

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE No: 110013342-046-2020-00082-00

ACCIONANTE: WILSON GRANADA DIAZ

**ACCIONADOS: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO
NACIONAL –**

I. ASUNTO

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda, frente a la acción de tutela instaurada por el señor Wilson Granada Díaz, actuando en nombre propio, contra la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL en cuanto solicita la protección del derecho fundamental al trabajo y debido proceso presuntamente vulnerados.

II. ANTECEDENTES

2.1 Hechos relevantes

El señor Wilson Granada Díaz manifestó que, ante la negativa del Ejército Nacional a ascenderlo al grado de coronel, el 31 de enero del presente año presentó derecho de petición narrando los siguientes hechos:

- 1. Por cumplir los requisitos legales, fui llamado por el Ejército Nacional para el ascenso al grado de Coronel para diciembre de 2018. No obstante, lo anterior y pese de encontrarme con un buen puesto clasificado en el escalafón y cumplir los requisitos establecidos en la ley 1211 de 1990 y el decreto 1790 de 2000, ascendieron la mayoría de mis cursos incluso con menor antigüedad y según me informaron fui aplazado por estar inmerso en una investigación penal.*
- 2. Por cumplir los requisitos legales, fui llamado nuevamente para el ascenso al grado de Coronel para junio de 2019 (...)*
- 3. Por cumplir los requisitos legales, fui llamado nuevamente para el ascenso al grado de Coronel para diciembre de 2019 (...).*

Que así mismo, en la referida solicitud pidió que se le informara lo siguiente:

“PRIMERO: *Se me certifique el motivo por el cual no fui ascendido al grado de Coronel en la promoción de ascenso celebrada en las siguientes fechas:*

- 1.1 *Solicito copia del acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, que realizó los conceptos para ascensos al grado de Teniente Coronel a Coronel para diciembre del 2018.*
- 1.2 *Solicito copia del acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, que realizó los conceptos para ascensos al grado de Teniente Coronel a Coronel para junio de 2019.*
- 1.3 *Solicito copia del acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, que realizó los conceptos para ascensos al grado de Teniente Coronel a Coronel para diciembre de 2019”.*

Que la entidad accionada, a través del oficio N° 20203050001722951, dio respuesta a la solicitud del 31 de enero de 2020, argumentando que “(...) Los motivos por los que el señor Oficial no fue ascendido al Grado de Coronel están tipificados en el acta N°. 235368 de 08 octubre de 2019, trata del estudio adelantado por parte del comité de Evaluación, que al tenor dice: “... la recomendación brindada por el colegiado; mediante todas las variables atinentes a los estándares de selección, concluye finalmente que no recomienda que el Oficial sea ascendido; toda vez que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53 literal g, del decreto 1790 del 2000 en concordancia con el artículo 60 literal f, numeral 3, Escrito de Acusación de acuerdo a los procesos penales No. (2010-007900 Nip 13053 ruptura 201700017) Fiscalía 39 DECVDH- Bogotá por los hechos ocurridos el 23 de diciembre de 2007 en el sitio la “Y” que conduce a la Recevera, vereda Martínez municipio de Rovira Tolima, presuntamente por los delitos concierto para delinquir y homicidio en persona protegida y homicidio”.

Señaló, que de acuerdo con la información brindada por parte del juzgado donde cursa el proceso penal en su contra, para la fecha de la interposición de la presente acción constitucional, no existía una sentencia ejecutoriada que determinara su responsabilidad penal sobre los hechos que son materia de investigación y que lo han afectado laboralmente por no haber sido ascendido al grado de coronel.

Que de igual forma, adjuntaron copia de las actas números 11 del 22 de octubre de 2018, 04 del 06 de mayo de 2019 y 14 del 27 de noviembre de 2019, por medio de las cuales la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, no le confirió el ascenso del grado de teniente coronel a coronel, ocasionando que no cumpliera la totalidad de

requisitos establecidos en el artículo 53, la falta del concepto favorable de la Junta de que trata el literal (f) del Decreto 1790 de 2000.

