



## JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

**SENTENCIA No. 9**

### **OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada en nombre propio por el señor Carlos Eduardo Sosa Vargas, en contra del Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional.

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1.1. HECHOS**

Indica el actor que ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular el 28 de febrero de 1995, culminando la prestación del servicio militar el 28 de agosto de 1996, posteriormente el 16 de septiembre de 1996 ingresó como soldado voluntario adscrito al Batallón de Contraguerrillas No. 9, luego de realizar curso extraordinario para Suboficiales fue ascendido en el año 2000 al grado de Cabo Segundo, en el año 2003 ascendió al grado de Cabo Primero, fue promovido al grado de Sargento Segundo en el año 2007, luego en el año 2012 fue ascendido al grado de Sargento Viceprimero, posteriormente en el año 2016 adelantó curso con el fin de ascender al grado de Sargento Primero.

Refiere que en el mes de enero del año 2017, se le practicó ficha médica para ascenso en la cual solo se diagnosticó un problema por ortopedia; posteriormente se realizó junta médica el día 30 de junio de 2017 donde se analizaron dos (02) lesiones, una fue catalogada de origen común y la otra en servicio por causa y razón del mismo; en esta si bien no se determinó la pérdida de la capacidad laboral si se indicó que no era apto y se ordenó reubicación, generando también un rezago en el ascenso.

Señala que el 17 de julio de 2017 se le realizó Tribunal Médico donde se ratificó los resultados de la Junta.

En razón a que fue calificado no apto, no fue ascendido en el mes de marzo de 2017 con el grupo que realizó el curso de ascenso al grado de Sargento Primero; ante lo cual

el 5 de septiembre de 2017 presentó solicitud de reconsideración de ascenso ante el Comandante del Ejército Nacional, sin haber obtenido respuesta.

A pesar de lo anterior, a través de Resolución No. 01826 del 20 de septiembre de 2017 se le llamó a calificar servicios, la cual le fue notificada el 21 de septiembre de 2017, contra ella interpuso recurso de reposición, resolviéndose este el 19 de diciembre de 2017 a través de acto administrativo que confirmó la decisión primigenia.

## **1.2 PRETENSIONES**

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, defensa y debido proceso y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas lo reintegren al Ejército Nacional y lo asciendan al grado de Sargento Primero sin solución de continuidad.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1983 de 2017, la solicitud de tutela fue admitida por medio del Auto No. 55 del 5 de febrero de 2018, en el que se ordenó la notificación de las entidades accionadas, concediéndoseles un término de 03 días para que se pronunciaran sobre los hechos que motivan la acción, decisión que les fue notificada personalmente (Fl. 72 – 74 c.ú), en dicha providencia además se solicitó al accionante allegara copia de la petición que señaló presentó ante el Comandante del Ejército Nacional el día 5 de septiembre de 2017, con la cual solicitó se reconsiderara su ascenso, con el respectivo sello de recibido.

## **II. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

**Ejército Nacional-** Contestó la acción de tutela, el día 14 de febrero de 2018, indicando que el Sargento Viceprimero señor Carlos Eduardo Sosa Vargas fue retirado de la Institución castrense a través de la Resolución No. 01826 por la causal llamamiento a calificar servicios de conformidad con lo establecido en el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 13 de diciembre de 2006, normatividad que establece la facultad del Ejército Nacional de llamar a calificar servicios cuando los Suboficiales de las Fuerzas Militares hayan cumplido con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, causal que no es producto de una sanción disciplinaria, ni se constituye en un castigo, ni es una exclusión difamante o deshonrosa de la entidad.

Señala que la decisión de llamar a calificar servicios es un valioso instrumento de la administración pública para relevar jerárquicamente a los miembros de la Fuerzas Militares en el evento de requerirse para lo cual no se requiere concepto del Comité o Junta Asesora, además permite sustituir en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares, con fundamento en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que le es propio.

Resalta que el actor fue retirado con un tiempo de servicio correspondiente a 23 años y seis días, circunstancia que le garantiza el derecho a percibir la asignación de retiro, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

Cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala que el llamamiento a calificar servicios es una manera normal del retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro.

Manifiesta que con el retiro del servicio del actor no se configuró vulneración alguna a los derechos por él invocados, toda vez que se respetó el debido proceso para tomar la decisión, la cual conlleva a que se reconozca la asignación de retiro.

