

RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO – Previamente debe adelantarse un proceso breve y sumario. Debido proceso / RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO – Para su declaración no debe relacionarse simplemente la omisión de prestar el servicio. Ausencia. Justificación. Enfermedad. Incapacidad no cubría la totalidad de la ausencia en el servicio. Efectos

Dado que en el presente caso se encuentra probado que previamente a la expedición de la Resolución N°. 0941 de 30 de septiembre de 2002, sólo existía el acta N° 0577 de 29 de julio de 2002 elaborada por la junta en la que simplemente se hizo la relación de los días en los que el actor omitió su deber de prestar sus servicios, es evidente que, en el presente caso, no existió una evaluación de los hechos por parte de la entidad, ni se escuchó al actor antes de la expedición del acto, circunstancia que denota la ostensible vulneración del derecho al debido proceso del actor y razón que hace inminente la confirmación del fallo recurrido. Aunado a lo anterior, es del caso señalar que de conformidad con las pruebas del expediente el comportamiento del demandante no debe estudiarse sólo desde el punto de vista de si durante el término de la mora estaba o no incapacitado, sino que debe hacerse un análisis conjunto del comportamiento del actor para calificar si su ausencia en el ejercicio del cargo estaba debidamente justificada, más aún cuando como es sabido una enfermedad como lo es el dengue hemorrágico acarrea infecciones intestinales que causan episodios diarreicos que mirados desde el punto de vista humano impedían que el Sargento Ramos Sierra se trasladara desde la ciudad de Montería a la población de Nilo (Cundinamarca) a cumplir con el traslado. Entonces, si bien la incapacidad aportada por el actor no cubría la totalidad de los días que se ausentó, por la naturaleza de la enfermedad y los síntomas con los que el dengue se manifiesta (diarrea, fiebre, taquicardia y deshidratación), resultaba desde todo punto de vista inhumano exigirle que se presentara a cumplir sus deberes militares, más aun cuando como consta en el plenario, luego de haberse reintegrado al servicio, el actor tuvo que acudir al Comandante de la Décima Primera Zona de Reclutamiento el 13 de agosto de 2002, para solicitarle remisión al Dispensario Militar de la Zona porque aún seguía enfermo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 28 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 34 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 35 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 79

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01211-01(1237-09)

Actor: JAIRO ANTONIO RAMOS SIERRA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por el señor Jairo Antonio Ramos Sierra contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

2. PRETENSIONES

1.- La parte actora, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la nulidad de la Resolución N°. 0941 de 30 de septiembre de 2002, por medio de la cual se le retira por inasistencia al servicio sin causa justificada.

A título de restablecimiento del derecho, pidió se ordene al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reintegrarlo sin solución de continuidad al grado que tenía; a pagar todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de la separación absoluta del servicio hasta cuando sea reintegrado al grado y cargo que le corresponda dentro del escalafón policial, junto con el valor de los aumentos decretados con posterioridad a su retiro; a que se declare que para todos los efectos legales relacionados con prestaciones sociales, tiempo, ascensos y grados se considera que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, y a que de cumplimiento a la sentencia que acoja las pretensiones, dentro de los términos del artículo 176 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FACTICOS.

Los hechos que fundamentan las pretensiones del actor, se pueden resumir de la siguiente manera:

El SS ® Jairo Antonio Ramos Sierra, ingreso al Ejército Nacional el 1° de junio de 1991, habiendo prestado sus servicios durante 16 años 6 meses y 20 días.

Que fue retirado del servicio activo mediante la Resolución N°.000941 de 30 de septiembre de 2002 notificada el 23 de octubre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99, 100 literal a), numeral 6 y 109 del Decreto Ley 1790 de 2000, por inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin causa justificada, en forma temporal con pase a la reserva.

Que el acto anteriormente mencionado, se encuentra viciado de nulidad como quiera que con anterioridad al concepto de la Junta Asesora omitió realizar la investigación correspondiente y por ende desconoció el derecho de defensa material, por cuanto nunca fue escuchado en descargos, ni se decretaron pruebas.