Que como quiera que no se realizó el ascenso, la entidad accionada expidió la Resolución N° 0971 del 26 de marzo de 2020, por medio de la cual se ordenó llamarlo a calificar servicios y lo retiró del servicio activo del Ejército Nacional, que si bien, se le garantizó el derecho a una asignación de retiro, esta no es completa, pues no equivale al total de salario que debería devengar en el grado de Coronel, afectando su mínimo vital, ya que el salario se le redujo, y asumió obligaciones bancarias con el convencimiento de que el Ejército Nacional lo ascendería de grado y le garantizaría la continuidad laboral.

2.2. Petición

El señor Wilson Granada Díaz, solicita que se protejan los derechos fundamentales al trabajo y debido proceso. Como consecuencia de ello, se ordene a las entidades accionadas a reconocer el ascenso al grado de coronel y se reincorpore al servicio activo en el cargo que estaba desempeñando.

2.3. Normas vulneradas

Artículos 1, 29, 53, 54, 86 de la Constitución Política

III. TRÁMITE

La acción de tutela fue presentada el 23 de abril de 2020¹, admitida por auto de la misma fecha, siendo notificada a las entidades accionadas a través del medio más expedito, concediéndole un término de dos (2) días para que rindiera un informe detallado de los hechos de la tutela, sin embargo, y pese a la notificación electrónica realizada por parte del despacho, no presentaron el informe requerido, motivo por el cual se configura la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991², lo cual, a su vez, permite tener como ciertos los hechos expuestos por el accionante.

¹https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=1j7w7M3I7dXcxqFLYP_AZdRzfNXU%3d

² “ARTÍCULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones del actor deben realizarse las siguientes consideraciones:

4.1. Competencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para conocer de la presente acción, atendiendo que la súplica se dirige contra entidades de derecho público del orden nacional.

4.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa por activa radica en una persona natural mayor de edad que, como tal, tiene aptitud para ser parte y comparecer al proceso; por pasiva la acción se interpuso frente a las actuaciones de autoridades públicas (artículo 13 del Decreto 2591/91).

4.3. Problema jurídico.

Se contrae a establecer si el mecanismo judicial idóneo para lograr el restablecimiento de los derechos invocados por la parte accionante es la solicitud de tutela (artículo 86 Superior), o si, por el contrario, el derecho sustancial reclamado es una controversia cuya resolución corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En caso que la solicitud de tutela resulte procedente, el Despacho debe resolver - *segundo problema jurídico*-, si las actuaciones de las accionadas vulneran los

derechos fundamentales invocados por Wilson Granada Díaz, para que amerite conceder el amparo constitucional en la forma reclamada.

4.4. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla como se mencionó anteriormente la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de Habeas Corpus, se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De otro lado, el artículo 8º del tantas veces mencionado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone que “Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.” (Subraya fuera de texto)

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional, debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

4.4.1.- Subsidiariedad y existencia de perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 Superior establece la acción de tutela como un procedimiento constitucional, destinado a la protección de los derechos fundamentales, caracterizada por su carácter residual y subsidiario, esto significa que, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo

que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³.

A través de las normas Constitucionales y legales se regula el alcance de la acción de tutela como subsidiaria, es por ello, que solamente está permitido hacer uso de dicha acción cuando de por medio existe una evidente vulneración de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución Política.

Excepcionalmente, será procedente como mecanismo de defensa cuando se esté en presencia de un grave perjuicio que no admita o permita otro medio de defensa por requerir de la inmediatez en la protección del derecho presuntamente vulnerado.

Es este medio subsidiario al que se ha referido la H. Corte Constitucional en sinnúmero de sentencias de tutela, en las cuales ha manifestado lo siguiente:

“Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: i) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o iii) cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental.

De la idoneidad de los otros medios de defensa judicial y de la figura del perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, se pasará a hablar a continuación.

