

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 4o

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

Expediente No.:	11001-33-34-006-2021-00370-00
ACCIONANTE:	CARLOS ANDRÉS TUNJANO MORENO
ACCIONADO:	EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN PERSONAL-
Acción:	TUTELA
Sentencia de primera instancia	

Procede el Despacho a emitir fallo en la acción de tutela promovida por el señor **Carlos Andrés Tunjano** contra el **Ejército Nacional – Dirección Personal**.

I. ANTECEDENTES

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

Los hechos expuestos por el accionante, relevantes para el fondo del asunto, se sintetizan así:

- Adujo que se desempeñó como Suboficial por más de 18 años, en el grado de Sargento Segundo.
- Indicó que sufrió un accidente laboral y por tal razón se le practicó Junta Médico Laboral No. 106810 el 28 marzo de 2019, la cual fue notificada el 22 de julio de esa misma anualidad.
- Agregó que adelantó cursos de capacitación para ascenso con excelentes resultados y que con posterioridad a la notificación y hasta el momento de su retiro el cual ocurrió el 20 de octubre de 2021 ha venido desempeñando cargos administrativos tal como se evidencia en la orden del día de la unidad, entre ellos de Suboficial de Alimentación.
- Sostuvo que el artículo 2 de la resolución de retiro No. 6464 de 28 de septiembre 2021 en la parte resolutive dispuso: “(...) *la presente resolución rige*

a partir de su fecha de expedición esto es 28 de septiembre del que calenda (sic), solo fue notificada el día 20 de octubre de 2021”, incumpléndose con la misma.

- Afirmó que la motivación de su retiro se dio como consecuencia de no haber sido llamado a ascenso al grado inmediatamente superior, esto es, a sargento viceprimero.
- Aseguró que por lo anterior, la accionada está adelantando una acción discriminatoria debido a la pérdida de su capacidad laboral como consecuencia de la actividad militar, desconociendo derechos fundamentales de personas que por problemas de salud han seguido laborando en actividades administrativas o de instrucción.
- Finalmente, manifestó que desea continuar trabajando en la institución, en actividades administrativas o de instrucción, las cuales ha desempeñado con excelentes resultados, con posterioridad a su accidente y reiteró que la motivación de la junta médica no se ajusta a la realidad.

PRETENSIONES.

Solicita el accionante que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y la estabilidad laboral reforzada, como consecuencia de ello pretende:

“1. -solicito al honorable juez con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, de manera respetuosamente sean TUTELADOS en mi favor los derechos Constitucionales Fundamentales manifestados y solicitados, conforme a los hechos expuestos, de igual manera solicito al honorable juez, se restablezcan los derechos vulnerados y los que se puedan amenazar, por el ejército nacional.

2.-Sírvasse honorable juez, ordenar al comandante del Ejercito Nacional, la suspensión provisional de dicho acto administrativo resolución No 6464 del 28 de septiembre de 2021.”

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 4 de noviembre de 2021 a través de la plataforma dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura y mediante providencia del día 5 del mismo mes y año se admitió y se dispuso notificar a la entidad accionada y se le concedió el término de dos días para pronunciarse sobre los hechos que

motivaron la acción, así mismo se requirió a la accionada para que allegara una certificación y la totalidad de la hoja de servicios del accionante. El mismo día fue notificado el auto admisorio a la entidad accionada, mediante envío de correo electrónico dirigido al Comandante del Ejército Nacional y al Comandante de Personal del Ejército Nacional.

III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE PERSONAL-

La Dirección de Personal del Ejército Nacional, mediante correo electrónico enviado el 12 de noviembre de 2021, suscrito por su Director dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

Manifiesta como primer punto, que el artículo 217 establece: *"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 disciplinado, que les es propio"* y que con base en esa disposición se expidió el Decreto 1790 de 2000 que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, modificado por la Ley 1104 de 2006.

Aduce que el accionante fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional-, en forma temporal con pase a la reserva, por la causal de disminución de la capacidad sicofísica, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 99 y 100 literal a) numeral 5) (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y artículo 106 del Decreto –Ley 1790 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, mediante la Resolución No. 006464 de fecha 28 de septiembre 2021.

Señala que los artículos 99 y 100 reglamentan el procedimiento de la administración para la expedición del acto administrativo de retiro, destacando que el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio activo el actor fue proferido atendiendo las disposiciones Legales y Constitucionales, dentro de la facultad legal del nominador y que fue suscrito por el funcionario competente dentro del marco legal, por lo que goza de presunción de legalidad.

