos el pago completo de su salario.

Que el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, no contempla variaciones ni admite interpretaciones como las que pretende la parte demandada, por el contrario es muy clara en señalar que los 30 días con que cuenta la autoridad para emitir el acto, se debe empezar a contabilizar desde la ejecutoria de la sentencia y no desde que se tiene conocimiento de misma.

El apoderado de la **entidad demandada**, manifestó que no existen vicios en el procedimiento del acto acusado y por el contrario, este goza de la presunción de legalidad, motivo por el cual solicita que la sentencia sea desfavorable a las pretensiones de la demanda y que se mantengan incólumes los actos acusados.

Por otra parte, indicó que la medida del retiro del servicio fue aplicada en manera puntual tanto en su trámite como en su forma, pues como se indica en la resolución No. 1650 del 12 de octubre de 2011, el retiro del señor Sargento Primero

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

del Ejército Carlos HERNEDIS Trujillo se produjo por aplicación del artículo 111 del decreto 1790 del 2000.

Que el demandante fue separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares por haberse hallado responsable penalmente dentro de una conducta establecida dentro de los parámetros señalados en el artículo 111 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la ley 1104 del 13 de diciembre de 2006.

Que la medida de separación absoluta del cargo fue aplicada de manera puntual tanto en su trámite como en su forma, pues el señor director del personal del Ejército Nacional mediante Resolución No. 1650 del 12 de octubre de 2011, retiró del servicio activo por haber sido hallado responsable de una conducta penal y posteriormente haber sido condenado a una pena de prisión de 11 años y 3 meses.

Manifestó que la parte actora lo que pretende es hacer ver que la resolución acusada no se ajusta a derecho porque si bien al demandante se le condenó por un delito doloso, que para la fecha en la que fue notificado de su desvinculación, ya había cumplido su pena, es claro que el artículo 111 del decreto 1790 de 2000, el cual sirve de fundamento para su desvinculación, no expresa en lo absoluto que esta separación absoluta prescribe una vez el oficial o suboficial haya cumplido su pena o aquella se haya extinguido, y que en el caso en concreto estamos frente a una prerrogativa de las fuerzas armadas que tiene como propósito desvincular de manera absoluta a aquellos militares que no hayan guardado un comportamiento ético, y moral frente a la institución que representa.

Estando el expediente al despacho para sentencia, el despacho mediante auto del 6 de agosto de 2015 decretó prueba de oficio con base en las facultades otorgadas por el artículo 213 del C.P.A.C.A. (Fol. 332 cuad. Pcipal).

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Los actos acusados, entre otros la resolución No 0685 del 7 de mayo de 2012, en el cual se separó del servicio al actor, se encuentran afectados de nulidad por falta de competencia temporal e infracción de las normas en que debían fundarse?

En caso que se encuentren viciados de nulidad ¿Debe ordenarse el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de superior categoría, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones económicas dejadas de percibir?

3.2. Tesis

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
 Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

No se encuentran viciados de nulidad los actos acusados, toda vez que de las pruebas recaudadas no se puede realizar el cómputo del término de los treinta (30) días, establecido en el artículo 113 del decreto 1790 de 2000.

Adicionalmente y en gracia de discusión, el vencimiento del término no es causal para anular un acto administrativo y además por la naturaleza del mismo, su vencimiento no genera la mencionada causal, pues si así se interpretara se llegaría a extremos no queridos por el ordenamiento jurídico, donde una persona que cometió un delito gravísimo que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública, se ordenaría su reintegro por no haberse dispuesto su retiro en tiempo.

Para desarrollar la anterior tesis se estudiarán los siguientes aspectos: Finalidad del Ejército Nacional, ejecutoria de las sentencias penales, la competencia y el caso concreto.

En el caso concreto se relacionarán las pruebas que obran en el expediente, se abordarán los hechos probados, la conclusión y los contraargumentos.

3.3. Finalidad del Ejército Nacional

El Ejército nacional hace parte de las Fuerzas Militares, que tiene como finalidad la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (Art. 217 C.P.) y para el desarrollo de su función se encuentra autorizado para portar armas bajo el control del Gobierno en quien reside el monopolio sobre el material bélico (Art 223 C.P.)³.

Para lograr esos fines, el Ejército viene trabajando en el fortalecimiento de la ética y el comportamiento ejemplar de la tropa, al respecto el Comandante de la cuarta división de dicha institución manifestó:

“La estrategia del Ejército Nacional adelantada dentro del concepto de ‘Fe en la causa’, se soporta en principios y valores propios de la cultura militar, encaminados a fortalecer el liderazgo, la vocación por la carrera de las armas, el respeto de la dignidad humana, el cumplimiento de las normas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos y el manejo efectivo de la comunicación institucional.

*‘Fe en la causa’ significa creer en el triunfo del Estado sobre los enemigos de la libertad y la democracia, anhelar la paz para un país cansado del terrorismo, sentirse orgulloso de portar el uniforme del Ejército Nacional, ser líder de los hombres y mujeres que se comandan, trabajar todos los días por el cumplimiento de la misión encomendada, ejercer el mando con altísima gallardía y profunda nobleza, **actuar en todo momento con implacable justicia y rectitud suprema**; pensar siempre en el bienestar de la tropa como factor motivador para lograr resultados operacionales contundentes, difundir el buen trato en todos los niveles,*

³ Consejo de Estado sección tercera, C.P. dra. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 1º de julio de 2004 Radicación No 18001-23-31-000-1995-05723-01(15654).

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
 Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

conjugan en los cuarteles la bondad y la firmeza, el amor a la familia como soporte fundamental de la sociedad y ante todo agradecer a Dios por salvaguardar al Ejército de la Patria.

*Sin fe no hay esperanza, decían los antiguos patriarcas, **por lo tanto hay que fortalecer en cada hombre y mujer del Ejército Nacional la ética y el comportamiento ejemplar**, el proceder con dignidad, actuar con valor, trabajar como un solo equipo, respetar al ser humano en toda su dimensión para con ello tener fe en una causa común, la victoria.”⁴ (Negrilla y subrayado del despacho)*

En este orden de ideas, por la delicada misión que les fue asignada por la Constitución, los miembros del Ejército deben ser hombres y mujeres transparentes, probos, rectos y honestos.

3.4. Separación absoluta del cargo

El artículo 111 del decreto 1790 de 2000⁵ establece que el Suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas:

“ARTÍCULO 111. SEPARACION ABSOLUTA. *Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.”*

En este orden de ideas, el artículo 113 del decreto antes mencionado dispone que la separación absoluta será dispuesta por el Comando de la fuerza respectiva en el caso de los suboficiales, debiendo ordenarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva:

“ARTÍCULO 113. AUTORIDAD QUE DISPONE LA SEPARACION. *Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de oficiales; por el comando de fuerza respectiva, para los suboficiales, debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.”*

3.5. Ejecutoria de las sentencias penales

Para los delitos cometidos en vigencia de la ley 600 de 2000⁶, del artículo 205 de dicha ley se desprende que al haber sido declarada inexecutable la expresión “ejecutoriadas”, cuando se interpone el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por las salas de decisión

⁴ <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=282320>

⁵ Por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
 Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, se entiende que la sentencia queda ejecutoriada una vez queda en firme el auto que decide sobre su admisión o el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia según corresponda:

“ARTICULO 205. PROCEDENCIA DE LA CASACION. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 10. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La casación procede contra las sentencias ~~ejecutoriadas~~⁷ proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

La casación se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

(..).”