Que lo anterior se encuentra ratificado mediante el proveído del Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar calendado el 22 de agosto de 2002 en Tolomaida - Nilo - Cundinamarca, dentro de la investigación disciplinaria N° 011/2002 BRIM-3 , en la que se precisó que la conducta desplegada por el peticionario era atípica por cuanto solamente permaneció ausente y sin permiso de sus superiores un lapso de 9 días cuando para que la conducta se considerara punible debía permanecerse ausente por más de 10 días consecutivos.

Que para el momento de la ocurrencia de los hechos el actor se encontraba adelantando un curso de capacitación avanzada de acuerdo OAO N°: 001027 del 18 de marzo de 2002.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cita como normas violadas los artículos 2°, 3°, 6°, 25, 29 y 125 de la Constitución Política; 55, 56 y 67 de la Ley 132 de 1995 y 36 y 84 del C.C.A.

Manifestó, que la decisión del Ministerio de Defensa de retirarlo por no haberse presentado al servicio sin justa causa por más de diez días, es violatoria del debido proceso, porque no contó previamente con la averiguación administrativa o investigación disciplinaria que la soportara.

Aunado a lo anterior, señaló que el acto acusado se encuentra falsamente motivado, por cuanto su inasistencia al servicio fue con ocasión a una enfermedad, afirmación que aparentemente demostró con la decisión proferida por el Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar, quien se abstuvo de proferir medida de aseguramiento por cuanto no halló probada la comisión del delito de abandono del servicio.

Precisó, que la administración desconoció la pauta jurisprudencial señalada en la sentencia C-525 de 1995, según la cual los órganos asesores de la Fuerza Pública, al momento de recomendar o avalar el retiro de un uniformado, deben examinar exhaustivamente las razones de la separación, situación que asegura no haber ocurrido en su caso, ya que la junta asesora que recomendó su retiro, no tuvo elemento de juicio alguno para hacerlo porque no adelantó la más mínima averiguación administrativa.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada contestó oportunamente el libelo, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Afirmó, que en el presente caso el actor no fue retirado en virtud de un fallo penal, sino de un procedimiento administrativo donde se probó la causal

de inasistencia al servicio por más de 10 días sin justa causa y que como es sabido las actuaciones penales y las administrativas son independientes entre sí.

Señaló, que de la comparación de los días en que al parecer el actor inasistió al servicio con los que estuvo excusado por un médico del Dispensario de la Décima Primera Brigada, se establece que fue superior a 10 días.

Precisó, que tampoco es de recibo la presunta violación al debido proceso, por cuanto como se encuentra demostrado en el plenario, el proceso adoleció de documentos que señalaran o explicaran el motivo de la inasistencia al servicio, tales como una incapacidad médica, haber estado retenido o privado de la libertad o haber tenido una calamidad doméstica que le hubiera impedido asistir al servicio.

6. EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó la nulidad de la Resolución N°.0941 de 30 de septiembre de 2002. Ordenó al demandado reintegrar sin que se entienda que existió solución de continuidad al actor al cargo que desempeñaba y con el grado que ostentaba al momento del retiro, así como a pagarle todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta que se produzca el reintegro.

Sostuvo, que era indispensable que previo a la declaratoria de abandono del cargo de que fue objeto el actor, se le iniciara y siguiera una actuación administrativa, en donde tuviera la oportunidad de asumir su defensa de conformidad con los artículos mencionados del Código Contencioso Administrativo. La no observancia de tales normas acarreó sin ninguna dubitación, una violación al debido proceso, lo que origina la anulación del acto de esta forma expedido.

Manifestó, que existe copia del oficio de 29 de julio de 2002, que informó al actor de la iniciación de un proceso disciplinario en su contra, sin embargo, no se sabe como concluyó este, porque nada se señaló por la entidad al contestar la demanda, aunado a que el abandono del cargo es una causal de

retiro autónoma de las investigaciones disciplinaria y penal que sobre el mismo hecho se inicien.