Añade que el retiro del señor Tunjano Moreno se realizó con base en la Junta Médica Laboral No. 118999 de 18 de enero de 2021, la cual determinó que padece una incapacidad permanente parcial, no apto por Junta Medica No. 106810 de 28 de marzo de 2019, por lo que no se recomendó reubicación laboral y se concluyó disminución de la capacidad laboral del 55.38% y que esta decisión no fue objeto de valoración por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por decisión del accionante.

Refiere que el actor posee antecedentes de hipertensión arterial desde hace más de tres años, tratado con medicamentos constantes, trauma cráneo encefálico severo, hematoma epidural, fractura de la base del cráneo media izquierda y trastorno mental y del comportamiento secundario, con síntomas de ansiedad, irritabilidad, intolerancia e impulsivo, por lo que tiene restricciones de porte de armamento, evitar situaciones de estrés laboral o extra laboral y no trasnochar; que no acredita programas de formación laboral, que cumplan con el mínimo de seiscientos (600) horas, para ser registrada y que al menos el 50% del programa corresponda a formación práctica y que al presentar un paciente restricciones para el servicio dentro de una Institución Militar se desnaturalizaría la función de la misma y se pondría en riesgo sus funciones constitucionales y legales.

Agrega que el actor no tiene capacidades mentales suficientes para ser aprovechadas en actividades de docencia, administrativa o de instrucción propias de la institución, debido a que presenta trastorno depresivo concurrente, bajo medicación.

Destaca que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico Laborales, ratificando, modificando o revocando decisiones y que este trámite no fue agotado por el actor.

Cita normatividad relacionada con la elaboración de la Junta Médica Laboral y define los conceptos de apto, aplazado y no apto, así como jurisprudencia de la Corte Constitucional, para concluir que la Fuerza cumplió con el procedimiento, al retirar al Suboficial una vez el órgano médico laboral decidió que no era apto y no se sugirió reubicación laboral por las condiciones expuestas en el Acta de la Junta Médica, así mismo, que se motivó el acto administrativo, el cual para su expedición tuvo en cuenta lo dispuesto por la autoridad médico laboral.

Aclara que la existencia de regímenes especiales no vulnera el derecho a la igualdad y que por el contrario la Ley establece un trato diferente por la actividad especial que cumplen ciertos trabajos, que para el caso de las Fuerzas Militares, la misma nace de la Constitución Política, posteriormente, definió: riesgo, probabilidad y las características y clases de riesgo para afirmar que en el presente asunto el caso fue valorado por las autoridades médico legales, las cuales concluyeron que no era apto, por ende, no se le recomendó para reubicación laboral.

Añade que al Suboficial se le reconoció una indemnización por las lesiones valoradas en la primera Junta Médico Laboral y que la última valoración de la Junta Médico Laboral se encuentra en trámite de valoración para determinar si es o no necesario un pago adicional, al tiempo que cita fallos del Consejo de Estado donde se revocan decisiones de primera instancia, y en su lugar, se niega por improcedente la acción de tutela para reintegro.

Reitera que la presente se torna improcedente por la existencia de otro medio judicial de defensa, porque los actos administrativos proferidos se presumen legales y solo pueden ser desvirtuados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional para solicitar se declare la improcedencia de la presente para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación y para obtener el reintegro del servidor público, por ostentar la calidad de mecanismo subsidiario frente a la existencia de otros mecanismos de defensa ordinarios, por lo que considera que sólo de manera excepcional procedería la tutela como mecanismo transitorio en el caso de comprobarse un perjuicio irremediable.

Adjuntó documentales las cuales serán analizadas al estudiar el fondo del asunto

IV. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción según lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dado que las conductas que motivan la acción se producen en esta ciudad, en concordancia con lo establecido en el Decreto 333 de 2021, que modificó las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo planteado por el accionante en el escrito de tutela, corresponde al Despacho establecer si la autoridad accionada vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y estabilidad laboral reforzada, al ser retirado del Ejército Nacional, a través de Resolución No. 6464 de 28 de septiembre 2021.