3.6. La competencia

La competencia es el poder o la potestad de la autoridad pública para ejercer determinada actuación, apegada al ordenamiento legal que la autoriza y tiene tres (3) modalidades: Por razón de la materia, del territorio y de la temporalidad.

En cuanto a la competencia temporal, será el tiempo dentro del cual la autoridad administrativa debe ejecutar los actos o ejercer sus competencias. Sin embargo, el vencimiento del plazo por si solo no es causal de pérdida de competencia pues dicha consecuencia debe establecerla el ordenamiento jurídico, es así como la sección quinta del Consejo de Estado en sentencia del 24 de julio de 1997 expresó⁸:

“No siempre que se señala un plazo para resolver, está disponiéndose una limitación temporal, de manera que transcurrido ese plazo el órgano pierda la competencia y la decisión adoptada resulte inválida. Sin embargo, ello es así cuando expresamente así lo establezca o cuando lo determine la naturaleza del mismo plazo”

En la misma dirección, en la sentencia del 12 de octubre de 2011 de la sección segunda del Consejo de Estado¹⁰ se reafirma que no es causal de anulación del acto de retiro haberlo expedido fuera del término:

“En estas condiciones, la decisión se encuentra ajustada a las previsiones consagradas en el ordenamiento jurídico, es decir, a lo establecido en los artículos 38, 40 y 41 del Decreto 262 de

⁷ Aparte declarado inexecutable mediante sentencia C-252 de 2001 M.P. dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁸ C.P. dr. Mario Alario Mendez, exp. No 1570.

⁹ Argumentos expuestos con base en el libro “derecho procesal administrativo tomo I”. Juan Carlos Galindo Vacha. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis. Bogotá D.C. 2013.

¹⁰ C.P. dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. No 68001-23-15-000-2000-00068-01 (2798-08). Demandante: Gustavo Piedrahita. Demandado: Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
 Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

1994, por lo que no puede pretender el recurrente que el acto de retiro se tenga como ilegal en incluso en causal de nulidad, por el simple hecho de haberse expedido, supuestamente, por fuera del término consagrado en el artículo 41 del Decreto 262 de 1994, ya que la decisión de separarlo en forma absoluta de la Policía Nacional por haber sido condenado a la pena principal de dos (2) meses de arresto, multa de un mil pesos (\$1.000) y como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, no contraría ningún mandato legal al existir una disposición de orden legal que autorizaba tal decisión”

Ahora bien, de la sentencia antes expuesta se observa que para contabilizar el término de los treinta (30) días para disponer la separación absoluta del cargo debe tenerse certeza de la fecha en la cual se le comunicó al funcionario competente:

“Dentro del expediente se observa que el Juez de Primera instancia si bien dio aviso al Director General de la Policía Nacional de las sentencias de 1ª y 2ª instancia, con oficio fechado el 7 de julio de 1998 (Fl. 98), no se logró demostrar la fecha exacta en que fue recibida la respectiva comunicación para realizar el cómputo del término que la ley dispone”

3.7.1. Caso concreto

3.7.1.1. Pruebas que obran en el expediente

De las pruebas que obran en el expediente son relevantes las siguientes:

1. Hoja de servicios No 3-93 448 370 (Fols. 120 al 122 Cuad. Pcipal).
2. Sentencia del 9 de julio de 2004 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué (Fols. 193 a 240 Cuad. Pcipal y Fol. 250 cuad. Pruebas de oficio III).
3. Sentencia de segunda instancia del 2 de febrero de 2006 de la sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Fols. 244 a 266 Cuad. Pcipal.).
4. Auto del 26 de septiembre de 2007 de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹ (Fols. 273 a 285 cuad. Pcipal).
5. Auto del 7 de febrero de 2007 del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Fol. 187 a 192 cuad. Pruebas de oficio IV).
6. Oficio con radicado No 2012 565 023 5511 del 9 de marzo de 2012 del Subdirector de Personal del Ejército al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Fol. 248 cuad. Pruebas de oficio IV).

¹¹ M.P. dr. Javier Zapata Ortiz.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

7. Oficio penal No 1972 del 20 de marzo de 2012 del Notificador del centro de servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Ibagué al Subdirector antes mencionado (Fol. 248 cuad. Pruebas de oficio IV).
8. Auto No 1.760 del 1º de septiembre de 2011 del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué (Fols. 293 a 295 cuad. pcipal).
9. Resolución No 0685 del 7 de mayo de 2012 del Jefe de Desarrollo Humano del Ejército (Fols. 7 Cuad. Pcipal y 254 cuad. Pruebas de oficio IV).
10. Oficio del 8 de mayo de 2012 del Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección de Personal del Ejercito al Juzgado primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Fols. 250 y 256 cuad. Pruebas de oficio IV).
11. Oficio penal No 3176 del 16 de mayo de 2012 del Jefe del centro de servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Ibagué dirigido al Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección de Personal del Ejercito (Fol. 251 cuad. Pruebas de oficio IV).
12. Comunicación del 25 de julio de 2012 de la resolución anterior (Fol. 13 Cuaderno principal).
13. Resolución No 0810 del 30 de mayo de 2012 del Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional (Fol. 8 Cuad. pcipal).
14. Notificación personal del 1º de junio de 2012 de la resolución anterior (Fol. 14 Cuad. Pcipal.)
15. Recurso de reposición en subsidio apelación del 6 de junio de 2012, en contra de la resolución No 0810 de 2012 (Fols. 15 y 16 Cuad. Pcipal.)
16. Oficio distinguido con el radicado No 2012 5 620 695 971 del 5 de julio de 2012 del Subdirector de Personal del Ejército Nacional (Fols. 9 al 12 cuaderno principal).
17. Comunicación del 25 de julio de 2012 de la resolución No 685 de 2012 (Fol. 13 Cuad. pcipal).

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

18. Sentencia proferida por la sala de decisión laboral del 17 de julio de 2012, (Fols. 17 al 25 cuaderno principal).
19. Sentencia del 14 de agosto de 2012 por parte de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (Fols. 26 al 32 cuaderno principal).

3.7.1.2. Hechos probados

Están probados los siguientes hechos:

Que el señor Carlos HERNEDIS Trujillo Pava ingresó a la carrera de Suboficial del Ejército Nacional el 1º de septiembre de 1990, en el grado de cabo segundo (Fols. 120 a 122 cuad. Pcipal).

Sentencias penales de instancia y recurso de casación

El Sr. Cala ERNEDIS Trujillo Pava, hoy Carlos ERNEDIS Trujillo Pava, fue condenado en primera instancia por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito especializado de Ibagué, a la pena principal de once (11) años y tres (3) meses de prisión como coautor responsable del delito de concierto para delinquir (Artículo 340-2 C.P.) y a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal (Fols. 193 a 240 Cuad. Pcipal y Fol. 250 cuad. Pruebas de oficio III).

En la mencionada sentencia, se dio por probado que para el año 2002 en el Municipio de Chaparral, Sur del Tolima, se conformó un grupo de personas armadas orientado y dirigido por el demandante con el fin de efectuar limpieza social, manifestando que eran integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.):

*“Sin lugar a duda, estos medios de prueba apuntan a señalar, ni mas ni menos, que para el año 2002, en la localidad de Chaparral, al sur del Departamento del Tolima, se conformó un grupo de sujetos armados, orientado y dirigido por el Sargento activo del Ejército Nacional CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA, con la finalidad de combatir la guerrilla y, en especial, a los milicianos que operaban en dicha localidad, **amén de efectuar limpieza social, contraviniendo el ordenamiento legal.** A dicho grupo, se vincularon de manera voluntaria, entre otros, los señores (...), quienes obtuvieron armas y en conjunto realizaban patrullajes y labores de inteligencia conforme a las directrices del oficial del Ejército.*

(...)