Indica que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y, precisa que la presente acción de tutela es improcedente para reconocer los derechos invocados por el actor, pues los hechos que narra deben ser probados o desvirtuados en un proceso litigioso a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho una vez se agote la actuación administrativa, instrumento el cual tiene el accionante a su disposición.

Por las razones expuestas pide se niega la acción de tutela por improcedente.

**Ministerio de Defensa Nacional** - no presentó el informe solicitado ni contestó la acción de tutela.

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **4.1. FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela está instaurada para proteger de manera inmediata y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, pero, no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

### **4.2. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de adentrarse al fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre la protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, teniendo en cuenta que las accionadas son entidades de derecho público de orden nacional.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el actor quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, así como por las accionada Ejército Nacional y Ministerio de Defensa quienes pueden comparecer al presente proceso al ser entidades públicas.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

### **4.3. PRUEBAS**

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor, en la cual se indica que nació el 21 de diciembre de 1976. (Fl. 1)
  
- Copia de Acta de Junta Médica Laboral No. 92439 del 30 de enero de 2017 en la cual se indica que el actor padece discromatopsia y según los criterios médicos legales y la

jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha indicado que dicha condición es causal de no aptitud para el ingreso y permanencia en el servicio. (Fl. 3 y 4 c.ú.)

- Formato solicitud de revisión Tribunal Médico. (Fl. 5 c.ú.)

- Copia de Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML 17-2-321 MDNSG-TML-2-321 41.1 del 18 de julio de 2017, en la cual se ratificó por unanimidad la decisión de la Junta Médico Laboral No. 92439 del 30 de enero de 2017, la cual consideró que no era apto para la actividad militar en armas de combate, administrativas y/o logísticas, sin constancia de notificación. (Fls. 6 – 12 c.ú.)

- Copia de la ficha médica unificada de mayo 3 de 2017, en la cual se indica, motivo del examen: ascenso y se evidencia las evaluaciones clínicas realizadas al actor. (Fls 13 y 19 c.ú.).

- Fotocopia de exámenes médicos del 3 de mayo de 2017 practicados al accionante. (Fls. 20 – 21 c.ú.)

-Copia de la Ficha Médica Unificada de la Dirección de Sanidad del Ejército practicada al actor, sin fecha (Fl. 22 a 25 vuelto c.ú.)

-Fotocopia de la Resolución número 01826 del 21 de septiembre de 2017 con logo de Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a tres servidores públicos, entre ellos al actor, al cumplir con los requisitos para su retiro, acto administrativo en el cual se consignó en la parte considerativa que según el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000 modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 13 de diciembre de 2006, los Suboficiales de las Fuerzas Militares pueden ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro. (Fls. 26 a 27 vuelto y 81 a 83 c.ú.).

- Copia de la solicitud de reconsideración de ascenso presentada el 5 de septiembre de 2017 ante el Comandante del Ejército Nacional, en la cual pide el actor lo asciendan al grado de Sargento Primero toda vez que la discromatopsia asintomática que padece y por la cual se le ha considerado no apto, ya no se tiene en cuenta para ser ascendido, al no ser exigida en la ficha medica unificada que se requiere para cumplir con los requisitos médicos, prueba la cual solo se aplica a los aspirantes que desean ingresar a

las filas del Ejército Nacional, además cumple con los requisitos legales para acceder a dicho cargo y ha trabajado en la parte administrativa en donde se ha desempeñado muy bien. (Fls. 28 – 31 y 68 a 71 c. ú).

- Copia de la Ficha Médica Unificada de la Dirección de Sanidad del Ejército practicada al actor en la cual se indica que padece discromatopsia y fuerte dolor en las rodillas. (Fl. 32 a 35 vuelto c.ú.)

- Copia de recurso de reposición incoado contra la Resolución No. 01826 de 20 de septiembre de 2017 la cual llamó a calificar servicios al actor. (Fl. 36- 38 c.ú.).

- Fotocopia de la Resolución No. 002561 del 19 de diciembre de 2017 con la cual se resuelve el recurso de reposición confirmando en todas sus partes la Resolución No. 01826 del 20 de septiembre de 2017 proferida por el Comandante del Ejército Nacional y notificación electrónica realizada el 19 de diciembre de 2017. (Fls. 39 a 44 c. ú.)