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, se ha indicado en múltiples oportunidades 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 se debe acudir, en principio, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política⁴. (Subraya y negrilla por el Despacho)

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que “*el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela responde al carácter expansivo de la protección de los derechos fundamentales respecto de las instituciones que conforman el aparato estatal y, de manera particular, las instancias que ejercen la función pública de administración de justicia. En efecto, la exigencia de este*

³ De acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, “[l]a acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será aplicada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

⁴ Sentencia SU772/14

*requisito, lejos de disminuir el ámbito de exigibilidad judicial de dichos derechos, presupone que los procedimientos judiciales ordinarios son los escenarios que, por excelencia, están diseñados para garantizar su efectividad, a través de órdenes con contenido coactivo*⁵.

En ese sentido, el legislador estableció en nuestro ordenamiento jurídico distintos mecanismos ordinarios de defensa judicial, que las personas tienen la facultad de utilizar, para (i) solicitar la protección de los derechos de rango legal y, (ii) para solucionar asuntos de orden legal. Por ello, la competencia exclusiva para resolver conflictos en los que estén comprometidos derechos de naturaleza legal, fue asignada en el ordenamiento jurídico a la justicia civil, laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos.

En este contexto, la acción de tutela (CP art. 86), fue concebida como un mecanismo reservado a la protección de los derechos constitucionales fundamentales, siempre y cuando, el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, evento en el cual adquiere el carácter de mecanismo principal, o ante la presencia de un perjuicio irremediable, caso en el que a pesar de la existencia del otro medio de defensa judicial, la acción de tutela sea procedente para evitar la consumación de un daño irreparable.

En relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) *cierto e inminente* – esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos –, (b) *grave*, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) *de urgente atención*, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁶.

4.4.2.- Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos.

⁵ Corte Constitucional Sentencia T -192 de 2009.

⁶Corte Constitucional Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010.

La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Corte insiste en que esta regla general conduce a que, en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, la Corte ha explicado que tal concepto “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho*”. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.

En jurisprudencia reiterada, ese tribunal, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

4.4.3.- Criterios generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular cuando se pretende el reintegro a cargos públicos

Por regla general, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que no procede la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular⁷ con el fin de solicitar el reintegro a un cargo público, puesto que existen medios judiciales alternativos, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁸ en lo contencioso administrativo⁹.

A pesar de esta regla general, la Corte ha sostenido que excepcionalmente¹⁰ la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo (i) como mecanismo directo cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o inidóneo para proteger los derechos del accionante, máxime si el

⁷ En la Sentencia T-514 de 2003, la Corte ha señalado que “La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable”. Ver también: T-451 de 2010, T- 956 de 2011 y T030 de 2015.

⁸ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011: “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”.

⁹ Sobre este punto ver las siguientes sentencias: Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2016; T-357 de 2016; T-972 de 2014; T-326 de 2014; T-223 de 2014; T-186 de 2013; T-017 de 2012; T-487 de 2010 y T-016 de 2008, entre otras. Concretamente, en la Sentencia T-017 de 2012 la Corte sostuvo que “la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos, por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela”.

¹⁰ En la Sentencia T-016 de 2008 se afirmó lo siguiente: “la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo o (ii) como mecanismo transitorio cuando exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables¹¹.

Así, por ejemplo, si el accionante cuenta con los suficientes recursos económicos para vivir sin que se afecte su mínimo vital, la acción de tutela no es procedente; contrario sensu, si se acredita una afectación a su mínimo vital, la tutela será el mecanismo más adecuado para proteger sus derechos¹². De igual manera, si el juez aprecia que la situación a la cual se ve expuesto el accionante como consecuencia de su desvinculación del cargo es precaria y puede afectar otros derechos fundamentales¹³, también procede la tutela.

4.4.4.- Las medidas cautelares en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y la subsidiariedad de la acción tutela.