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

(...) por eso realizaban patrullaje e incluso, como en el presente caso, acudían a la forma mas elemental de solicitar colaboración a los funcionarios de la región, con visitas sorpresivas **y haciendo gala de pertenecer a las AUC.**

(...)

De ahí que el Estado censura y sanciona con igual intensidad todas las acciones desplegadas por los diferentes grupos armados al margen de la Ley, sin que pueda excluirse a los grupos de Autodefensas, que han sido catalogados como verdaderos grupos terroristas, precisamente por las graves afrentas que han ocasionado al pueblo colombiano, **luego no podría el despacho aceptar, como lo pretenden los defensores, que los hechos desarrollados por el grupo armado que dirigía el Sargento CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA, e integrado, entre otros, por sus compañeros de causa, pueden tener aval del Estado, cuando se traducen en acciones delictivas y antijurídicas, completamente reprochables**” (Subrayado y negrilla del despacho).

La sentencia anterior fue confirmada, en segunda instancia por parte de la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Ibagué¹² mediante providencia del 2 de febrero de 2006 (Fols. 244 a 266 Cuad. Pcipal.).

Posteriormente, mediante auto del 26 de septiembre de 2007 la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia¹³ inadmitió la demanda de casación interpuesta por el procesado Cala HERNEDIS Trujillo Pava (Fols. 273 a 285 cuad. Pcipal), en contra de la sentencia de segunda instancia.

Trámite posterior

Mediante providencia del 7 de febrero de 2007, el Juzgado primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, le concedió libertad condicional al actor (Fol. 187 a 192 cuad. Pruebas de oficio IV).

Que el Señor Carlos HERNEDIS Trujillo Pava cumplió la condena impuesta dentro del Ejército Nacional, institución que le asignó funciones, le canceló su salario y le dio continuidad a la carrera militar, tanto así que fue ascendido al grado de Sargento Primero el 31 de agosto de 2007 (Lo anterior se encuentra probado a través de la aceptación del hecho tercero de la demanda por parte de la entidad demandada).

Mas adelante, con oficio No 2012 565 023 5511 del 9 de marzo de 2012, el Subdirector de Personal del Ejército solicitó al Juzgado primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, información del estado actual del proceso que se adelantó contra el actor, así como copia de la sentencia, constancia de ejecutoria, al indicar

¹² M.P. dr. Fernando Olaya Lucena.

¹³ M.P. dr. Javier Zapata Ortiz.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNEDIS Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

que en su base de datos se registró que mediante auto del 7 de febrero de 2007 ese Juzgado le concedió libertad condicional.

Con oficio penal No 1972 del 20 de marzo de 2012, el notificador del centro de servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Ibagué le contesta al mencionado Subdirector, indicándole que mediante providencia del 1º de septiembre de 2011 se declaró extinguida la pena de 11 años y 3 meses del actor; sin embargo, no se observa cuando se radicó dicha respuesta en la oficina del mencionado Servidor (Fols. 248 y 249 cuad. Pruebas de oficio IV).

Posteriormente, mediante el auto No 1.760 del 1º de septiembre de 2011, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué resolvió declarar la extinción de la pena de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas y como consecuencia de lo anterior restituyó al hoy demandante los derechos políticos consagrados en el artículo 40 C.P. (Fols. 293 a 295 cuad. pcipal).

Mediante resolución No 0685 del 7 de mayo de 2012, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al Sargento Primero Cala HERNEDIS Trujillo Pava, por haber sido condenado por el delito de concierto para delinquir a la pena principal de prisión de 11 años y 3 meses y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual (Fols. 7 Cuad. Pcipal. y 254 cuad. Pruebas de oficio IV).

Mediante la resolución No 0810 del 30 de mayo de 2012, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, se aclaró la resolución No 0685 indicando que el separado del servicio cambió su nombre por el de Carlos HERNEDIS Trujillo Pava (Fol. 8 Cuad. pcipal).

La resolución No 0810 se le notificó personalmente al actor el 1º de junio de 2012 (Fol. 14 Cuad. Pcipal.) .

Que el 6 de junio de 2012, la parte actora presentó recurso de reposición en subsidio apelación en contra de la resolución No 0810 de 2012 (Fols. 15 y 16 Cuad. Pcipal.)

Con oficio distinguido con el radicado No 2012 5 620 695 971 del 5 de julio de 2012 el Subdirector de Personal del Ejército Nacional se pronunció frente al recurso de reposición en subsidio apelación formulado por el apoderado del actor en contra de la resolución No 810 de 2012 (Fols. 9 al 12 cuaderno principal).

Mediante sentencia de tutela proferida por la sala de decisión laboral del 17 de julio de 2012, la sala de decisión laboral del Tribunal Superior de Ibagué¹⁴, ordenó al Jefe

¹⁴ M.P. dr. Rafael Moreno Vargas

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos Hernedis Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

de Desarrollo Humano del Ejército proceda a notificar en debida forma al actor la resolución No 685 del 7 de mayo de 2012 (Fols. 17 al 25 cuaderno principal).

La anterior providencia fue confirmada mediante sentencia del 14 de agosto de 2012 por parte de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ (Fols. 26 al 32 cuaderno principal).

Mediante comunicación del 25 de julio de 2012 le fue comunicada al actor la resolución No 685 de 2012 (Fol. 13 Cuad. pcpial).

3.7.1.3. Conclusión

Tenemos que la sentencia de condena proferida por la Jurisdicción ordinaria en contra del actor, Sr. Carlos Ernedis Trujillo Pava, quedó ejecutoriada una vez quedó en firme el auto del 26 de septiembre de 2007, proferido por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el actor.

En este orden de ideas, de las pruebas recaudadas se deduce que el Subdirector de Personal del Ejército, tuvo conocimiento de la condena ejecutoriada proferida en contra del demandante al recibir el oficio penal No 1972 del 20 de marzo de 2012, pero no se encuentra probado en que fecha se radicó el mencionado oficio y en consecuencia, no se puede realizar el computo del término de los treinta (30) días establecido por el artículo 113 del decreto 1790 de 2000.

3.7.1.4. Contraargumentos

Ahora bien, en gracia de discusión podría sostenerse que el computo del término debería realizarse a partir de la ejecutoria del auto del 26 de septiembre de 2007, en el cual se inadmitió la demanda de casación y que en consecuencia el retiro del actor se produjo casi cinco (5) años después que quedó ejecutoriada la sentencia penal y en consecuencia se generó la falta de competencia temporal y que deben anularse los actos acusados.

Al respecto, tanto la sentencia de la sección segunda y quinta del Consejo de Estado, expuestas con anterioridad, han sido contundentes en el sentido que el vencimiento del término no es causal para anular un acto administrativo y además por la naturaleza del mismo, su vencimiento no genera la mencionada causal, pues si así se interpretara se llegaría a extremos no queridos por el ordenamiento jurídico, donde una persona que cometió un delito gravísimo que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública, se ordenaría su reintegro por no haberse dispuesto su retiro en tiempo.