Que ante la jurisdicción penal militar se encuentra demostrado que la inasistencia al servicio estuvo plenamente justificada, dada la gravedad del dengue contraído desde el 8 de julio de 2002; que el galeno que atendió la consulta fue enfático en afirmar que la presencia del inculpado en el dispensario se realizó el día 10 de julio de 2002, fecha para la cual no se le determinó incapacidad alguna y se le ordenó tratamiento ambulatorio en su domicilio; pero que para el 17 del mismo mes y año, nuevamente se presentó en el dispensario de la brigada aduciendo el mismo quebrantamiento de salud lo que llevo a que el médico tratante expidiera una incapacidad médica desde el 16 de julio de 2002 al 23 del mismo mes y año, significando que el tiempo de incapacidad no supera el término de los 10 días preceptuados en la norma, por lo que mal se haría al endilgar responsabilidad cuando a todas luces se hace relevante el estado de salud del implicado.

Que la Fiscalía III ante el Tribunal Superior Militar mediante providencia de 22 de abril de 2005, consideró que si bien para el 10 de julio no se le dió ninguna incapacidad, la verdad es que conforme al diagnóstico y a la droga que se le formuló, el procesado padecía quebrantos de salud que no fueron superados inmediatamente sino que estos persistieron, tanto que el día 17 de julio del mismo mes y año, nuevamente regresó a consulta con fiebre asociada a dengue.

Que el comportamiento del actor no se debe analizar solo desde el punto de vista de si estaba incapacitado o no, pues su conducta no demostraba otra cosa diferente a que en razón de la enfermedad estaba adoleciendo de fuertes quebrantos de salud, como quiera que la infección intestinal ocasionó un fuerte episodio diarreico asociado con fiebre, taquicardia y deshidratación, que desde el punto de vista humano le impedía presentarse a cumplir sus deberes militares.

Que en el presente proceso no se dan las exigencias del artículo 556 del C.P.M., para proferir la resolución de acusación, no quedando alternativa distinta que la de revocar la resolución de acusación proferida en primera instancia y en su lugar proferir cesación de procedimiento.

Que así las cosas, a pesar de que no obra prueba de la incapacidad o de la historia clínica del demandante, para el a quo existe la convicción de que estaba plenamente justificado para no presentarse a cumplir con sus deberes militares dadas las dolencias y padecimientos que lo aquejaban.

7. DE LA APELACION

La parte demandada impugna oportunamente la providencia del Tribunal y solicita su revocatoria. Manifiesta que el acto administrativo demandando goza de presunción de legalidad, toda vez que el suboficial inasistió al servicio por lapso superior al consagrado en los parámetros legales sin causa justificada.

Afirma, que la conducta desplegada por el suboficial configura la mencionada causal de retiro, ya que la actitud que se le debe exigir a un miembro de la Institución donde impera el orden y la disciplina para cumplir con la finalidad señalada en la Constitución, no puede ser otra que la de agotar las instancias pertinentes para solucionar los problemas que se pueden presentar, máxime cuando son de salud y no tomar comportamientos en contra de la normatividad castrense.

Señala, que paralelamente a la inasistencia al servicio sin justa causa de un suboficial, nacen trámites distintos; así: El administrativo que genera el retiro, el penal y/o disciplinario que puede llegar a culminar con una condena y/o una sanción, aclarando que como la misma norma lo señala la actuación penal y/o disciplinaria es sin perjuicio de la actuación administrativa.

Que no comparte la posición del a quo en cuanto consideró que el retiro del servicio por inasistencia sin justa causa, solo procedería previa investigación penal y o disciplinaria, lo cual desnaturaliza el trámite administrativo al interior de la Fuerza esto es el Ejército Nacional.

Que tampoco es de recibo la presunta violación al debido proceso, por cuanto el proceso carece de pruebas que respalden la inasistencia laboral, tales como la incapacidad médica allegada oportunamente, una llamada al Comando de la Unidad donde debía cumplir con el traslado, prueba de haber

estado retenido, o padecer una calamidad doméstica que le impidiera asistir al servicio.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

El centro de la controversia está encaminado a dilucidar si ciertamente la Resolución N°. 0941 de 30 de septiembre de 2002, se expidió de manera legal.