La cuestión jurídica por resolver consiste en saber si la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es suficiente para convertir la acción de tutela en improcedente, dado que la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo) consagró un sistema de medidas cautelares nominadas e innominadas que bien podrían tener la finalidad de ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Estas medidas buscan proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. De manera que resulta pertinente preguntarse si es improcedente la acción de tutela cuando el actor tiene a su disposición un mecanismo judicial que consiste en la solicitud de la adopción de medidas cautelares nominadas e innominadas, es decir,

¹¹ La Corte Constitucional determinó los criterios que definen el perjuicio irremediable en la Sentencia T-225 de 1993 en la cual sostuvo lo siguiente: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

¹² Ello se desarrolla a partir del fundamento jurídico 21.

¹³ En la Sentencia T-016 de 2008 se señaló que la situación del accionante es fundamental para determinar si la tutela procede como mecanismo transitorio de protección: “la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

cualquier medida u orden que sea necesaria para proteger el objeto del litigio, evitar un perjuicio y garantizar la ejecutabilidad de la sentencia, en los términos del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

La flexibilidad que trae la Ley 1437 de 2011 para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección o conservación del derecho ha facultado a los jueces administrativos para que examinen la necesidad de la medida, incluso de manera autónoma y previa a la interposición de la demanda. Esto significa que cuando existe urgencia, ni siquiera se requiere haber interpuesto la acción de fondo para solicitar la medida cautelar¹⁴. Lo anterior, junto con la posibilidad que tiene el juez administrativo de decretar medidas de urgencia sin que sea necesaria la notificación y el pronunciamiento de la otra parte, ha intensificado la eficacia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para proteger de manera adecuada los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha señalado unas diferencias importantes entre la acción de tutela y las medidas cautelares del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, que resultan relevantes para efectuar un juicio de efectividad del mecanismo judicial alternativo existente de cara a la protección de los derechos. Estas diferencias son:

- i. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho con medidas cautelares debe presentarse mediante apoderado judicial y su procedimiento está sujeto a formalidades procesales, mientras que la acción de tutela por su carácter informal, no solo no requiere de apoderado judicial, sino que tampoco está regulada por estrictas formas procesales¹⁵.
- ii. Generalmente, la medida cautelar requiere que el solicitante preste caución para que se otorgue el derecho¹⁶, mientras que la acción de tutela permite que

¹⁴ La Sala Plena del Consejo de Estado ha señalado en relación con las facultades del juez para decretar medidas cautelares que: “(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar” (Consejo de Estado. Sentencia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01).

¹⁵ Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2016.

¹⁶ Artículo 232 de la Ley 1437 de 2011: “El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante. La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable. No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la

el juez implemente medidas provisionales de protección sin necesidad de que el actor preste caución¹⁷.

- iii. La medida cautelar es una protección transitoria del derecho, en tanto que la acción de tutela puede ser también un mecanismo de protección definitiva del derecho¹⁸.
- iv. Incluso cuando la medida cautelar es de urgencia en los términos del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011¹⁹ en la cual se prescinde del trámite de notificación de la otra parte y puede ordenarse de manera previa a la notificación del auto admisorio, existe aún la condición de prestarse caución, carga adicional que no implica la tutela²⁰.

Estas diferencias son criterios que le permiten al juez de tutela determinar si en un caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas (la condición del sujeto involucrado), objetivas (el contenido de la pretensión) y otras particulares del caso, el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la solicitud de medidas cautelares es idóneo y eficaz para la protección de los derechos amenazados del accionante.

4.5. Sobre la evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

El artículo 53 del Decreto 1790 de 2000²¹, dispone los requisitos mínimos para el ascenso en la jerarquía al grado superior de los oficiales, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.”

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Artículo 234 de la Ley 1437 de 2011: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

²⁰ El Consejo de Estado ha entendido que la medida cautelar de urgencia es una protección a graves violaciones de derechos humanos. En sus términos, “Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia” (Consejo de Estado. Expediente 11001-03-26-000-2015-00174-00 (55953) del 26 de febrero de 2016.