3. MARCO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

3.1. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA CON DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en *“la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que dé estricto cumplimiento a un procedimiento previo”*¹

Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores con alguna discapacidad o con afecciones en su salud, y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Así lo ha indicado la Jurisprudencia Constitucional de forma reiterada, en sentencia T-286 de 2019, precisó:

“La Corte ha establecido que los titulares de la figura de la “estabilidad laboral reforzada” son: (i) las mujeres embarazadas^[40], (ii) las personas en estado de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta con ocasión de su salud; (iii) los aforados sindicales; y (iv) en ciertos casos, las madres o los padres cabeza de hogar.^[41] Estos grupos de personas contarán con dicha protección con dos objetivos, a saber, para: (i) poder recibir el pago de incapacidades mientras se encuentren cesantes y (ii) que su condición especial no pueda ser el motivo de despido o modificación laboral que pueda llegar a perjudicarles.^[42]

En palabras de la Corte Constitucional, con la estabilidad laboral reforzada se busca garantizar a los sujetos en estado de discapacidad “la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial

¹T-449 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto

o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral”^[43]. Es preciso aclarar que la estabilidad laboral se aplica también a las personas a las que se le comprueba que su situación de salud les ha obstaculizado definitivamente el desempeño de sus labores en condiciones normales, sin ser necesaria la existencia de una calificación previa, la cual acreditaría la discapacidad^[44].”

3.2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho fundamental al debido proceso aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual preceptúa: *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Con base en lo anterior, el debido proceso administrativo se refiere a la obligación que recae en la administración de actuar con base en las normas o procedimientos previstos previamente por el Legislador o la autoridad competente, para el cumplimiento de una determinada actuación administrativa. En otras palabras, siguiendo lo dicho en la sentencia T-552 de 1992, *“se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con la disposición que de ellos realice la ley”*².

Luego, este derecho impone a todas las autoridades someter sus actos al trámite establecido para el efecto, y actuar con base en los principios que orientan la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado la interpretación de lo que se debe considerar el derecho fundamental al debido proceso:

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso y ordena que sea aplicado en todas las actuaciones administrativas y judiciales. Además, desarrolla un conjunto de garantías específicas, tales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad penal, el derecho a la defensa, la contradicción, a aportar pruebas y a impugnar las sentencias.

Este derecho constituye uno de los elementos más importantes del orden constitucional. En primer lugar, porque el constitucionalismo puede entenderse como la existencia de límites al poder público y, en segundo término, porque el debido proceso (uno de sus componentes esenciales) asegura que las decisiones de las autoridades se basen en leyes dictadas por el Congreso democráticamente elegido, al tiempo que prohíbe la arbitrariedad y el capricho y exige que las actuaciones del Estado sean racionales, razonables y proporcionadas.

El debido proceso es entonces una exigencia de ajuste de las decisiones públicas al Derecho. Los principios de razonabilidad (que las decisiones persigan fines

² Corte Constitucional. Sala de Revisión de Tutelas. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia de Tutela No. 552 de 7 de octubre de 1992. Exp. Ref. T-3197.

constitucionalmente legítimos y no generen tratos desiguales), y de proporcionalidad (según el cual la satisfacción de esos propósitos no puede llevar a una lesión intensa de otros principios o fines constitucionales), complementan los rasgos de este principio constitucional.

El conjunto de principios y garantías sustanciales, derivados del artículo 29 Superior, se cumple en trámites reglados. En ellos se enlazan las garantías en una serie de pasos, definidos según el ámbito de la actuación, para alcanzar los fines legítimos a la luz de la Constitución, garantizando siempre al interesado el derecho a ser oído, presentar pruebas y controvertir aquellas que obren contra sus intereses. Al respecto, se expresó en la sentencia C-1189 de 2005 que el debido proceso administrativo corresponde “(i) al conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal [...] con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

Las garantías del debido proceso se concretan de formas distintas, o con distinta intensidad, según el tipo de procedimiento o trámite en que deben aplicarse. La finalidad que se persiga en ellos y el nivel de afectación de los derechos fundamentales de la persona inmersa en cada trámite, son los parámetros para definir el estándar en que cada garantía se desarrollará, preservando siempre, como mínimos, la defensa y contradicción.

En el campo específico de los procedimientos administrativos, la Corte ha explicado que las garantías que integran el derecho son, entre otras “i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso”.³

3.3. DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, y desde sus inicios dicha Corporación lo ha definido así:

“Concepto de igualdad

6. La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.

³ Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Sentencia de Tutela No. 324 de 25 de mayo de 2015. Exp. Ref. T-4664494.

