

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de Proceso : ACCIÓN DE TUTELA
Accionante : DIANA CRISTINA ÁLZATE MILLÁN como agente oficioso de JAIRO ANDRES ALZATE MILLÁN
Accionado : NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL
Radicación No. : 11001-33-42-047-2021-00319-00
Asunto : Dignidad humana, trabajo, honra, debido proceso, presunción de inocencia, estabilidad laboral, acceso a la seguridad social e igualdad

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el artículo 86 de la C.P., los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela¹, promovida por la señora **DIANA CRISTINA ÁLZATE MILLÁN como agente oficioso de JAIRO ANDRES ALZATE MILLÁN**, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del agenciado, a la dignidad humana, al trabajo, a la honra, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la estabilidad laboral, al acceso a la seguridad social y a la igualdad.

1.1. HECHOS

¹ Cfr. Documento digital No. 01

El Despacho resume los hechos de la demanda, así:

1. El señor Jairo Andrés Álzate Millán ingresó al Ejército Nacional el 01 de diciembre de 2008.
2. El 22 de marzo de 2021, el señor Jairo Andrés Álzate Millán, fue detenido por miembros de la DIJIN-ARC-GRUPO en la ciudad de Villavicencio, con ocasión de una orden de captura, con fines de extradición, emanada por la Fiscalía General de la Nación.
3. El proceso penal se encuentra en curso.
4. Previo a la orden de captura, el señor Jairo Andrés Álzate Millán, había sido seleccionado para adelantar curso de ascenso.
5. El señor Jairo Andrés Álzate Millán, se encuentra privado de la libertad, con detención preventiva, en el Centro Penitenciario La Picota.
6. Mediante la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021, el Ministro de Defensa Nacional, ordenó retirar del servicio activo del Ejército Nacional, al señor Jairo Andrés Álzate Millán. El anterior acto administrativo no fue notificado debidamente, como quiera que al exmilitar no le fue entregada copia del mismo y si bien se le informó que se le había enviado al correo institucional, el agenciado no tiene acceso al mismo debido a su situación de privación de la libertad, lo que le ha imposibilitado ejercer su defensa judicial.
7. Sostiene que, con ocasión de la investigación penal, el señor Jairo Andrés Álzate Millán fue retirado del servicio. Considera que esa decisión es violatoria de los derechos fundamentales del señor Jairo Andrés Álzate Millán, dado que se tomó esa determinación sin que se haya decidido su situación jurídica, es decir, sin la decisión de un juicio penal o disciplinario.
8. Con ocasión de la privación de la libertad, el señor Jairo Andrés Álzate Millán se encuentra en estado de indefensión, por lo que requiere le sea pagado su salario y prestados los servicios de salud. Una de las necesidades que presenta el agenciado es la de cubrir sus gastos en el centro carcelario, dado que acceder a una vida digna mientras se encuentra recluido tiene un alto costo monetario.
9. Informa que a la fecha no le ha sido pagada su liquidación.
10. Sostiene que la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021, fue expedida con desvío de poder, dado que a la fecha no existe fallo penal o disciplinario contra el señor Jairo Andrés Álzate Millán y para su retiro no fue evaluado el desempeño laboral del retirado, es decir, la totalidad de su hoja de vida, en la que constan sus resultados operacionales, entre otros.

11. Informa que del salario que devengaba el señor Jairo Andrés Álzate Millán, por su condición de miembro del Ejército Nacional, se solventaban él y su padre, quien no cuenta con ingresos fijos y tiene 74 años de edad.
12. Finalmente, indica que el Comando de Personal del Ejército Nacional pudo permitir que el señor Jairo Andrés Álzate Millán devengara el 50% de su salario y con ello evitar la desprotección de esa familia y el deterioro de las condiciones de existencia del ex uniformado.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El agente oficioso considera que la autoridad accionada, al disponer el retiro del servicio del señor **JAIRO ANDRES ALZATE MILLÁN**, le está vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, a la honra, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la estabilidad laboral, al acceso a la seguridad social y a la igualdad.