Para tal efecto, es necesario señalar que el acto demandado, está fundamentado en los artículos 99, 100 literal a) numeral 6 y 109 del Decreto 1790 de 2000, proferido por el Presidente de la República, “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. Tal ordenamiento prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en las obligaciones de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

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

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

ARTÍCULO 100. CAUSALES DE RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a. Retiro temporal con pase a la reserva.
(...)

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

ARTÍCULO 109. RETIRO POR INASISTENCIA AL SERVICIO SIN CAUSA JUSTIFICADA. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares serán retirados en cualquier tiempo de servicio activo, por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio, o cuando acumulen igual tiempo en un en un lapso de treinta días calendario, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente.”

Por su parte, el artículo 126 del la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, para el delito de abandono del cargo señaló:

“**ARTICULO 126.** Abandono del servicio. El oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de sus cancelación comunicada legalmente, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años”.

De las normas transcritas se desprende que el lapso contenido en la norma para entender como configurada la causal de abandono de los deberes propios, es de 10 días consecutivos.

Ahora bien, para llegar a una decisión respecto del problema planteado se realizará un recuento respecto de lo que se encuentra probado en el proceso.

Se observa a folio 55 del expediente, el acta N°. 0577 del 29 de julio de 2002, en la que consta que previamente a que se expidiera el acto de retiro, se llevó a cabo una junta con el objeto de realizar la demostración de la presunta inasistencia al parecer sin causa justificada por parte del señor Sargento Segundo jairo Antonio Ramos Sierra orgánico del batallón de contraguerrillas N°. 53, a la cual asistieron el Coronel Paulino Coronado Gámez, el Segundo Comandante

Franco Yesid Peña Maje, el Sargento Primero Alejandro Pedraza García, Jefe de Personal Brigada Móvil N°.3 y el Cabo Primero Giovanni Gómez Gutierrez, Jefe de Abastecimientos Batallón de Contraaguerrillas N°. 53.

En el mencionado acto se precisa que el actor fue trasladado al Distrito Militar N° 14 del Batallón de Contraaguerrillas N° 53 de la Brigada Móvil N° 3, unidad en la que el mencionado suboficial debía hacer su presentación el día 8 de julio de 2002.

Que a pesar de lo anterior, el señor Sargento Segundo Jairo Antonio Ramos Sierra, sólo se presentó hasta el día 25 de julio de 2002 a las 8:00 horas ante el Coronel Segundo Comandante y JEM de la Brigada Móvil N°.3.

Que en el momento de su presentación el actor entregó una incapacidad para actividad física emanada por un médico que labora en el Dispensario Médico de la Décima Primera Brigada con sede en Montería, excusa que inicia el 16 de julio de 2002 a las 8:00 horas y termina el 23 de julio de 2002 a las 8:00 horas.

Que de conformidad con el cuadro demostrativo del número de inasistencias del demandante, éste faltó al servicio o abandonó los deberes propios del cargo por más de 10 días consecutivos al parecer sin justa causa.

Obra a folio 2 del plenario, copia del Oficio del 29 de julio de 2002, a través del cual se le informa al actor de la iniciación de un proceso disciplinario en su contra.

Aparece a folios 3 a 9 la providencia de 22 de agosto de 2002 proferida por el Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar, que decidió abstenerse de proferir medida de aseguramiento alguna en contra del señor SS Ramos Sierra Jairo, como presunto autor responsable del delito militar de abandono del servicio.

En la citada providencia el juez tuvo como pruebas, entre otras, las siguientes:

“- Declaración del actor, según la cual se enfermó con una infección intestinal producto de un dengue hemorrágico desde el día 8 de julio de 2002, por lo que tuvo que acudir al Dispensario Militar con sede

en Montería para recibir atención médica, siendo evaluado por un médico que le recetó unas pastas y le señaló que regresara al día siguiente para valorarlo. Que como quiera que su salud empeorara, fue internado desde el 10 hasta el 13 de julio, y que le ordenaron permanecer en reposo, mientras que se recuperaba.