¹⁵ M.P. dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos Hernedis Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Adicionalmente, de acceder a las pretensiones, se estaría enviando un mensaje negativo a los integrantes del Ejército, pues se estaría debilitando la ética y desestimulando el comportamiento ejemplar de la tropa, aspectos que como se señaló con anterioridad viene trabajando el Ejército Nacional.

Finalmente, frente a la sentencia del Consejo de Estado que se expuso como sustento de las súplicas de la demanda, no puede perderse de vista que en esa sentencia, se trató del caso de un uniformado de la Policía Nacional que fue sorprendido en estado de embriaguez en momentos que se encontraba en servicio, conducta que es menos grave que la del demandante, que fue condenado por dirigir un grupo de hombres armados con el fin de efectuar limpieza social, que es una conducta gravísima reprochada por el ordenamiento jurídico.

4. Costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹⁶ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

Además en el caso concreto que abordó la Sección Primera se indicó que no había lugar a imponer condena en costas en contra de la sociedad demandante por no haber prosperado los argumentos de su apelación porque en el cuaderno de segunda instancia no aparece probada su causación.

Al respecto y con el mayor respeto por la decisión del Consejo de Estado este Despacho no comparte lo manifestado específicamente respecto del caso concreto, por los argumentos que se exponen a continuación en cumplimiento de la carga de transparencia.

Revisado el texto de la sentencia en su numeral 5.2. se relacionaron los alegatos de la entidad demandada, por lo tanto si se causaron. Adicionalmente, se exponen los siguientes argumentos:

Para determinar si procede o no dicha condena, la pregunta que surge inmediatamente es si debe tenerse en cuenta la conducta asumida por las partes; o si por haber sido vencido en juicio debe ser condenado en costas.

Es así como el artículo 171 del derogado Código Contencioso Administrativo establecía que debía realizarse la primera de las valoraciones antes mencionada; es decir, un régimen subjetivo donde debía establecerse si la parte vencida había actuado con temeridad o mala fe, pero el artículo 188 del C.P.A.C.A indica que se dispondrá sobre las costas de donde se deduce que se cambió por un régimen objetivo, porque nada se dijo sobre la conducta de las partes.

¹⁶ C.P. dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos HERNANDEZ Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

La anterior conclusión es confirmada por el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En concordancia con lo anterior, el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En este orden de ideas, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo tanto, en el caso decidido por la Sección Primera si el apoderado de la parte que resultó victoriosa en el proceso presentó alegatos en segunda instancia, se causaron agencias en derecho y éstas deben ser fijadas por el Juez o el Magistrado Sustanciador.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandante que resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandada presentó contestación a la demanda, (Fols. 101 a 108 cuad. Pcipal.), asistió a la audiencia inicial (Fols. 186 a 188 cuad. Pcipal.), a la de pruebas (Fols. 316 y 317 cuad. Pcipal. y presentó alegatos de conclusión (Fols. 319 a 235 cuad. Pcipal.) se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), de conformidad con el Acuerdo No. 1887 del 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

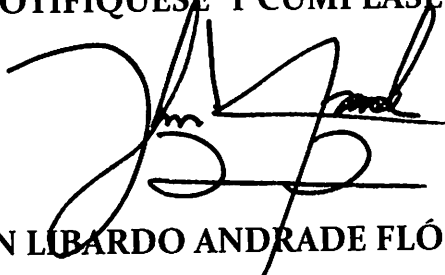
SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante Tásense.

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos (\$300.000) que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

Expediente No 73 001 3333 005 2013 00057 00
Demandante: Carlos Henedis Trujillo Pava
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente: 73001-23-33-005-2013-00057-02
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA
Apoderado demandante: RICARDO FABIÁN RODRÍGUEZ LOZANO-HELENA
MARGARITA PIÑEROS OSORIO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÈRCITO NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el día 29 de junio de 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. PRETENSIONES

La parte accionante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, promovió demanda en contra de la Nación – Ministerio Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 0685 del 7 de mayo de 2012, No. 0810 del 30 de mayo de 2010 y el Oficio No. 20125620695971 del 5 de julio de 2012, mediante los cuales se separó de manera absoluta del servicio activo al demandante quien desempeñaba el cargo de Sargento Primero.

Y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada efectuar el reintegro sin solución de continuidad del demandante al servicio activo y en el grado que corresponda.

Que se ordene a la demandada pagar todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de recibir por el actor durante el periodo en que estuvo retirado del servicio, esto es, desde el 1° de mayo de 2012 hasta que se haga efectivo el reintegro, por un valor de \$31.099.908.

Que se ordene a la demandada indemnizar los perjuicios morales sufridos por el demandante equivalente a 100 SMLMV, por la congoja, sufrimiento, sentimientos de desesperanza y demás que tuvo que soportar como consecuencia del retiro del servicio.

Que se ordene a la demandada indexar las sumas reconocidas y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

2. HECHOS

Los que tienen relevancia jurídica son los siguientes:

2.1 El demandante ingresó a la carrera de Suboficial del Ejército Nacional, el 1° de septiembre de 1990 en el grado de Cabo Segundo.

2.2 Que el demandante se encontraba en servicio activo cuando fue condenado el 9 de julio de 2004, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué a pena privativa de la libertad, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué el 12 de junio de 2006, cumpliendo la pena impuesta, mientras era miembro activo del Ejército Nacional, tanto así que el 31 de agosto de 2007 ascendió al Grado de Sargento Primero y posteriormente fue convocado para ascenso al grado de Sargento Mayor.

2.3 Mediante las Resoluciones No. 0685 del 7 de mayo de 2012 y No. 0810 del 30 de mayo de 2012, la demandada separó de manera absoluta del servicio activo al demandante; por lo que el 6 de junio de 2012, este presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

2.4 Mediante comunicación No. 20125620695971 del 5 de julio de 2012, la demandada dio respuesta al recurso interpuesto y negó lo pedido por el demandante en su recurso.

2.5 El 4 de julio de 2012, el demandante presentó tutela en contra de la demandada por vulneración al debido proceso ante la ausencia de notificación de la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, que lo separó del servicio activo, por lo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, decidió amparar tal derecho y en cumplimiento de ese fallo de tutela el día 25 de julio de 2012, fue notificado el acto en mención.

2.6 La Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, fundamentó la separación absoluta del servicio del demandante en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, por una condena impuesta en su contra por parte de la justicia ordinaria que quedó ejecutoriada el 12 de junio de 2006.

2.1 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Relaciona como normas violadas las siguientes:

- Preámbulo, artículos 2 y 29 de la Constitución Política.
- Artículo 113 del Decreto 1790 de 2000.

Indicó que, la sentencia condenatoria impuesta al demandante quedó ejecutoriada el 12 de junio de 2006, cuando transcurrió el término de firmeza de la segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Ibagué, por lo que la facultad de ordenar la separación absoluta del cargo que otorga a la demandada el Decreto 1790 de 2000, terminó el 13 de julio de 2006, esto es, 30 días después de la ejecutoria del fallo emitido en la justicia ordinaria.

Que la demandada no hizo uso de la facultad otorgada por el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, dentro del límite temporal establecido en el artículo 113 *ibidem*, por el contrario, durante la prestación del servicio militar del actor, la institución militar nunca mostró la voluntad de separarlo por el hecho de haber sido condenado penalmente, puesto que este no fue suspendido de su cargo, continuo sus labores como miembro activo y fue llamado a curso de ascenso para el grado de Sargento Primero mediante Resolución No. 1296 del 31 de agosto de 2007 y posteriormente para Sargento Mayor, este último no se dio porque la demandada emitió los actos administrativos demandados.