²¹ Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.*
- b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.*
- c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.*
- d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.*
- e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.*
- f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa”*

El artículo 60 del Decreto 1799 de 2000²², establece las condiciones que rigen la clasificación para ascensos y en efecto señala que cuando exista en contra de los oficiales y suboficiales una resolución de acusación o convocatoria al consejo de guerra o suspensión provisional, no serán clasificados para el ascenso (numeral 3, literal f, artículo 60), asimismo, el literal g, preceptúa que la Junta Clasificadora por medio del Comando de la Fuerza, presenta la clasificación para ascenso de oficiales junto con las actas respectivas a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

4.6.- Del llamamiento a calificar servicios.

En un principio es importante precisar que la Fuerza Pública tiene un valor principal y una función protagónica del Estado Social de Derecho prescrito por la Constitución de 1991.

En el artículo segundo de la Carta se establecen los fines esenciales del Estado en que se fundamenta la existencia de las dos grandes instituciones de la fuerza pública; por una parte, para las Fuerzas Militares “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial” y, por otra, para la Policía Nacional “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Comparten además, con todas las demás autoridades de la República, la función esencial de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás

²² Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones.

derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Debido a la importancia de la institución para el Estado Social de Derecho, el Capítulo 7 de la Carta se titula justamente “De la Fuerza Pública” y desarrolla entre los Artículos 216 a 223 Superiores las cuestiones principales sobre el tema.

En la Carta se deja claro la naturaleza funcional de las Fuerzas Militares, - compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- . así: “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”²³.

Al respecto, considerando la naturaleza endémica de la institución militar, el artículo 217 prevé: “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”²⁴ Cuestión que actualmente se regula por el Decreto 1790 de 2000.

La norma que regula las causales de retiro es el Art. 100, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. En él se establece:

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:

- 1. Por solicitud propia.*
 - 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*
 - 3. Por llamamiento a calificar servicios.***
 - 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
 - 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*
 - 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.*
 - 7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*
 - 8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*
 - 9. Por no superar el período de prueba;*
- b) Retiro absoluto:*
- 1. Por invalidez.*

²³ Constitución Política de Colombia, Artículo 217, párrafo 2.

²⁴ Párrafo 3.

2. *Por conducta deficiente.*
3. *Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.*
4. *Por muerte.*
5. *Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.*
6. *Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.*

La evidencia de que el servicio en las Fuerzas Militares -y como se verá adelante, también en la Policía Nacional – tiene una naturaleza diferente al de cualquier otro cargo público, y en especial, la estructura jerárquica y piramidal, hace que tenga unas condiciones diferentes de permanencia en el cargo. Lo cual, se encuentra a lo largo de las normas que regulan la actividad militar, pero claramente puede verse un reflejo de ello en el literal a) del artículo 100, Decreto 1790 de 2000.

Como se puede ver, entre la vinculación y el retiro definitivo, existe un estadio único en la Fuerza Pública, que en el caso de las Fuerzas Militares se denomina “Retiro Temporal con pase a la Reserva” en el cual se encuentran causales que son evidentemente disimiles con la naturaleza de los cargos de carrera.

Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia – pues se mantiene el rango y los honores – que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.

Además del llamamiento a calificar servicios, en las Fuerzas Militares existe el retiro discrecional, el cual está regulado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 y compilado por el Decreto 1428 de 2007. Al respecto señala la norma:

“ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. *Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99²⁵ de este Decreto*”²⁶.

El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro²⁷.

4.7. Caso concreto

²⁵ “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 la obligación 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 de oficiales 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”.

²⁶ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179 de 2006, MP, Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷ Conforme con lo establecido en el Artículo 3º del Decreto 1791 de 2000, para que proceda el retiro de un Oficial por la causal denominada “Llamamiento a Calificar Servicios”, es necesario que cumpla con los requisitos para hacerse acreedor a una **Asignación mensual de retiro**, establecido en el numeral 3.1. del Artículo 3º de la Ley 923 de 2004, en armonía con el Artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.