1.3. PRETENSIONES

“PRIMERO : QUE TUTELE AL SEÑOR CT JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN el derecho fundamental a su dignidad humana, debido proceso, presunción de inocencia, estabilidad laboral, igualdad, ordenando dejar sin efectos jurídicos la Resolución No 2687 de 2021 del 10 de agosto de 2021 suscrita por el Ministro de Defensa al estar falsamente motivada pues los hechos de los que se le acusa no han sido probados en instancias penales, y ordene su reintegro al Ejército Nacional de Colombia sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando, y le pague los salarios y las prestaciones sociales que dejó de percibir desde cuando se produjo su retiro del servicio hasta que se haga efectiva su reincorporación.

SEGUNDO: Ordenar al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional su reintegro a la institución en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del des acuartelamiento, sin solución de continuidad.

TERCERO: el pago de los salarios dejados de percibir, hasta el día que se efectúe el reintegro, y el pago de los aportes al sistema de seguridad social por el tiempo que estuvo desvinculado. Por último, una indemnización por los perjuicios causados a él y su señor padre, con ocasión al retiro de la Fuerza.

CUARTO: Se afilie nuevamente a los servicios médicos de sanidad militar.”

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 04 de noviembre de 2021², que ordenó notificar al MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, para que informara a este Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela.

² Cfr. Documento digital 05

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Con memorial del 09 de noviembre de 2021³, el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, dio respuesta a la acción de tutela, informando que mediante la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021, en ejercicio de la facultad discrecional, el Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio activo del Ejército Nacional al señor Jairo Andrés Álzate Millán, decisión que fue comunicada al interesado al correo institucional. Asimismo, la decisión le fue comunicada por escrito al lugar de reclusión.

En cuanto a la disposición de retiro, informa que el Comité de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, recomendó el retiro discrecional del señor Jairo Andrés Álzate Millán.

Con fundamento en lo anterior, sostiene que el acto administrativo acusado goza de presunción de legalidad y que si el interesado no está de acuerdo puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En virtud de lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción, como quiera que el accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial directo y la acción de tutela actúa como mecanismo residual cuando no hay otros instrumentos o cuando se presenta un perjuicio irremediable, a lo que considera que, en el caso de autos, no se presenta.

3.2. DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL

Por otra parte, con memorial del 10 de noviembre de los corrientes⁴, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional contestó la tutela, informando que no es la entidad competente para comparecer al proceso, por lo que solicita su desvinculación.

En cuanto a la pretensión de vinculación a los servicios de salud de las Fuerzas Militares, sostiene que, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra retirado no es destinatario de los mismos, sin perjuicio de lo anterior, informa que, como el accionante se encuentra privado de la libertad, corresponde al Instituto Nacional penitenciario y Carcelario prestar los servicios de salud.

³ Cfr. Documento digital 10

⁴ Cfr. Documento digital 12

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la acción al considerar que no se presenta vulneración de derechos fundamentales por parte de esa Dirección.

IV. HECHOS PROBADOS

De las pruebas allegadas al proceso se logran demostrar los siguientes hechos:

1. El señor Jairo Andrés Álzate Millán, prestaba sus servicios al Ejército Nacional; el último grado alcanzado fue el de Capitán y a la fecha de su retiro era orgánico del Batallón de Contrainteligencia Fronteras EJC No.3⁵.
2. Según radiograma del 03 de mayo de 2021⁶, se evidencia que el señor Jairo Andrés Álzate Millán fue seleccionado para adelantar "curso comando ascenso CT a MY, a partir del 25 de junio de 2021".
3. Mediante la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021⁷, el señor Jairo Andrés Álzate Millán fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional por causal retiro discrecional.
4. Según oficio del 23 de octubre de 2021⁸, suscrito por el Comandante del Comando de Apoyo de Combate de Contrainteligencia (E), informó que la notificación de retiro, fue enviada al demandante con un guardia de turno del complejo carcelario el 03 de septiembre de 2021, sin que el mismo hubiese sido firmado.
5. Con declaración extrajuicio del 06 de octubre de 2021⁹, rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Villavicencio, el señor JAIRO ALZATE PAREDES, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.074.572, quien manifiesta ser el padre del accionante, tener 74 años de edad y ejercer el oficio de músico e interprete, bajo la gravedad de juramento, declaró que depende económicamente de su hijo, señor Jairo Andrés Álzate Millán; que su hijo siempre ha solventado sus necesidades básicas diarias como son pagos de arriendo, alimentación y demás para su sostenimiento, dado que no se encuentra laborando y que no cuenta con pensión, indica que en la actualidad se encuentra sin ningún ingreso y se encuentra en precariedad de salud por cuanto padece de hipertensión.
6. Obra extracto de historia clínica¹⁰ del señor Jairo Álzate Paredes, de de fechas 2019 y 2021, de la que se extrae que el mencionado está afiliado como beneficiario del régimen contributivo en MEDIMAS E.P.S. S.A.S., que es