Que la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012 y por ende los actos administrativos que devinieron de la misma, adolecen de irregularidad al momento de su expedición, por falta de competencia por el factor temporal e infracción de las normas en que debió fundarse, puesto que la demandada hizo uso de manera extemporánea de la causal de separación absoluta del Suboficial, lo que da lugar a su nulidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sostuvo que se opone a todas las pretensiones porque no se encuentra probada su responsabilidad en los hechos, sin que el demandante acreditara los supuestos fácticos expuestos en la demanda, siendo su carga procesal.

Que, aunque el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, establece que la separación absoluta del servicio debe realizarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, es claro que en esa disposición no se menciona que dentro de esos 30 días se debe expedir el acto de retiro, pues, ese ese término se refiere a aquel en el que el competente debe conocer las razones por las cuales se puede considerar el retiro.

Que en el caso concreto, el Ejército Nacional solo hasta el 20 de marzo de 2012, conoció la condena impuesta al demandante, pues, mediante Oficio No. 1972 de esa fecha, el Juzgado Primero Penal del Circuito envió la sentencia condenatoria y es desde ese momento en que la entidad inició el trámite administrativo tendiente a la expedición de los actos que lo retiraron del servicio, sin que trascurrieran más de 30 días.

Que la medida de retiro del servicio del demandante fue aplicada de manera puntual tanto en su trámite como en su forma, pues, como se indicó en la Resolución No. 685 del 7 de mayo de 2012, se produjo por aplicación del artículo 111 del Decreto 1790 de 2000.

Que la parte demandante quiere hacer ver que el acto acusado no se ajusta a derecho porque si bien se le condenó por un delito doloso que para la fecha en la que fue notificado de su desvinculación ya había cumplido la pena, es claro decir que el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, el cual sirve de fundamento para el retiro, no expresa que esta separación absoluta prescribe una vez el oficial o suboficial haya cumplido su pena; por el contrario esa prerrogativa tiene como propósito desvincular de manera absoluta a aquellos militares que no hayan guardado un comportamiento ético y moral frente a la institución que representa y frente a la sociedad que juró proteger.

Que el Decreto 1790 de 2000, en su artículo 111, establece que cuando el oficial o suboficial de las fuerzas militares sea condenado a la pena principal de prisión por la justicia penal militar o por la ordinaria, será separado en forma absoluta de las fuerzas militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas. sin discriminar que dicha facultad discrecional de la administración debe cesar por haber cumplido la pena privativa de la libertad, así como la accesoria.

Que la facultad discrecional es una actividad que se puede ejercer de manera libre y autónoma, pues, de otra forma perdería su razón de ser, por virtud de autoridad legal y de acuerdo a los trámites establecidos, como por ejemplo en este evento la recomendación previa del Comité de evaluación.

Por tanto, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El día 29 de junio de 2016, el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, negó las pretensiones, por considerar que no se encuentran viciados de nulidad los actos acusados, toda vez que de las pruebas aportadas no se puede realizar el cómputo del término de los 30 días, establecido en el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000.

Que el vencimiento del término no es causal para anular un acto administrativo y además por la naturaleza del mismo, su vencimiento no genera la mencionada causal, pues, si así se interpreta se llegaría a extremos no queridos por el ordenamiento jurídico, donde una persona que cometió un delito gravísimo que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública, podría reintegrarse al servicio militar por no haberse dispuesto su retiro en tiempo.

6. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante interpuso recurso de apelación, y expresó que del contenido del artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, se puede obtener las siguientes conclusiones: i) la competencia orgánica para disponer la separación de los suboficiales, es otorgada al Comandante de Fuerzas respectiva, en el presente caso, se cumplió con tal exigencia con tal exigencia procedimental con la expedición del acto de retiro; ii) la competencia temporal entregada a las autoridades para disponer dicho retiro, se limitó a 30 días, término que señala clara y expresamente el legislador, se debe computar desde la ejecutoria de la providencia que impone la condena y iii) que el legislador no discriminó o señaló ninguna circunstancia especial, para exceptuar la regla general de competencia temporal, esto es, que la condena se hubiese impuesto por delitos graves o leves.

Que el legislador establece el momento en que debe contabilizarse el término para declarar la separación absoluta del militar, y la interpretación de la norma no puede

resultar desfavorable a los intereses del trabajador, más aun, cuando se debe garantizar la seguridad jurídica amparada en el principio de legalidad.

Que, en el expediente obra prueba suficiente que acredita que la Dirección de personal de la entidad demandada, sí conocía la sentencia condenatoria, la pena impuesta e incluso los pormenores de la ejecución de misma, pues, fue aportado oficio No. 316064 del 23 de marzo de 2007, emitido por el Subdirector del Personal del Ejército Nacional, con el que se solicitó copia del auto donde se concedió la libertad condicional al demandante, quien además se encontraba purgando su pena en un establecimiento militar, el cual fue respondido por la autoridad judicial, mediante oficio en el que se señaló la sentencia impuesta y el término de ejecución de la misma.

Que en el proceso se encuentra probado que luego de purgar su condena, fue reintegrado a las labores y ascendido a los grados de Sargento Viceprimero y Sargento Primero, lo que implicó un completo análisis al historial laboral del uniformado, en el cual se deben consultar actuaciones jurídicas en su contra, sin que ello limitara sus ascensos.

Que de la simple lectura de la norma se puede extraer que el término para separar de forma absoluta a un militar del servicio activo, se debe contabilizar desde el momento en que cobra ejecutoria la sentencia condenatoria, lo cual, sucedió el 26 de septiembre de 2007.

Que el *a quo* realizó una valoración subjetiva de la conducta del demandante, lo cual además de ser injusto y desproporcionado, va en contravía de lo establecido en el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, dándole a la norma un alcance moral y social, pues, con esa interpretación se permite que quien cometa un delito, así sea condenado y pague su condena y por ende su deuda con la sociedad, lleve consigo de manera perpetua el antecedente de su anterior actuar, permitiéndose incluso que se violen garantías como trabajador y persona.

Por último, solicitó se revoque la sentencia apelada y, en consecuencia, se accedan a las pretensiones.

7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente fue radicado en esta Corporación el 26 de septiembre de 2016 y mediante providencia del día 11 de octubre del mismo año, se admitió la apelación impetrada por la demandante.

El 1° de noviembre de 2016, se corrió traslado a las partes por 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión y, posteriormente y por un término igual, se dio el traslado al representante del Ministerio Público para que rindiera su respectivo concepto; oportunidad en la que la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

8. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Sostuvo que no hay prueba que indique que la entidad demandada haya tenido conocimiento oficial y directo de la existencia de la sentencia condenatoria de privación

física de la libertad del demandante, antes del mes de marzo de 2012, pues, lo que sí se demostró es que después de esa fecha se desplegaron todas las acciones necesarias para tener conocimiento de esa situación, por lo tanto, no se puede decir que el Comando del Ejército, perdió competencia para la aplicación de la causal de retiro de separación absoluta del demandante, ya que no acreditó cuando empezó a correr el término respectivo.

Que el demandante no fue condenado por una situación menor, sino porque conformó un grupo de sujetos armados con la finalidad de combatir la guerrilla, y en especial milicianos, además de efectuar limpieza social, contraviniendo en todo el ordenamiento legal, es decir, que con su actuar trasgredió las normas constitucionales y legales, que establecen el fin superior de la calidad de miembros de las Fuerzas Militares.