“Artículo 3º de la Ley 923 de 2004: **ELEMENTOS MÍNIMOS.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: 3.1. **El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres. En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones. [...]**”(negrilla y subrayado fuera del texto)

Como primera medida se debe resolver, sí la acción de tutela de la referencia acredita los requisitos necesarios para que sea procedente su estudio, tópico que de entrada será despachado de manera desfavorable, al no verificarse los requisitos necesarios para que, en sede de tutela, se emita orden alguna, por las consideraciones que se exponen a continuación:

El señor Wilson Granada Díaz, en el ejercicio de la acción de tutela, pretende se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo y debido proceso y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas a reconocer el ascenso al grado de coronel y se reincorpore al servicio activo en el cargo que estaba desempeñando.

Para proceder a realizar el análisis de la violación a derechos fundamentales en mención, es del caso determinar si este mecanismo constitucional es procedente, lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 consagra las causales de improcedencia así:

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:
1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. (Subrayas del despacho).

Frente al requisito de subsidiariedad, es del caso recordar que la tutela como mecanismo subsidiario y residual, implica que, frente a una situación fáctica, procederá en procura de la protección de derechos fundamentales, cuando no exista otra acción de defensa judicial prevista en el ordenamiento para el efecto, o cuando existiendo, no sea eficaz para obtener su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, el actor insiste que se debe despachar favorablemente las pretensiones, toda vez que se encuentra en presencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que se le negó el ascenso al grado de coronel sin que existiera una sentencia ejecutoriada que determinara su responsabilidad penal, así mismo, que el retiro del servicio activo afecta su mínimo vital, toda vez, que el salario se le redujo, y asumió obligaciones bancarias con el convencimiento de que el Ejército Nacional lo ascendería al grado de Coronel y le garantizaría la continuidad laboral.

En el *sublite*, considera el Despacho que la negativa del ascenso a un grado superior y la decisión contentiva del retiro del servicio activo del accionante, constituye un acto administrativo contra el cual puede ejercer otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales que invoca como sustento de la solicitud constitucional.

En efecto, frente a la procedencia de la acción de tutela para ordenar la promoción a un grado superior de un miembro de la fuerza pública, la Corte Constitucional ha considerado su viabilidad de forma excepcional. En sentencia T- 706- de 2016, señaló:

“Esta Corporación ha fijado como regla jurisprudencial la improcedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos que niegan el ascenso a un grado superior, cuando estos están motivados. En este sentido, se pronunció en la sentencia T-1528 de 2000 al sostener que: *“lo pretendido por el actor con la acción de tutela, como el mismo lo afirma, no es el estudio de su hoja de vida para el próximo Comité Evaluador, sino que se ordene su promoción al grado superior, circunstancia que resulta absolutamente improcedente por vía de tutela, pues no podría la Corte sin violar ahí si el debido proceso, inmiscuirse en competencias propias del Presidente de la República y, ordenar mediante esta acción el ascenso automático del demandante al grado de Coronel, sin contar con los elementos de juicio que se requieren para tomar esa clase de decisiones”*²⁸. En esa misma providencia, la Corte Constitucional expresó que la garantía del debido proceso se materializa en la posibilidad que tienen los miembros de las fuerzas militares de impugnar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las decisiones administrativas²⁹.

De igual forma, en la sentencia T-520 de 2010, la Corte Constitucional consideró:

“que el actor “contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa para controvertir los actos administrativos, cuyos efectos

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1528 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1528 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

lesivos, a su juicio, generaron la afectación de sus garantías fundamentales”³⁰. De manera que, la regla jurisprudencial aplicable en aquellos casos en los que el accionante alega la vulneración de sus derechos por la decisión de no ascenderlo, mediante un acto administrativo motivado, es impugnarlo ante la jurisdicción contenciosa administrativa”.