#### 4.4. PROBLEMA JURÍDICO

Según los hechos planteados en la acción, la controversia estriba en definir si el Ministerio de Defensa Nacional o el Ejército Nacional ha vulnerado los derechos fundamentales de igualdad, defensa y debido proceso del accionante, al no haber ascendido al actor al cargo de Sargento Primero pese a que, a su juicio, cumple con todos los requisitos legales y la discromatopsia asintomática que padece no puede ser un impedimento para su promoción al cargo inmediatamente superior; previo a lo cual habrá de analizarse si es viable por esta vía ordenar su ascenso y reintegro al servicio.

#### 4.5 DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

**DERECHO A LA IGUALDAD.** La Corte Constitucional ha dicho que *“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental”*.

La aludida Corporación en la sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, con ponencia del Dr. Iván Humberto Escruce Mayolo, frente al principio – derecho a la igualdad sostuvo:

*“Esta Corporación ha sostenido que el **principio de igualdad** es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho y lo ha entendido como aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma*

<sup>1</sup> Sentencia C-818 del 13 de octubre de 2010, magistrado ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

*situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho.*

*Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 13 de la Constitución Política, del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.”*

**DEBIDO PROCESO-** La Corte Constitucional en sentencia C-044 del 1 de febrero de 2017, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, se pronunció sobre el tema en los siguientes términos:

*“El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:*

*“(…) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.*

*En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo” Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos...”*

De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia en cita en los procedimientos administrativos se debe garantizar el debido proceso, en razón de ello las actuaciones administrativas se deben adelantar en cumplimiento de los parámetros normativos y garantías previamente establecidos.

**DERECHO A LA DEFENSA** - Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T – 018 del 20 de enero de 2017, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que la jurisprudencia de dicha corporación define el derecho a la defensa como la oportunidad reconocida a toda persona en la actuación administrativa

de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como el ejercicio de los recursos que otorga la ley.

**DERECHO DE PETICIÓN-** El derecho de petición es susceptible de ser invocado cuando la administración omite resolver oportunamente los recursos de la vía gubernativa. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho (CC. 1002/06):

*(...) 3. El derecho de petición se vulnera cuando el recurso interpuesto contra un acto administrativo no se resuelve oportunamente.*

*Como se vio con anterioridad, la Corte Constitucional ha establecido el carácter de derecho fundamental constitucional de que goza el derecho de petición. En esa medida ha entendido, que tal derecho comprende no solamente la obtención de una pronta resolución a la solicitud por parte de la autoridades a quienes es formulada, sino que correlativamente implica la obligación por parte de éstas de resolver de fondo y de manera clara y precisa lo solicitado.*

***Igualmente, esta corporación ha señalado que, para el caso específico de que la administración no tramite o no resuelva los recursos interpuestos en la vía gubernativa dentro de los términos legalmente señalados, también resulta vulnerado el derecho de petición.***

*Ello es así, por cuanto el uso de los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, busca la revisión de la decisión que resolvió la petición inicial, pues es a través de ésta que el administrado puede elevar ante la autoridad pública una solicitud, cuya finalidad es obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto administrativo. Además, el hecho de que el administrado pueda acudir una vez vencido el término de dos (2) meses de que trata el artículo 60 del C.C.A., ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que a través de las acciones previstas en la ley se resuelva de fondo sobre sus pretensiones, no implica que el solicitante pierda el derecho a que sea la propia administración, quien le resuelva las peticiones ante ella formuladas.”*

## **5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL**

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991<sup>2</sup>, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

<sup>2</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 1: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto".

## IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CUESTIONAR ACTOS ADMINISTRATIVOS.<sup>3</sup>

Como se dijo en precedencia, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, por tanto no constituye un mecanismo alternativo o paralelo a los medios judiciales ordinarios con que cuenta el afectado para la defensa de sus derechos, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Frente al concepto de perjuicio irremediable la Corte Constitucional desde sus inicios, ha determinado que se considera como tal **i)** a una amenaza que está por suceder prontamente; **(ii)** el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; **(iii)** las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable son urgentes; y **(iv)** la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, ha predicado la Corte Constitucional<sup>4</sup> y el H. Consejo de Estado que la acción de tutela no es el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales cuando estos son presuntamente vulnerados con la expedición de un acto administrativo, puesto que el mecanismo idóneo para la protección de tales derechos es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que contempla el artículo 138 del CPACA ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>5</sup>.