Alcance del principio de igualdad

7. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

En relación con el anterior criterio, en otras decisiones se ha reiterado que los supuestos de hecho iguales deben recibir el mismo tratamiento jurídico, porque sólo así, se materializa la protección constitucional al principio de igualdad. Por manera que al demostrarse que a un mismo supuesto de hecho se le da un trato diferenciado, será necesario corregir dicha situación mediante los instrumentos legales previstos, que en el caso de la afectación de este principio en su dimensión de derecho fundamental es procedente el mecanismo excepcional de la tutela.

3.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede siempre que el tutelante no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la Corte Constitucional⁴ ha señalado lo siguiente:

"Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así ha destacado en múltiples oportunidades <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-023-11.htm> - ftn10 que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos deben acudir, en principio, los afectados, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta¹. En consecuencia, la acción de tutela adquiere la condición de medio subsidiario, cuyo propósito no es el de desplazar a los otros mecanismos, sino el de fungir como último recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico, en materia de protección de derechos fundamentales.

Así, la protección de derechos fundamentales es un asunto que el orden jurídico reserva a la acción de tutela en la medida que el mismo no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial, de igual o similar eficacia. Sin

⁴.- Sentencia T-972/05.

embargo, de la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no deviene automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

En aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, corresponde al juez constitucional resolver dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alterno presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.⁵”

El anterior criterio fue reiterado en sentencia T-177 de 2011:

En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.⁵

Y particularmente sobre el perjuicio irremediable, en sentencia T-225 de 1993 indicó que para que se esté ante un perjuicio irremediable se hace necesario los siguientes elementos: i) un perjuicio inminente, ii) medidas que deben adoptarse de manera urgente frente al mismo; y iii) que el peligro emergente sea grave; de ese modo la protección de los derechos fundamentales se tornaría impostergable.

Por lo anterior, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional determinar su procedencia como mecanismo principal o transitorio, valorando la idoneidad y eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable.

3.4.1. REQUISITO GENERAL DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA: SUBSIDIARIEDAD.

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-544 de 2013, sobre el requisito de subsidiariedad, puntualizó:

“(…)

Requisito de subsidiariedad. Reiteración de Jurisprudencia

⁵.- Sentencia T-177/11.

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, orientado a proteger de manera inmediata los derechos fundamentales que están siendo amenazados o conculcados.

Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política que consagra a la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria, para la protección de los derechos fundamentales que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.⁶ De lo anterior se deduce, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no significa que la intervención del juez de tutela es improcedente o innecesaria, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: (i), que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso⁷ y; (ii), que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El primer evento se presenta cuando el medio judicial previsto para resolver la respectiva controversia no resulta idóneo ni eficaz, debido a que, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución pronta, por lo que la normativa admite que la acción de tutela proceda excepcionalmente. El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.⁸

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado. Esto significa que un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.⁹

En relación con el segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial ordinario, es preciso demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tal perjuicio irremediable se caracteriza:

“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”¹⁰

En efecto, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las

⁶ En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ Ver sentencias T-106 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁰ Cfr. sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.¹¹

3.4.2. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos de índole constitucional o legal en razón a la expedición de actos administrativos, por cuanto para controvertir estos, la ley estableció diferentes medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa que se consideran idóneos para amparar y restablecer el derecho conculcado.

Ahora bien, la misma Corporación ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente como mecanismo transitorio de protección y, en consecuencia, permite que el juez constitucional pueda suspender la aplicación del acto administrativo o que se ordene que el mismo no se ejecute mientras se surte el respectivo proceso¹².

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente¹³:

*“5.1. Las mismas reglas enunciadas tienen aplicación cuando se pretende impugnar, en sede de tutela, actos administrativos. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable, **pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.***

5.2. El principio de legalidad que rige la administración en un Estado de Derecho, Social y Democrático, exige que los actos que ésta emita estén conformes no solamente con los preceptos constitucionales, sino con las demás disposiciones jerárquicamente inferiores. Esto hace que dichos actos estén amparados por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el particular se señaló en la sentencia T-1436 de 2000, reiterada en la sentencia T-685 de 2006:

¹¹ Sentencia T-301 de 2009, T-061 de 2013.

¹² Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. Sentencia de 11 de abril de 2014 proferida dentro del expediente No. T- 4.120.980.

¹³ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia de 20 de febrero de 2014 proferida dentro del expediente No. T- 4.144.597.