- Declaración del Sargento Primero Antonio Cano Hincapie perteneciente a la Brigada Móvil N°. 3 con sede en Tolemaida, en la que relata que el actor se comunicó telefónicamente con la Brigada el 9 de julio de 2002 para informar sobre su estado de salud.

- Incapacidad médica suscrita por el médico Jhon Jairo Vásquez, la cual se extiende desde el 16 hasta el 23 de julio de 2002.

- Radiograma N°. 4694 de 13 de agosto de 2002, suscrito por el Comandante de la Décima Primera Zona de Reclutamiento, en la que certifica que el actor se presentó a su despacho el 13 de agosto de 2002, solicitando remisión al Dispensario Militar de la Zona porque seguía enfermo.”

Se aprecia a folios 74 a 86, que no obstante el Juez de Instrucción se abstuvo de proferir medida de aseguramiento, la Fiscalía 28 Penal Militar por medio de la Resolución N°. 08 de 2 de abril de 2004, resolvió proferir resolución de acusación en contra del Suboficial del Ejército Nacional, por estimar que el procesado para el día 18 de julio de 2002 hacía parte del Batallón de Contraguerrillas N°. 3 adscrito a la Brigada Móvil N° 3, lo cual lo obligaba a cumplir con sus deberes del servicio.

Que a pesar de que el procesado alegó la imposibilidad de desplazarse a Tolemaida por afección a su salud, el médico rural del Dispensario de la Brigada IX con sede en Montería, en ningún instante lo incapacitó para ello, pues como bien lo resalta, bajo la gravedad del juramento, si bien atendió al actor el día 10 de julio de 2002 y su patología requería reposo no existía impedimento para realizar su desplazamiento.

Que con ocasión a lo anterior, la Procuradora 320 Judicial Penal II emitió con destino al Fiscal III ante el Tribunal Superior Militar, concepto de 12 de julio de 2004 (ver folios 244 a 247), en el que solicitó revocar la providencia que dictó resolución de acusación, argumentando que de las pruebas documentales se establece que el inculcado presentó serios quebrantos de salud que le impidieron su presentación el día 8 de julio de 2002, en el Comando del Batallón de Contraguerrilla N°. 53 de Tolemaida, por lo que ante esta relevante situación, su

presencia en el Dispensario de la XI Brigada se hizo imperante antes de dar cumplimiento a lo ordenado en la O.A.P N°. 1047 de 29 de abril de 2002.

A folio 45, obra la incapacidad proferida por el médico del Dispensario de la Brigada en donde se establece que el término de excusa para el ejercicio del cargo por parte del peticionario, corrió del 16 de julio de 2002 al 23 del mismo mes y año, lapso que no supera los 10 días preceptuados en la norma.

Que mediante providencia del 22 de abril de 2005 la Fiscalía III ante el Tribunal Superior Militar (ver folios 94 a 103), decidió revocar la resolución de acusación considerando que si bien para ese 10 de julio de 2002, no se le dió ninguna incapacidad al procesado, la verdad es que conforme al diagnóstico que se le dió y la droga que se le formuló, éste padecía quebrantos de salud que no fueron superados inmediatamente sino que estos persistieron, tanto que el 17 de julio del mismo mes y año, nuevamente tuvo que regresar a consulta con fiebre persistente, deshidratación y taquicardia que hacen relación a la enfermedad denominada dengue hemorrágico que generó una incapacidad del 16 al 23 de julio de 2002.

Ahora bien, hecho el anterior recuento probatorio es del caso realizar las siguientes precisiones:

Si bien es cierto, en principio para la expedición del acto de retiro por abandono del cargo sólo basta con la verificación del presupuesto objetivo plenamente probado de no haber concurrido durante el lapso, para el caso de diez (10) días a desempeñar sus funciones, también lo es que previa la expedición del mismo, se requiere de un procedimiento administrativo que si bien no tiene las ritualidades de un proceso es necesario para realizar la verificación de que la ausencia fue o no con justa causa.