Por otra parte, el Consejo de Estado<sup>6</sup>, ha determinado que la acción de tutela es improcedente para ordenar ascensos al nivel de los altos mandos militares o de policía por el ejemplo, en sentencias T-1528 de 2000 y T-1140 de 2014.

Frente al reintegro laboral de un empleado, la Corte Constitucional ha señalado que la tutela no es el mecanismo indicado pues el ordenamiento jurídico dispone de acciones judiciales tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa

<sup>3</sup> Consejo de Estado once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00272-01(AC)

<sup>4</sup> Ver, por mencionar una de tantas, sentencias T-094 de 2013.

<sup>5</sup> "Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

"Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

<sup>6</sup> Ver fallo de tutela del 6 de noviembre de 2014 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, radicación No. 25000-23-41-000-2014-01151-01, CP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

que pueden ser ejercidas por los trabajadores para satisfacer sus pretensiones, y procede de forma excepcional cuando el afectado se encuentre en condición de debilidad manifiesta y en virtud de ello sea considerado sujeto constitucionalmente protegido con una estabilidad laboral reforzada. Sentencia T-076 del del 7 de febrero de 2017.

## 6. CASO CONCRETO:

Ahora bien, descendiendo al caso particular, se tiene que el señor Carlos Eduardo Sosa incoa la presente acción constitucional, en contra del Ejército Nacional y del Ministerio de Defensa, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, defensa y debido proceso presuntamente vulnerados por las entidades accionadas al no haberlo ascendido al grado de Sargento Primero y tomar la decisión de retirarlo del servicio, pese a que, a su juicio, cumplía con todos los requisitos legales para ascender y permanecer activo en su carrera militar.

A juicio de esta operadora judicial, como lo que pretende el actor es controvertir, los actos administrativos contenidos en la Orden Administrativa No. 2041 del 01 de septiembre de 2017 por medio de la cual el Ejército Nacional dio a conocer el listado de los suboficiales ascendidos al grado de Sargento Primero y la Resolución No. 01826 del 20 de septiembre de 2017 la cual lo retiró del servicio entonces no existe discusión que el tutelante tiene a su alcance una vía judicial idónea y eficaz; esto es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En el presente caso no se configura ninguna de las dos causales que permite acudir excepcionalmente a la acción de tutela, toda vez que, no estamos ante la consumación de un perjuicio irremediable que permita de manera transitoria acceder a lo pretendido, ni existen circunstancias especiales que permitan relevar el mecanismo ordinario de defensa, téngase en cuenta que en este se pueden solicitar medidas cautelares (artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011) resultando así este idóneo para controvertir lo aquí debatido - la legalidad de los actos administrativos-; de otra parte, el acto administrativo que ordenó su retiro<sup>7</sup>, dispuso que durante los tres meses de alta se realizaría el pago de los haberes que devengaba en servicio, emolumentos los cuales percibe actualmente, así mismo continúa vinculado a la seguridad social en salud a través de sanidad del Ejército, además el actor no hace parte del grupo de la tercera

---

<sup>7</sup> El recurso de reposición fue resuelto confirmando la decisión primigenia, decisión la cual se notificó al actor el 19 de diciembre de 2017 (Fls. 39 a 44 c.ú)

edad como quiera que nació el 21 de diciembre de 1976<sup>8</sup>, luego a la fecha cuenta con 41 años de edad; tampoco se acreditó que el accionante se encuentre en condición de debilidad manifiesta debido a su condición económica, física o mental, ni que la negativa de ascenso al grado inmediatamente superior le genere un perjuicio irremediable, por tanto, al no poderse acudir a la acción constitucional ni siquiera de forma transitoria, se declarará su improcedencia respecto de esta pretensión.

Cabe recalcar frente a la pretensión de ser reintegrado a las filas del Ejército Nacional que la Corte Constitucional<sup>9</sup> ha sido enfática en establecer que la tutela no es procedente para solicitar el reintegro laboral de un empleado, al disponer el ordenamiento jurídico de acciones judiciales tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa que pueden ser ejercidas por los trabajadores para satisfacer sus pretensiones, y, la excepción a la regla no se aplica en este caso por cuanto el afectado no demostró sumariamente que se encontrara en condición de debilidad manifiesta como tampoco ser sujeto protegido por estabilidad laboral reforzada; en igual sentido, tampoco es procedente por esta vía ordenarle el ascenso solicitado pues para ello también cuenta con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, además como se indicará más adelante, todavía frente a este tópico no se ha concluido el trámite administrativo.