Que independientemente de cualquier situación administrativa, el demandante no tiene la calidades para volver a pertenecer a las Fuerzas Militares, así las cosas si el acto administrativo de retiro, fue expedido después de los 30 días en que la demandada tuvo conocimiento oficial de la existencia de una sentencia condenatoria a pena de prisión, el acto demandado podría ser declarado nulo, pero no por ello puede tener como restablecimiento el reintegro, porque el actuar desplegado que originó la condena penal es contrario a la razón de ser de la institución, los principio y derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos que estaba llamado a salvaguardar, respetar y proteger.

Finalmente, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para resolver el presente recurso de apelación, tal como lo establecen los artículos 153 y 247-4 del CPACA, este último modificado por el artículo 623 de la Ley 1564 del 2012, en concordancia con el art. 328 del CGP y el Acuerdo PSAA12-9456 del 23 de mayo del 2012, por medio del cual se adoptaron medidas tendientes a la implementación de la ley 1437 del 2011 en el Distrito Judicial Administrativo del Tolima.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Corresponde determinar si,

- La causal de separación absoluta del servicio activo, contemplada en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, pierde validez al no haberse declarado por parte de la demandada dentro del término legal establecido en el artículo 113 de la norma *ibídem*.
- La conducta del demandante cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, para se separado en forma absoluta del servicio activo.

8.3 HECHOS RELEVANTES JURÍDICAMENTE PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. El demandante ingresó al Ejército Nacional como Alumno Oficial el 13 de abril de 1989 hasta el 31 de agosto de 1990, y de ahí en adelante prestó sus servicios como Cabo Segundo del 1° de septiembre de 1990 al 31 de agosto de 1993; como Cabo Primero del 1° de septiembre de 1993 al 31 de agosto de 1997; como Sargento Segundo del 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 2002; como Sargento Viceprimero del 1° de septiembre de 2002 al 2 de septiembre de 2007; Como Sargento Primero del 3 de septiembre de 2007 hasta el 7 de mayo de 2012, siendo retirado del servicio por la causal de separación absoluta	Documental.- Hoja de servicio No. 3-393448370 del 30 de mayo de 2012 (Fol. 120.122)
2. Mediante Sentencia del 4 de julio de 2004, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, condenó al demandante a pena privativa de la libertad de 11 años y 3 meses de prisión y multa de 3000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir agravado, la cual fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 2 de febrero de 2006.	Documental. - Sentencia del 4 de julio de 2004, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué. (Fol. 193 al 237) Documental.- Sentencia del 2 de febrero de 2006 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Fol. 244 al 266)
3. Mediante providencia del 26 de septiembre de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, inadmitió demanda de casación presentada por el demandante en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué	Documental.- Providencia del 26 de septiembre de 2007, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Fol. 273 al 284)
4. Mediante Auto No. 1760 del 1° de septiembre de 2011, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, declaró extinta la pena impuesta en contra el demandante	Documental.- Auto No. 1760 del 1° de septiembre de 2011, emitida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué (Fol. 293 al 295)
5. Mediante Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, la demandada separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al demandante, la cual fue	Documental. - Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012 (Fol. 7)

aclarada mediante Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012, la demandada aclaró la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012.	Documental.- Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012 (Fol. 8)
6. El demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 0810 del 30 de mayo de 2012; sin embargo, la demandada mediante oficio No. 20125620695971 del 5 de junio de 2012, indicó que no era posible acceder a lo solicitado en el recurso.	Documental. - Escrito de recurso suscrito por el demandante (Fol. 15-16) Documental.- oficio No. 20125620695971 del 5 de junio de 2012 (Fol. 9 al 12)
7. Mediante fallo de tutela del 17 de julio de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, amparó el derecho al debido proceso y ordenó la notificación de la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, el cual fue confirmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.	Documental. - fallo de tutela del 17 de julio de 2012, emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Fol. 17-25) Documental.- fallo de tutela del 14 de agosto de 2012, emitido por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Para la Sala, merece plena credibilidad, la documental aportada, en la medida en que fue arribada al proceso oportunamente por las partes y en ningún momento fue desconocida o tachada, razón por la cual se itera, tiene pleno valor probatorio.

8.4. DE LA SEPARACIÓN ABSOLUTA DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

La Constitución Política, en su artículo 216, dispone:

“(...) ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio. (...)”

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1790 del 14 de septiembre de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, estableciendo en el título IV Capítulo I, todo lo relacionado con la **suspensión, retiro, separación y reincorporación del servicio militar**.

De esa manera, la norma *ibídem*, contempla la causal de separación absoluta del servicio activo, cuya consecuencia es que el militar no podrá volver a pertenecer a las Fuerzas Militares, así:

*(...) **ARTÍCULO 111. SEPARACIÓN ABSOLUTA.** Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares **sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria**, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.*

(....)

ARTÍCULO 113. AUTORIDAD QUE DISPONE LA SEPARACIÓN.** Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de oficiales; por el comando de fuerza respectiva, para los suboficiales, **debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva. (...)
(negrilla fuera de texto)

Conforme a lo anterior, es claro, que el Decreto 1790 de 2000, dispone que el militar que se encuentre en servicio activo y sea condenado a una pena principal de prisión emitida por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, incurrirá en causal para la separación absoluta de las Fuerzas Militares, sin que tenga posibilidad alguna de volver a ingresar o pertenecer a las mismas, siempre que la condena no surja de delitos culposos o por fallos disciplinarios.

8.5. CASO CONCRETO

En el *sub júdice*, la parte demandante pretende la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 0685 del 7 de mayo de 2012, No. 0810 del 30 de mayo de 2010 y el Oficio No. 20125620695971 del 5 de julio de 2012, mediante los cuales se separó de manera absoluta del servicio activo al demandante quien desempeñaba el cargo de Sargento Primero; y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene su reintegro sin solución de continuidad y en el grado que corresponda, junto con el pago de las respectivas prestaciones dejadas de percibir debidamente indexadas.

El Juzgado de Instancia negó las pretensiones, por considerar que el vencimiento del término no es suficiente para anular un acto administrativo y además por la naturaleza del mismo, su vencimiento no genera la causal de separación absoluta, pues, si así se interpreta se llegaría a extremos no queridos por el ordenamiento jurídico, donde una persona que cometió un delito gravísimo que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública, podría reintegrarse al servicio militar por no haberse dispuesto su retiro en tiempo.

La parte demandante, presentó recurso de apelación y señaló que conforme a la norma que regula la materia se puede extraer que el término para separar de forma absoluta a un militar del servicio activo, se debe contabilizar desde el momento en que cobra ejecutoria la sentencia condenatoria, lo cual, sucedió en este caso el 26 de septiembre de 2007, sin que se pueda interpretar de otra manera, y se acreditó que la Dirección de personal de la demandada, sí conocía la sentencia condenatoria, la pena impuesta y demás, pues, luego de purgar su condena, fue reintegrado a las labores y ascendido a los grados de Sargento Viceprimero y Sargento Primero, lo que implicó un completo análisis de su historia laboral, en el cual se debían consultar actuaciones jurídicas en su contra.