“(...) En el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

(...) Así mismo, señaló que la presunción de legalidad encuentra contrapeso en el control de legalidad que realiza la jurisdicción contencioso administrativa. “Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”

4. PRUEBAS

Por la parte accionante:

- Certificación de 20 de octubre de 2021, suscrita por el Oficial de Talento Humano BASAN, a través del cual indica que el accionante se encuentra a PAZ Y SALVO con las dependencias del Batallón de Sanidad; que fue calificado el 20 de octubre de 2021 (folio 3 archivo 01 expediente digital).
- Resolución No. 00006464 de 28 de septiembre de 2021, por medio de la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares, en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad laboral del accionante y se le dio de alta por tres meses a partir de la fecha que se causa la novedad de retiro. (folios 1 a 4, archivo 03 expediente digital)
- Radiograma de 28 de septiembre de 2021, de DIPER para COLOG BRLOG1 BASAN, a través del cual se comunica la resolución No. 00006464 de 28 de septiembre de 2021, por el cual se retira del servicio activo al actor (folio 5, archivo 03 expediente digital).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Andrés Tunjano Moreno (archivo 04 expediente digital)

Por la parte accionada:

- Resolución No. 00006464 de 28 de septiembre de 2021 (Folios 17 y 18, archivo 12 expediente digital).

- Acta de Junta Médico Laboral No. 216698 de 18 de enero de 2021, de las Fuerzas Militares de Colombia -Ejército Nacional-Dirección de Sanidad-, en la cual se determinó que el accionante sufría una incapacidad permanente parcial, No apto-Por Junta Médica No. 106810/28/03/2019 y que no se recomendaba reubicación laboral (Folios 19 a 28, archivo 12 expediente digital)
- Acta de Junta Médico Laboral No. 106810 de 28 de marzo de 2019, de las Fuerzas Militares de Colombia -Ejército Nacional-Dirección de Sanidad-, en la cual se determinó que el accionante sufría una incapacidad permanente parcial, No apto para actividad militar por psiquiatría y que no se recomendaba reubicación laboral (Folios 29 a 32 archivo 12 expediente digital)
- Resolución No. 287931 de 9 de diciembre de 2020, por medio de la cual la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, reconoció y ordenó el pago de una indemnización por disminución de la capacidad laboral con fundamento en el expediente No. 80147267 de 2020, por valor de (\$75'265.369.00), decisión contra la cual procedía el recurso de reposición, el cual debía ser presentado dentro de los 10 días siguientes a su notificación personal (folios 37 y 38 archivo 12 expediente digital)

5. EL CASO CONCRETO

En el presente asunto, el accionante pretende que se ampare sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y estabilidad laboral reforzada, con ocasión de su retiro del servicio producido mediante la Resolución 6464 de 28 de septiembre de 2011.

Por su parte la Dirección de Personal del Ejército Nacional manifestó que el accionante fue retirado del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva, por disminución de la capacidad sicofísica, atendiendo las disposiciones Legales y Constitucionales, dentro de la facultad legal del nominador, que dicho acto fue suscrito por el funcionario competente dentro del marco legal, por lo que goza de presunción de legalidad.

Agregó que la decisión contenida en el acto administrativo se realizó con base en la Junta Médica Laboral No. 118999 de 18 de enero de 2021, la cual determinó su incapacidad permanente parcial, no apto por Junta Medica No. 106810 de 28 de marzo de 2019, no recomendándose su reubicación laboral, aclarando que la determinación no había sido objeto de valoración por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por cuanto el actor no hizo uso de dicho mecanismo. Además, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela por cuanto el accionante cuenta con otro mecanismo judicial de defensa.

En primer lugar, el Despacho analizará lo atinente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que el accionante acude a la presente acción con el fin de que este Juez Constitucional analice y determine si la Resolución 6464 de 28 de septiembre de 2021, estuvo o no ajustada al ordenamiento jurídico, más exactamente, a través de esta vía preferente y sumaria pretende controvertir la legalidad de dicho acto administrativo.

Retomando los argumentos que fueron expuestos en el marco jurídico de esta sentencia, según los cuales, la acción de tutela busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental y su procedencia está condicionada a que el interesado no disponga de otro medio de defensa judicial y en tratándose de actos administrativos, en principio, la tutela es improcedente, sin embargo, puede resultar procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., a través del cual puede solicitar ante el Juez de lo Contencioso Administrativo la nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, al igual que podrá formular las medidas cautelares previstas en los artículos 229 y siguientes de la misma codificación, en especial la suspensión provisional de la Resolución 6464 de 28 de septiembre de 2021, medio de control que resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos cuya protección ahora pretende a través de esta acción constitucional.