No obstante que esta instancia determinó que no es viable ordenar el reintegro del actor y el ascenso pretendido a través de esta acción; lo anterior, no es óbice para que esta operadora como juez constitucional señale que existe una flagrante vulneración al derecho fundamental de petición del actor; lo anterior, como quiera que a folios 68-71 del expediente se observa que el señor Sosa Vargas elevó una solicitud de reconsideración de ascenso el día 05 de septiembre de 2017 frente a la Orden Administrativa No. 2041 del 01 de septiembre de 2017, es decir, oportunamente presentó inconformidad en contra de tal decisión, lo que no es otra cosa que un recurso de reposición contra el acto administrativo aludido, pese a que no lo haya determinado como tal, téngase en cuenta que la decisión fue tomada el 01 de septiembre de 2017 y la inconformidad fue presentada el 05 de septiembre de la misma anualidad, esto es, dentro del término legal consagrado en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 y frente al cual la entidad no acreditó en el plenario haber dado respuesta o emitido pronunciamiento alguno, incumpliendo el término de dos meses consagrado en el artículo 86 del CPACA; infiriéndose entonces que el Ejército Nacional vulneró el

---

<sup>8</sup> Fl. 1 c. ú.

<sup>9</sup> Sentencia T- 076 del 7 de febrero de 2017, Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio

derecho fundamental de petición del actor por la mora en el trámite y pronunciamiento del recurso interpuesto.

Es dable señalar que la falta de trámite y respuesta a los recursos que agotan el procedimiento administrativo vulneran el derecho fundamental de petición, sin que sea suficientemente el nacimiento del acto ficto negativo derivado del silencio que surge ante la no respuesta para dar por no violado tal derecho. Al respecto la Corte Constitucional, reiteradamente, ha considerado que la ausencia de resolución de los recursos interpuestos en vía gubernativa constituyen agravio directo del derecho fundamental de petición<sup>10</sup> y que el silencio administrativo negativo consagrado en el artículo 86 del CPACA, si bien facultativamente agota el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción competente, no satisface dicho derecho.<sup>11</sup>

Entonces en el presente caso se considera que la solicitud de reconsideración elevada por el actor debió dársele el trámite de un recurso de reposición y como tal la entidad debió dar respuesta dentro de los dos meses siguientes a su presentación; la no respuesta pese a que hace que se configure el silencio administrativo ficto negativo vulnera el derecho de petición del actor y en ese sentido se considera que la acción incoada resulta procedente, por tanto se ordenará a la accionada Ejército Nacional que emita una respuesta de fondo a tal recurso; aclarando que dicha respuesta no necesariamente debe ser positiva pero sí debe analizar el caso en concreto y resolver en derecho lo que corresponda, debiendo notificar la decisión que tome al actor.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**1. DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela incoada por el señor Carlos Eduardo Sosa Vargas, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.703.363 en contra del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional, frente a las pretensiones de ser reintegrado a las filas del Ejército Nacional y el ascenso al grado de Sargento Primero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**2. TUTELAR** el derecho fundamental de petición del cual es titular el señor Carlos Eduardo Sosa Vargas, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.703.363, vulnerado

---

<sup>10</sup> Sentencia T-181 / 2008

<sup>11</sup> Sentencia T-1002-2006

por el Ejército Nacional ante la no respuesta al recurso presentado el 05 de septiembre de 2017, de conformidad con lo expuesto.

**3. ORDENAR** a la **DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL** que en el término máximo de 48 horas, si aún no lo ha hecho, resuelva de fondo la solicitud elevada el 5 de septiembre de 2017 por el señor Carlos Eduardo Sosa Vargas, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.703.363, mediante la cual pidió al Comandante del Ejército Nacional reconsiderar la decisión contenida en la Orden Administrativa No. 2041 del 01 de septiembre de 2017 y ordenar su ascenso, esto es, presentó un recurso de reposición contra dicha decisión.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de la entidad accionada de informar a este Despacho Judicial, en el término de la distancia, sobre el acatamiento a lo aquí dispuesto (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

**4. NOTIFÍQUESE** este fallo a los intervinientes por el medio más rápido.

**5.** Si NO fuere impugnada esta providencia, **ENVÍESE** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ZULAY CAMACHO GALERO**  
**JUEZ**