En este orden de ideas, es claro que la demandada debía antes de proferir el acto de retiro por abandono del cargo adelantar un proceso breve y sumario, en donde el afectado pudiera exponer los argumentos por los cuales se ausentó, respetando así el debido proceso, el derecho a la defensa, a la contradicción e imparcialidad consagrados en los artículos 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo para de esta manera valorar la justa causa y comprobar indubitablemente los hechos, pues el abandono del cargo solo debe

ser declarado previo el cumplimiento de los procedimientos legales, pues si bien no hay remisión expresa a una norma, debe en forma mínima respetarse los derechos fundamentales anteriormente mencionados.

El debido proceso (art. 29 C.N.) debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y cualquier prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho ya que constituye un desarrollo al fundamento filosófico del Estado de derecho.

Al respecto, la Corte Constitucional en anterior oportunidad se pronunció¹ frente a la existencia del abandono del cargo como causal autónoma y además anotó la obligatoriedad de la actuación administrativa, así:

“En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), previa expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario resultan insuficientes para garantizar el respeto a su derecho fundamental al debido proceso.

“como conclusión surge, pues, que cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación antes de que ésta se produzca.

“Conforme a lo anterior, la Corte Concluye que se hace necesario condicionar la asequibilidad de la disposición acusada a la plena aplicación de los derechos de defensa y contradicción del empleado, antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se produzca el eventual retiro del servicio...”

Así las cosas, dado que en el presente caso se encuentra probado que previamente a la expedición de la Resolución N°. 0941 de 30 de septiembre de 2002, sólo existía el acta N° 0577 de 29 de julio de 2002 elaborada por la junta en la que simplemente se hizo la relación de los días en los que el actor omitió su

¹ Sentencia C-1189/05, Magistrado Ponente: Dr Humberto Antonio Sierra Porto.

deber de prestar sus servicios, es evidente que, en el presente caso, no existió una evaluación de los hechos por parte de la entidad, ni se escuchó al actor antes de la expedición del acto, circunstancia que denota la ostensible vulneración del derecho al debido proceso del actor y razón que hace inminente la confirmación del fallo recurrido.

Aunado a lo anterior, es del caso señalar que de conformidad con las pruebas del expediente el comportamiento del demandante no debe estudiarse sólo desde el punto de vista de si durante el término de la mora estaba o no incapacitado, sino que debe hacerse un análisis conjunto del comportamiento del actor para calificar si su ausencia en el ejercicio del cargo estaba debidamente justificada, más aún cuando como es sabido una enfermedad como lo es el dengue hemorrágico acarrea infecciones intestinales que causan episodios diarreicos que mirados desde el punto de vista humano impedían que el Sargento Ramos Sierra se trasladara desde la ciudad de Montería a la población de Nilo (Cundinamarca) a cumplir con el traslado.

De otra parte, es del caso señalar que el actor observó una conducta diligente frente a la demandada, pues como consta en la declaración del Sargento Primero de la Brigada Móvil N° 3 con sede en Tolemaida el actor no se ausentó del servicio sin antes comunicarse telefónicamente el 9 de julio de 2002, con la Brigada para informar sobre su estado de salud.

Entonces, si bien la incapacidad aportada por el actor no cubría la totalidad de los días que se ausentó, por la naturaleza de la enfermedad y los síntomas con los que el dengue se manifiesta (diarrea, fiebre, taquicardia y deshidratación), resultaba desde todo punto de vista inhumano exigirle que se presentara a cumplir sus deberes militares, más aun cuando como consta en el plenario, luego de haberse reintegrado al servicio, el actor tuvo que acudir al Comandante de la Décima Primera Zona de Reclutamiento el 13 de agosto de 2002, para solicitarle remisión al Dispensario Militar de la Zona porque aún seguía enfermo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 12 de marzo de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado por el señor Jairo Antonio Ramos Sierra, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. 25000 23 25 000 2003 01211 01 (1237-09) Actor: JAIRO ANTONIO RAMOS SIERRA.