⁵ Cfr. Folios 36-44 del documento digital 2

⁶ Cfr. Folios 25-35 del documento digital 2

⁷ Cfr. Folios 6-11 del documento digital 2

⁸ Cfr. Folio 12 del documento digital 10

⁹ Cfr. Folios 12-13 del documento digital 2

¹⁰ Cfr. Folios 15

atendido en la IPS MI IPS LLANOS ORIENTALES – IPS PARQUE VILLAVICENCIO, en la ciudad de Villavicencio y que fue atendido en esa oportunidad para estudio de próstata. Según la historia clínica el estado general del paciente es normal.

7. Se aporta copia de extracto de estado de cuenta de crédito de libranza del banco de Occidente, a nombre del accionante, se constata que, para el 01 de marzo de 2019, adeudaba una suma de \$39.426.977

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si la acción de tutela procede como mecanismo transitorio de protección de derechos y si se presenta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, a la honra, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la estabilidad laboral, al acceso a la seguridad social y a la igualdad del señor **JAIRO ANDRES ALZATE MILLÁN**, por parte del **MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL** con ocasión del retiro del servicio mientras se encontraba privado de la libertad

5.2. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, es considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, y tiene como objeto salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, el cual está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y fue desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues

de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

5.2.1. Principio de subsidiaridad de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución y el artículo 6 del numeral 1 del Decreto 2591 de 1991, **establecen como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales**, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, así mismo se establece que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia del Órgano de Cierre Constitucional ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción; precisamente el carácter subsidiario conlleva a que las discrepancias que resulten sobre derechos deben ser resueltos por regla general por los mecanismos ordinarios que el ordenamiento prevé y solo cuando existe una ausencia de ellos o no sea efectivo para proteger el derecho que se aduce vulnerado, se podrá acudir a la acción de amparo constitucional.

5.2.2. Procedencia de la acción de tutela para debatir actos administrativos

En reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.

Sin embargo, el Consejo de Estado también ha indicado que la tutela procede de manera excepcional, en estos casos, cuando se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados.¹¹

6. Caso concreto

¹¹ Ver Sentencia de Tutela Consejo de Estado, resuelve recurso de impugnación dentro de acción de tutela, Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02669-01, de ocho (8) de octubre de dos mil catorce (2014)

La señora DIANA CRISTINA ÁLZATE MILLÁN, actuando como agente oficioso del señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, solicita se amparen los derechos fundamentales del agenciado, a la dignidad humana, al trabajo, a la honra, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la estabilidad laboral, al acceso a la seguridad social y a la igualdad, al considerar que fueron presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional, al disponer su retiro del servicio mientras se encontraba privado de la libertad por una conducta de la que no ha sido condenado.

Como consecuencia del amparo, pretende se ordene le reintegro del señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, en el grado de ostentaba al momento de su retiro, sin solución de continuidad, ordenando el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales, indemnización de perjuicios y ordenando su afiliación a los servicios médicos de sanidad militar.

En respuesta a la demanda, el Ministerio de Defensa Nacional solicita se declare la improcedencia de la tutela, al existir otro mecanismo de defensa que garantiza la protección de sus derechos.

Por otra parte, sin que hubiese sido vinculada al proceso, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional contestó la acción, afirmando que no es competente para responder por las pretensiones de la demanda, como quiera que no tuvo injerencia en la expedición del acto administrativo acusado, por lo que solicita su desvinculación y la declaratoria de improcedencia de la acción.