Además, advierte el Despacho que el accionante no interpuso esta acción de tutela como mecanismo transitorio, así como tampoco alegó ni mucho menos acreditó la

existencia de un perjuicio irremediable que permita la procedencia del presente amparo tutelar como mecanismo transitorio, toda vez que si bien se produjo el retiro temporal con pase a la reserva del señor Suboficial Carlos Andrés Tunjano Moreno, no se evidencia que exista una total desprotección como quiera que es beneficiario de la asignación de retiro una vez cumpla los tres (3) meses de alta.

Aunado a lo anterior, el Despacho no pasa por alto la condición de sujeto de especial protección que ostenta el accionante, debido a la disminución de su capacidad laboral para desempeñar la actividad militar que fue fijada por la Junta Médico Laboral mediante las actas 118999 de 18 de enero de 2021 y 106810 de 28 de marzo de 2019, en las cuales se determinó una pérdida de capacidad laboral del 55.38%, generándole una incapacidad permanente parcial, declarado no apto y conforme a la Junta 106810 de 2019, no se recomendó su reubicación laboral; sin embargo, dicha condición no resulta suficiente para que el presente amparo proceda como mecanismo transitorio para garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada y que el accionante pueda seguir laborando en la institución castrense, a pesar de la discapacidad que ostenta, por cuanto la autoridad médica especializada -Junta Médico Laboral- valoró desde el punto de vista técnico y objetivo la condición psicofísica del señor Tunjano Moreno determinado y recomendando que de acuerdo a sus patologías no podía portar armamento, se debía evitar que permaneciera en guarniciones militares o lugares con fácil acceso a armamento, evitar situaciones de estrés laboral o extralaboral y no trasnochar, circunstancias estas que evidencian que el hoy accionante no cuenta con las condiciones psicofísica que le permitan seguir cumpliendo con su actividad militar.

De otra parte, en lo que concierne a su derecho a la igualdad, el Despacho considera que no se le ha dispensado un trato discriminatorio con la decisión de retiro temporal con pase a la reserva fundamentada en la disminución de su capacidad psicofísica, por cuanto existe una justificación razonable y objetiva, fundada en el concepto y recomendación que emitió la Junta Médico Laboral al determinar que debía evitarse que el accionante permaneciera en guarniciones militares, en cuanto puede poner en riesgo su integridad y la de sus compañeros, al igual que puede estar expuesto a factores que pueden agravar o empeorar su patología.

Igualmente, no se constata que se haya dado al accionante un trato discriminatorio respecto de otros miembros de la fuerza pública que se encuentren en condiciones psicofísicas iguales o similares, a quienes no se les haya retirado del servicio activo

y se les haya permitido continuar laborando. Por tanto, no es posible llevar a cabo el juicio de igualdad, ya que no existe el parámetro de comparación o lo que la doctrina ha denominado “*tertium comparationis*”, razones por las cuales no se acredita la vulneración de este derecho fundamental.

Así las cosas, el Despacho declarará improcedente la presente acción de tutela, por cuanto, como ya se dijo, el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para controvertir su retiro del servicio.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

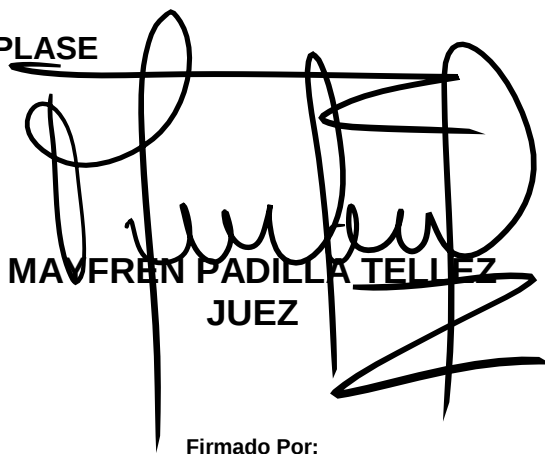
RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por el señor **Carlos Andrés Tunjano Moreno** contra el **Ejército Nacional – Dirección Personal-**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes mediante correo electrónico.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAVFREN PADILLA TELLEZ
JUEZ

Dcv

Firmado Por:

Mayfren Padilla Tellez
Juez
Juzgado Administrativo
006
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **231595496427327bd6096e182710702aefc331d5742ff20845bc66be167d37ca**

Exp. No. 11001-33-34-006- 2021-00370 00
Accionante: Carlos Andrés Tunjano Moreno
Acción de Tutela

Documento generado en 18/11/2021 04:03:42 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>