Igualmente, el recurrente indicó que el *a quo* realizó una valoración subjetiva de la conducta del demandante, lo cual además de ser injusto y desproporcionado, va en contravía de lo establecido en el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, dándole a la norma un alcance moral y social, pues, con esa interpretación se permite que quien cometa un delito, así sea condenado y cumpla su pena y por ende su deuda con la sociedad, lleve consigo de manera perpetua el antecedente de su anterior actuar, permitiéndose incluso que se violen garantías como trabajador y persona.

De lo probado en el proceso se puede concluir que:

- El demandante ingresó al Ejército Nacional como Alumno Oficial el 13 de abril de 1989 hasta el 31 de agosto de 1990, y de ahí en adelante prestó sus servicios como Cabo Segundo del 1° de septiembre de 1990 al 31 de agosto de 1993; como Cabo Primero del 1° de septiembre de 1993 al 31 de agosto de 1997; como Sargento Segundo del 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 2002; como Sargento Viceprimero del 1° de septiembre de 2002 al 2 de septiembre de 2007; Como Sargento Primero del 3 de septiembre de 2007 hasta el 7 de mayo de 2012, siendo retirado del servicio por la causal de separación absoluta.¹
- Mediante Sentencia del 4 de julio de 2004, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, condenó al demandante a pena privativa de la libertad de 11 años y 3 meses de prisión y multa de 3000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir agravado.²

¹ Visto en los folios del 120 al 122

² Visto en los folios del 193 al 237

- Mediante sentencia del 2 de febrero de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó el fallo condenatorio emitido contra el demandante por parte del Juzgado Primero Penal Especializado de Ibagué³
- Mediante providencia del 26 de septiembre de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, inadmitió demanda de casación presentada por el demandante en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.⁴
- Mediante Auto No. 1760 del 1° de septiembre de 2011, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, declaró extinta la pena impuesta en contra el demandante.⁵
- Mediante Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, la demandada separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al demandante, por las siguientes razones⁶:

“(…)

Que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Tolima), mediante fallo de fecha nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004), condenó al señor Sargento Primero CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.448.370 de Chaparral (Tolima), a la pena principal de once (11) años, tres (3) meses de prisión y multa de tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales, como coautor responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, así como a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual.

Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal, mediante providencia del dos (2) de febrero de dos mil seis (2006), al desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Tolima), adiado nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004), confirmando en todas sus partes el fallo impugnado.

Que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007), inadmite la demanda de casación presentada por la defensa del señor Sargento Primero CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.448.370 Chaparral (Tolima) en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal.

(…)

Que de acuerdo a los antecedentes mencionados se procede a Separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares al Sargento Primero CALA HERNEDIS

³ Visto en los folios 244 al 266

⁴ Visto folios del 273 al 284.

⁵ Visto en los folios 293 al 295

⁶ Visto folio 7

TRUJILLO PAVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.448.370 Chaparral (Tolima), al tenor de lo dispuesto en el artículo 111 del Decreto Ley 1790 de 2000, así: “cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas (...)”(negrilla fuera de texto)

- Mediante Resolución No. 0810 del 30 de mayo de 2012, la demandada aclaró la Resolución No. 0685 del 7 de mayo de 2012, en los siguientes términos:

“(...) Que mediante Resolución 0685 de fecha siete (7) de mayo de dos mil doce (2012) se ordenó la separación Absoluta de las Fuerzas Militares del señor Sargento Primero CALA HERNEDIS TRUJILLO PAVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.448.370 expedida en Chaparral (Tolima).

Que el señor Suboficial referido, efectuó cambio de nombre en el registro civil de nacimientos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 999 de 1998, mediante escritura pública No. 379 del quince (15) de febrero de dos mil diez (2010), elevada ante Notaria Veintiuna de Santiago de Cali, llamándose en consecuencia CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA. (...)

RESUELVE:

PRIMERO: Aclarar la resolución No. 0685 de fecha siete (7) de mayo de dos mil doce (2012), en lo concerniente al nombre del señor Sargento Primero sujeto de la separación Absoluta de las Fuerzas Militares, el cual corresponde a CARLOS HERNEDIS TRUJILLO PAVA y no como allí aparece, de acuerdo a la parte considerativa del presente acto (...)

- El demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 0810 del 30 de mayo de 2012; sin embargo, la demandada mediante oficio No. 20125620695971 del 5 de junio de 2012, indicó que no era posible acceder a lo solicitado en el recurso.

Teniendo en cuenta lo anterior, está acreditado que el demandante mientras se encontraba en servicio activo en el Ejército Nacional, fue condenado por la justicia ordinaria a una pena privativa de la libertad de 11 años y 3 meses, por el delito de concierto para delinquir agravado, lo que dio lugar a la configuración de la causal de separación absoluta del servicio activo, contemplada en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, tal y como lo indicó la demandada en los actos demandados.

El artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, estableció como casual de separación absoluta del servicio activo: “(...) **ARTÍCULO 111. SEPARACIÓN ABSOLUTA.** Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas”.

Es decir, que no existe duda que en este asunto se cumplieron los presupuestos establecidos en la norma *ibídem*, para la configuración de la causal de separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares, pues, i) el demandante fue condenado a pena de prisión de 11 años y 3 meses, ii) la condena fue emitida por la justicia ordinaria, por parte del Juez Primero Penal Especializado de Ibagué y confirmada por la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, y la iii) la condena impuesta al demandante fue por el delito de concierto para delinquir agravado, sin que se trate de un delito culposo o emitido dentro de un fallo disciplinario.

Ahora bien, el artículo 113 del mencionado decreto, también dispone: “(...) *Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de oficiales; por el comando de fuerza respectiva, para los suboficiales, **debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.*** (...)”

Pese a que en la disposición legal antes trascrita se establece un lapso de 30 días para que las autoridades correspondientes dispongan la separación absoluta del servicio activo a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatorio, es necesario indicar que aunque el apelante pretenda la nulidad de los actos demandados con base en que la decisión de separación absoluta del servicio no fue emitida dentro de la mencionada oportunidad legal, es claro que si bien la norma dispone un término, ante la falta de cumplimiento del mismo no señaló la consecuencia respectiva, sin que se pueda determinar que por el hecho de que la autoridad no haya cumplido este límite temporal se desconocería la causal contenida en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000.

En este caso, no se puede desconocer que el demandante fue condenado a una pena principal de 11 años y 3 meses de prisión, por un delito no culposo, cuya consecuencia es la de no pertenecer en las Fuerza Pública, por lo que el no cumplimiento del término para declarar la casual en ningún momento da lugar a la inexistencia de la misma, la cual fue establecida para castigar la conducta de aquellos militares que cometieran delitos no culposos, pues, se espera que estos servidores adopten conductas intachables.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sede de tutela en un caso similar al aquí discutido, sostuvo⁷:

“(...) La Sala advierte que la razón que llevó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, a revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, consistió en que el señor Jonathan Caicedo Vargas fue condenado penalmente por el Tribunal Superior Militar a 6 meses de prisión, por un delito no culposo, razón por la cual, le era aplicable el artículo 111 del Decreto 1790 del 2000, es decir, la separación absoluta del servicio de

⁷ Consejo De Estado-Sala de Lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta-Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez; Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 11001-03-15-000-2018-03414-00(Ac), Actor: Jonathan Caicedo Vargas

las Fuerzas Militares, sin que el hecho de que se haya realizado por fuera del término señalado por el artículo 113 ibídem, pueda generar la nulidad del acto o la pérdida de competencia del Gobierno Nacional para expedir el mismo, pues no se puede perder de vista el sentido finalista de la norma, es decir, la especial condición de los miembros de la fuerza pública y las obligaciones que tienen como institución.