De las pruebas allegas al expediente, se evidencia que el señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, pertenecía al cuerpo de oficiales del Ejército Nacional, ostentando a la fecha de su retiro el grado de Capitán, adscrito al Batallón de Contrainteligencia Fronteras EJC No. 3.

Mediante la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021, el Ministro de Defensa Nacional, atendiendo la recomendación realizada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, registrada en el Acta No. 07, retiró del servicio al señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, en forma temporal con pase a la reserva, por retiro discrecional.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Constitución Política, los miembros de las Fuerzas Militares contarán con régimen especial de carrera, el cual está regulado por el Decreto 1790 de 2000, *“por el cual se establece el Régimen de Carrera de Personal de las Fuerzas Militares”*, modificado por la Ley 1104 de 2006.

Es así que, todas las decisiones correspondientes al ingreso, ascenso, retiro y demás, dispuestas en el Decreto 1790 de 2000, corresponden a actos administrativos proferidos en ejercicio de la función administrativa otorgada por el legislador a las autoridades administrativas.

Salvo disposiciones especiales, todas las autoridades y particulares que cumplen funciones públicas están cobijadas por las normas especiales que les correspondan según sus funciones y por las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 o CPACA.

En materia de mecanismos de protección ante actuaciones administrativas proferidas por cualquier autoridad administrativa, el CPACA en su artículo 138 consagra el mecanismo de protección de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual dispone que *“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”*. Así las cosas, teniendo en cuenta que, en el caso de autos se informa que la vulneración de derechos fundamentales se presenta por la expedición de un acto administrativo particular y concreto, esto es, la Resolución No. 2687 del 10 de agosto de 2021, por la cual el Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio al señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, en forma temporal con pase a la reserva, por retiro discrecional, en principio se podría afirmar que la acción de tutela resulta improcedente debido a la existencia de un mecanismo ordinario de defensa.

Sin embargo, como bien lo determinó el legislador, si existiendo mecanismos ordinarios de defensa se logra demostrar que los mismos no son eficaces para la protección de los derechos presuntamente vulnerados, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio Irremediable.

Para determinar la procedencia del mecanismo de amparo, se analizará en primer lugar la idoneidad y oportunidad del medio de defensa ordinario con el que cuenta la parte accionante.

Según se reseñó en párrafo anterior, para controvertir los actos administrativos proferidos por las autoridades y/o particulares que cumplen funciones administrativas, el legislador previó varios instrumentos de defensa judicial que tuvieran los elementos necesarios para garantizar el debido proceso de los vinculados. Entre los mecanismos consagrados se encuentra el dispuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, que establece:

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

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es conocido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que, de acuerdo con su distribución de competencias, un asunto como el analizado en este proceso estaría a cargo de los Jueces Administrativos de Bogotá, como quiera que la autoridad que profiere la decisión es del orden nacional y tiene su asiento en la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para ejercer el medio de control, se tiene que el Legislador dispuso que, las demandas dirigidas a que se declare la nulidad de un acto administrativo y se pretenda un restablecimiento del derecho, se podrán presentar en un término de cuatro (4) meses, contados a partir de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Por otra parte, se evidencia que el proceso contencioso administrativo por el cual se desarrolla el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuenta con medidas provisionales, así:

“ARTÍCULO 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.
(...)*

ARTÍCULO 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. *Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

PARÁGRAFO. *Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.*

ARTÍCULO 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

(Subrayado fuera de texto)

Hasta este punto, este Despacho encuentra que, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene las condiciones para ser un mecanismo adecuado, efectivo y eficiente de protección de derechos conforme a lo requerido por el demandante, dado que, el agenciado dentro de ese proceso puede allegar y solicitar todas las pruebas que considere pertinentes para la solución definitiva de su controversia; se encuentra en término para demandar, como quiera que la notificación del acto administrativo acusado le fue entregada el 03 de septiembre de 2021, por lo que cuenta con tiempo suficiente para acudir ante el juez contencioso; y cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares desde el inicio del debate, para que se proteja y garantice provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En lo referente a la notificación del acto administrativo, se tiene que el demandante informa que no le fue notificado debidamente como quiera que no se le entregó copia del acto administrativo, al respecto, en primer lugar, el

Despacho encuentra que si bien el acto administrativo pudo notificarse indebidamente generando una vulneración al debido proceso, dicha situación fue subsanada por el titular de derechos con la presentación de esta tutela, dado que como parte de los anexos agregó copia íntegra del mismo, por lo que se entiende notificado por conducta concluyente y le da lugar para acudir ante el juez natural de la causa.

Cabe resaltar que la vía judicial es el espacio legal idóneo para llevar a cabo un debate probatorio adecuado y así determinar si al señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN le asiste o no el derecho reclamado, contando el juez natural tanto con las pruebas que sustentan los dichos de las partes, como con los antecedentes administrativos para proferir una decisión ajustada a derecho. Situación contraria a la que se presenta en este mecanismo residual y sumario, donde resulta insuficiente, por el trámite perentorio del mismo, contar con un debate probatorio exhaustivo, que permita establecer la verdadera situación fáctica y jurídica del caso bajo estudio.

Postura que ha sido avalada por la H. Corte Constitucional, que en sentencia T-199 de 2008, señaló:

“(...) Así mismo, puede observarse que el Decreto 1790 de 2000 consagra una facultad discrecional en cabeza del Comando de la respectiva Fuerza, y por tanto, todo ataque encaminado a demostrar el indebido o ilegal ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 45 del Decreto 1790 de 2000, debe ser resuelta por el juez natural, esto es la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, es éste el proceso idóneo para determinar si la desvinculación se produjo con violación de la ley o desviación del poder, e incluso estudiar el contenido del informe que sugirió la baja. Allí, las partes podrán discutir con suficiencia el asunto que ahora se estudia.

En este sentido, tal y como se desarrolló en el parte motiva de esta providencia, las facultades discrecionales de retiro en cabeza de las fuerzas armadas han sido declaradas constitucionales, siempre y cuando aquellas no se deriven de la arbitrariedad. Es por ello que el señor (...) podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para demostrar la desviación del poder que alega en el escrito de tutela.

(...)”

Ahora bien, si pese a la existencia de un mecanismo de defensa judicial idóneo, se logra demostrar que el no amparar el o los derechos fundamentales mediante el mecanismo de tutela podría generar un perjuicio irremediable, la acción de tutela se hace procedente.

De acuerdo con lo explicado por la Corte Constitucional el perjuicio irremediable se presenta cuando existe *“la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía”*¹²

¹² Sentencia T-545 de 1998

Para determinar la existencia del perjuicio irremediable la Corte Constitucional¹³, expresa que se deben demostrar en conjunto los siguientes elementos:

1. **La urgencia:** se presenta cuando existe una situación "que amenaza o está por suceder prontamente", y se caracteriza porque el daño se puede desarrollar en un corto plazo, lo que impone la necesidad de tomar medidas rápidas y eficaces con el propósito de evitar la afectación de los derechos fundamentales de quien solicita la protección.
2. **La inminencia:** se identifica cuando en el caso se evidencia la necesidad apremiante de algo que resulta indispensable y sin lo cual se ven amenazadas prerrogativas constitucionales, lo que lleva a que se ejecute una orden pronto para evitar el daño.
3. **La gravedad:** se identifica cuando la afectación o la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario es enorme y le ocasiona un detrimento en proporción similar y se reconoce por la importancia que el ordenamiento legal le concede a ciertos bienes jurídicos bajo su protección.
4. **La impostergabilidad:** se determina dependiendo de la urgencia y de la gravedad de las circunstancias del caso concreto, criterios que llevan a que el amparo sea oportuno, pues si se posterga, existe el riesgo de que sea ineficaz.

Para la parte accionante, la acción de tutela resulta necesaria por cuanto el señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, se encuentra privado de la libertad con ocasión de una investigación penal y al ser retirado del servicio se queda sin el sustento necesario para garantizar sus condiciones de supervivencia; asimismo informa que, el señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN tiene a su cargo a su padre, señor JAIRO ALZATE PAREDES, quien tiene 74 años de edad, presenta problemas de salud y no cuenta con pensión o subsidio mensual.

De los hechos y pruebas aportados al expediente, se encuentra que el titular de los derechos solicitados en protección se encuentra privado de la libertad con ocasión de una solicitud de extradición, debido a esa situación la Junta Asesora para el Ministerio de Defensa Nacional recomendó su retiro del servicio, el cual fue ejecutado a través del acto administrativo que se acusa de vulneratorio de derechos.

El agenciado, señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, es una persona de mediana edad, a la fecha de presentación de esta demanda cuenta con 34 años de

¹³ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

edad¹⁴, no tiene beneficiarios a su cargo y no manifestó presentar situaciones de salud que requieran atención urgente o especial.

En cuanto a las deudas que manifiestan tiene con acreedores, al Despacho fue allegado un extracto de crédito de libranza con fecha marzo de 2019, lo que no permite establecer el estado de sus obligaciones para noviembre de 2021, fecha en la que se está tramitando esta acción.

En lo que concierne al señor padre del agenciado, de la historia clínica aportada al proceso se verifica que señor JAIRO ALZATE PAREDES, quien tiene 74 años de edad ha sido atendido por medicina general para tratamiento de próstata, que su estado de salud es normal y que se encuentra afiliado al sistema contributivo de salud como beneficiario en la EPS MEDIMAS. De lo anterior, se constata que el señor JAIRO ALZATE PAREDES, no es beneficiario del sistema de salud de las Fuerzas Militares, dado que la historia clínica tiene como fechas los años 2019 y 2021 y en ambas fechas aparece afiliado a la EPS MEDIMAS, por lo que no se observa que la desvinculación del agenciado del servicio de sanidad del Ejército Nacional genere una afectación respecto de los servicios médicos requeridos por su señor padre.

Finalmente, de acuerdo con la información extractada de la página del Ministerio de Salud, la población privada de la libertad cuenta con un modelo de atención en salud, el cual está regulado por el Decreto 2245 de 2015, en desarrollo de los artículos 65 y 66 de la Ley 1709 de 2014 y modificado por el Decreto 1142 de 2016, el cual articula la afiliación de esta población al Sistema General de Seguridad Social en Salud de quienes pueden conservar su afiliación a los regímenes contributivo, especiales o de excepción y al régimen subsidiado para la población domiciliaria que no pueda acceder a los anteriores regímenes, lo que significa que en materia de prestación de servicios de salud no está desprotegido.

Como en el evento de autos no se logra demostrar que de no tramitar el asunto a través de la acción de tutela se pueda generar un perjuicio irremediable, este Despacho considera que la acción de tutela no procede como mecanismo transitorio de protección de derechos por cuanto el agenciado cuenta con los medios ordinarios de defensa judicial, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que contempla el CPACA en su artículo 138, máxime cuando en este caso, no se configura el fenómeno de la caducidad, la cual puede ser dirigida contra los actos administrativos particulares o generales que causan un perjuicio o daño al administrado, dentro de la cual se pueden solicitar medidas cautelares conforme a lo establecido en los artículos 229 a 241 del CPACA, ya que

¹⁴ Nació el 14 de enero de 1987, Cfr. Documento digital 08

en últimas lo pretendido dentro de esta acción es el reintegro al cargo dentro del Ejército Nacional del cual fue retirado por facultad discrecional.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por la señora DIANA CRISTINA ÁLZATE MILLÁN, en calidad de agente oficioso del señor JAIRO ANDRES ALZATE MILLAN, identificado con numero de cedula 1.121.829.723, contra el MINISTERIO DE DEFENSA – JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PARA LAS FUERZAS MILITARES - EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA - COMITÉ DE RETIRO DE LA DIRECCION DE PERSONAL EJERCITO, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del agenciado, a la dignidad humana, al trabajo, a la honra, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la estabilidad laboral, al acceso a la seguridad social y a la igualdad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a la entidad accionada, a la parte accionante y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE¹⁵ Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

¹⁵ **Parte demandante:** dianacrisalzate@gmail.com

Parte demandada: notificacionesbogota@mindefensa.gov.co; notificaciones.tutelas@mindefensa.gov.co

Firmado Por:

**Carlos Enrique Palacios Alvarez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
047
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: **12fd983a6ebe797336d52d89affa2cedc322c5783bd5a801c2f12d0cc675f47a**
Documento generado en 17/11/2021 05:44:31 PM

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