En desarrollo de lo anterior, advierte el Despacho que el señor Wilson Granada Díaz, no clasificó en las propuestas para el ascenso al grado de coronel, por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 53, literal g del Decreto 1900 de 2000 en concordancia con el artículo 60 literal f del Decreto 1799 de 2000, que el accionante para tal efecto, debió hacer uso oportuno de los recursos de que trata los artículos 68 y 67 del Decreto 1799 de 2000, para la efectiva protección de sus derechos

Ahora, en cuanto a la decisión contentiva de retiro del servicio activo, considera el Despacho, que el accionante cuenta con los medios ordinarios para la efectiva protección de sus derechos, es decir, la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al interior del cual, como se vio, cuenta con la posibilidad de hacer uso de las medidas cautelares.

Al respecto, la Resolución N° 0971 del 26 de marzo de 2020 es susceptible de ser atacada y enjuiciada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y es en dicho trámite donde puede el tutelante pedir la suspensión provisional de los efectos de dicho acto que considera lesiona el ordenamiento superior. Este mecanismo cautelar es apto para la protección de los derechos fundamentales, y además es expedito, toda vez que la medida de suspensión provisional debe ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo luego del auto admisorio de la demanda.

La acción de tutela no es el mecanismo indicado para ventilar este tipo de pretensiones, pues, la acción tutelar, se caracteriza por ser un remedio residual y excepcional. Solamente en el caso de que no exista otro medio adecuado de defensa judicial, puede el juez de tutela proveer sobre la posible violación de

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-520 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “En efecto, mediante el ejercicio de las acciones de simple nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor Samuel Mosquera Medina pudo haber objetado la legalidad de los actos proferidos por el Ejército Nacional a través de los cuales no se le concedió el ascenso militar al grado inmediatamente superior, esto es, de Sargento Mayor a Sargento Mayor de Comando y no lo hizo.”

derechos fundamentales, a menos de que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el *sublite*, el señor Wilson Granada Díaz, señala la necesidad de ejercer esta tutela por soportar un perjuicio irremediable, que sustentó en el hecho de que, el retiro de servicio activo sin el reconocimiento del ascenso al grado de coronel, hizo que asumiera obligaciones bancarias con el convencimiento de que el Ejército Nacional lo promovería a un grado superior y le garantizaría la continuidad laboral. Sin embargo, no existe prueba al menos sumaria que demuestre el padecimiento de un perjuicio irremediable que obligue al juez constitucional a superar el requisito de subsidiariedad que exige la decisión de la tutela y analizar de fondo el planteamiento de la supuesta vulneración originada por un acto administrativo.

Por lo tanto, como el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial ordinario e idóneo, no se cumple con el requisito de subsidiariedad para que la acción de tutela proceda en el *sub lite*. Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se cumplieron los requisitos jurisprudenciales de procedencia excepcional del presente mecanismo constitucional, se declarará improcedente la acción de tutela.

La presente providencia puede ser impugnada dentro del término señalado en el Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

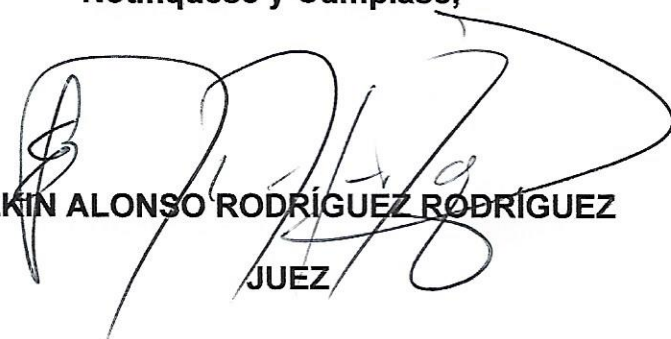
FALLA:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la presente acción de tutela, presentada por el señor Wilson Granada Díaz, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las entidades accionadas de manera personal y al accionante, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Por el medio más expedito, comuníquesele a la Defensoría del Pueblo.

TERCERO: Si esta providencia no fuese impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

JUEZ