3.3. Adicionalmente, la Corporación demandada señaló que la decisión adoptada por el Gobierno Nacional, respecto a la separación absoluta del servicio del actor, **corresponde a una medida administrativa, que no tiene ninguna relación con las condenas principales y accesorias que el Juez Penal puede imponer, aclarando, que se trata de dos actuaciones y procedimientos diferentes.**

3.4. Las conclusiones arribadas en la sentencia atacada no resultan arbitrarias, en tanto que constituyen una interpretación razonable de las normas invocadas por el tribunal demandado. Veamos.

3.5. El artículo 111 del Decreto 1790 del 2000⁸, señala que habrá separación absoluta del servicio cuando «el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario».

3.6. De igual manera, el artículo 113 de dicha normatividad indica que la autoridad competente para disponer de la separación, corresponderá al Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de oficiales, y al Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de oficiales, aunado a que en cualquier caso, la misma debe ordenarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.

3.7. Conforme a lo anterior, es claro que la medida de separación absoluta del servicio, **corresponde a una actuación administrativa que debe ejercer el Gobierno Nacional, y que tiene como finalidad que aquellos oficiales que hubieren sido sancionados o condenados penalmente por delitos no culposos, sean apartados del servicio de manera definitiva.**

3.8. Siendo así, es razonable pensar que la separación absoluta del servicio **tiene una clara finalidad, y es cumplir con lo dispuesto por la Constitución Política para la Fuerza Pública y el mejoramiento del servicio, atendiendo las obligaciones de protección y cuidado del territorio nacional y sus habitantes, por parte de la Institución Castrense.**

(...)

3.10. Conforme con los argumentos expuestos en la providencia judicial cuestionada, se observa que, de un lado, el Tribunal advirtió que una cosa es el proceso penal que se llevó en contra del actor, por parte de la Justicia Penal Militar, y otra cosa, es la actuación administrativa desplegada por el Gobierno Nacional y el Ministerio de Defensa, en cumplimiento de sus funciones como nominadores de la Fuerza Pública, pues se trata de procedimientos y actuaciones diferentes, que en nada restringe el ámbito de sus competencias, análisis que comparte por completo la Sala, pues evidentemente se trata de

⁸ A través del cual se modifican las normas que regulan la carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

situaciones diferentes, que si bien es cierto, en ambas se habla de «separación absoluta del servicio», también lo es que, la primera, se enmarca dentro de una pena accesoria que puede imponer el Juez Penal Militar –artículo 51 de la Ley 1407 de 2010⁹-, y la última, es una forma de separación del servicio activo de las Fuerzas Militares con ocasión a una condena penal o sanción disciplinaria - artículo 111 del Decreto 1790 del 2000-.

*3.11. Y de otro lado, se infiere que el tribunal demandado entendió que dada las funciones y objetivos establecidas desde la Constitución Política de Colombia a las Fuerzas Militares, **la finalidad del artículo 111 del Decreto 1790 del 2000, es separar de manera definitiva del servicio a aquellos miembros de la Institución que no han cumplido de manera eficiente y ejemplar sus obligaciones, por lo que, el hecho de que el acto administrativo de separación del servicio, no se haya realizado dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión, en nada modifica la finalidad de la norma, y menos aún genera su nulidad.***

3.12. Así las cosas, la Sala reitera que la interpretación que hizo la Subsección B, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sobre los artículos 111 y 113 del Decreto 1790 del 2000 y 51 de la Ley 1407 de 2011, no resulta irrazonable y, por lo tanto, no constituye un defecto sustantivo. La competencia del juez de tutela, tratándose de defecto sustantivo por indebida interpretación, se limita a analizar si la interpretación fue o no razonable, que es, justamente, lo que está haciendo la Sala. (...)"

De acuerdo a lo expuesto, es claro que cuando se configura la causal de separación absoluta del servicio activo de un militar y se declara fuera del término indicado en el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, ello no es suficiente para declarar la nulidad del acto que contiene dicha decisión, porque la finalidad de la norma no es otra que apartar de manera definitiva del servicio a aquellos oficiales que han sido sancionados o condenados penalmente por delitos no culposos, en aras de cumplir con lo dispuesto por la Constitución Política en materia de fuerza pública, la cual debe propender por atender sus obligaciones de protección y cuidado del territorio nacional y sus habitantes; por tanto, no atender de manera estricta el término al que alude la norma para emitir la separación absoluta en nada modifica la finalidad de la norma.

Por otra parte, el apelante indicó que el *a quo* realizó una valoración subjetiva de la conducta del demandante, que resulta injusta y desproporcionada, pues, con ella se permite que quien cometa un delito, así sea condenado y cumpla su pena y por ende su deuda con la sociedad, lleve consigo de manera perpetua el antecedente de su anterior actuar, permitiéndose incluso que se violen garantías como trabajador y persona,

Frente a esto, es dable advertir que una cosa es el proceso penal que se adelantó ante la justicia ordinaria y otra, es la actuación administrativa de separación absoluta del servicio, desplegada por la demandada en cumplimiento de sus funciones, que no tiene otra finalidad diferente a la de apartar de la Fuerza Pública a militares que hayan sido sancionados o condenados penalmente, para garantizar el mejoramiento del servicio; sin que se pueda catalogar como un antecedente perpetuo, simplemente es una casual contemplada en la ley, en la que quien incurra tiene la respectiva consecuencia.

⁹ Código Penal Militar

Bajo el anterior panorama, la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, pues, no existe duda de la configuración de la causal contenida en el artículo 311 del Decreto 1790 de 2000. cuya consecuencia no es otra que la separación absoluta del servicio activo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

9. DE LA CONDENA EN COSTAS

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

10. OTRAS DECISIONES

En atención a la facultad conferida por el artículo 12 del Decreto 491 de 2020,¹⁰ en concordancia con el artículo 24 del Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 del CSJ¹¹, esta Corporación acordó que sesionará de manera virtual, en uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Por lo anterior, esta providencia se circulará para su deliberación a través de correos electrónicos institucionales.

¹⁰ El Decreto 491 de 2020, Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, dispone: "(...) Artículo 12 Reuniones no presenciales en los órganos colegiados de las ramas del poder público. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las normas vigentes, los órganos, corporaciones, salas, juntas o consejos colegiados, de todas las ramas del poder público y en todos los órdenes territoriales, podrán realizar sesiones no presenciales cuando por cualquier medio sus miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado. Las convocatorias deberán realizarse de conformidad con los respectivos reglamentos y garantizar el acceso a la información y documentación requeridas para la deliberación. Las decisiones deberán adoptarse conforme a las reglas de decisión previstas en los respectivos reglamentos, de todo lo cual deberá quedar constancia en las actas correspondientes a dichas sesiones, cuya custodia estará a cargo de sus secretarios. Excepto los asuntos y deliberaciones sujetas a reserva, como las de los órganos colegiados de la rama judicial, las sesiones no presenciales deberán ser públicas, para lo cual se deberá utilizar únicamente los medios o canales habilitados para el efecto en el reglamento. Lo dispuesto en el presente artículo tendrá vigencia hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. (...)"

¹¹ ACUERDO PCSJA20-11567 05/06/2020 "Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor"

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué el día 29 de junio de 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente. Por Secretaría del juzgado de origen se deberán liquidar.

TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico.

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado