

T-427-15

Sentencia T-427/15

(Bogotá, D.C., Julio 8)

MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procedencia

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Contenido y alcance

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Requisitos para decretar las medidas cautelares

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Improcedencia por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad y además se interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho

ACTO ADMINISTRATIVO DE NO LLAMAMIENTO A ASCENSO DE MILITARES-Improcedencia de tutela por existir otro mecanismo de defensa

La Sala de Revisión concluye que el amparo deprecado deviene improcedente, por no haber

cumplido con el requisito de subsidiariedad. Dicha improcedencia se apoya en (i) la existencia de medios judiciales idóneos y eficaces previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (nulidad y restablecimiento del derecho con las respectivas medidas cautelares); y (ii) la inexistencia de un perjuicio irremediable que justifique declarar un amparo transitorio. En consecuencia, revocará la sentencia de única instancia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento, del 9 de enero de 2015, que tuteló los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia de los actores. En su lugar, declarará improcedente la solicitud de amparo

Referencia: Expediente T-4.819.091

Fallo de tutela objeto revisión: sentencia de única instancia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle del Cauca), del 9 de enero de 2015.

Accionantes: Fredy Cogua Amaya y Francisco Tique Bernier.

Accionados: Junta Clasificadora de Ascensos y Comité Evaluador para Estudio de Ascensos del Ejército Nacional.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Defensa, debido proceso, igualdad, presunción de inocencia, buen nombre, honra, trabajo justo, acceso a la información de documentos públicos y acceso a la administración de justicia.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. Los actos administrativos por medio de los cuales el Ministerio de Defensa, con fundamento en los resultados de las evaluaciones hechas por las entidades accionadas, resolvió no ascender a los accionantes al grado de Capitán.

1.1.3. Pretensiones. (i) Ordenar al Comité Evaluador para la clasificación de ascensos y a la Junta Clasificadora de ascensos, reunirse en el menor tiempo posible para dar concepto favorable de calificación y clasificación a los accionantes, previo retiro del considerando de la existencia del escrito de acusación penal, para ser considerados en el ascenso al grado de Capitán y, se ordene su inclusión en la lista de ascenso del Decreto 2414 del 28 de noviembre de 2014, emitido por el Ministerio de Defensa; y (ii) ordenar el ingreso de los accionantes, en el decreto de ascenso con la antigüedad jerárquica de sus compañeros de curso y con la misma novedad fiscal.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El 8 de enero de 2003, el señor Fredy Alexander Cogua Amaya y, el 29 de junio de 2002, el señor Francisco Aurelio Tique Bernier, ingresaron al Ejército Nacional a la Escuela Militar de Cadetes, con el fin de incorporarse como oficiales de inteligencia y de infantería, respectivamente, lo cual ocurrió en grado de cadetes. Una vez cursaron los estudios correspondientes, el 3 de diciembre de 2009 (Fredy Cogua) y, el 2 de junio del mismo año (Francisco Tique), fueron promovidos al grado de Teniente efectivo.

1.2.2. Señalaron los tenientes que cursaron y aprobaron el curso intermedio para ascenso como prerrequisito para obtener el grado de Capitán. Sin embargo, alegaron que el Ministro de Defensa Nacional expidió el Decreto 2575 del 29 de diciembre de 2013, el Decreto de junio de 2014 (no especifican la fecha) y el Decreto No. 2414 de noviembre 28 de 2014[1], por medio de los cuales ascendieron a unos oficiales de las Fuerzas Militares, pero en ninguno de ellos fueron incluidos.

1.2.3. El 20 de octubre de 2014, los accionantes solicitaron a la Dirección de Personal del Ejército Nacional las actas de estudio para ascenso de Teniente a Capitán, del Comité de

Evaluación para estudio de ascenso. Por esta razón, el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, mediante oficio del 22 de octubre del mismo año[2], remitió al señor Tique el Acta No. 141 de 26 de abril de 2013[3] y, al señor Cogua el Acta No. 456 del 28 de octubre del mismo año[4], en las cuales el Comité determinó que los oficiales no serían recomendados para el ascenso por la causa denominada “Justicia”.

1.2.4. Respecto a lo anterior, los tutelantes indicaron que el Ejército Nacional les negó el ascenso al grado de Capitán porque está en curso un proceso penal en su contra, en el cual ya fue presentado escrito de acusación. Los hechos por los que se investigan fueron relatados por los accionantes así:

i) En el caso del teniente Cogua, por los hechos relacionados con el desarrollo de la misión táctica denominada Metropoli 200 Fragmentaria de la orden Fortaleza, en la cual se dio de baja a dos (2) sujetos armados en inmediaciones del Jarillón del río Cali. Por esta razón, el 18 de febrero de 2011, la Juez 27 Penal Municipal con funciones de control de garantías impartió legalidad a la captura del teniente, escuchó la formulación de imputación e impuso medida de aseguramiento de carácter intramural.

El 18 de marzo de 2011, la Fiscalía 38 especializada de Cali presentó escrito de acusación en contra del teniente por el presunto punible de homicidio agravado ante el Juzgado 19 Penal del Circuito de la misma ciudad. Luego, el 21 de diciembre de 2011, el Juzgado 12 de Control de Garantías de Cali revocó la medida de aseguramiento impuesta al oficial y, en su lugar, ordenó la libertad inmediata, decisión que no fue recurrida por la fiscal y que permanece incólume hasta el día de hoy.

ii) En el caso del teniente Tique, por los hechos ocurridos en Riohacha (La Guajira), como consecuencia de haber hecho uso de inteligencia militar contra bandas criminales del sector. Indicó el teniente que, el 19 de noviembre de 2013, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Riohacha profirió boleta de libertad a su favor, situación que perdura en la actualidad.

La Fiscalía presentó escrito de acusación contra el oficial por el presunto delito de concierto para delinquir. No obstante, el Juez Especializado de Riohacha decretó la ilegalidad de todos los elementos probatorios y evidencia física que la Fiscalía decía tener en contra, razón por la cual, afirmó el tutelante, se está a la espera del fallo absolutorio por parte del Tribunal

Superior de Riohacha.

1.2.5. Los accionantes, por intermedio de apoderado, presentaron acción de tutela contra la Junta Clasificadora para ascenso y el Comité Evaluador para Estudio de ascensos del Ejército Nacional, al considerar que fueron vulnerados sus derechos fundamentales por no haber sido ascendidos al grado de Capitán a pesar de que aprobaron el curso para dicho ascenso y cumplieron con los requisitos de idoneidad moral y profesional exigidos para el cargo.

1.2.5.1. Señaló el apoderado que, la acción de tutela se centra en censurar los dos actos administrativos que dispusieron el no llamamiento a ascenso de los accionantes desde el grado de Teniente a Capitán. En ese sentido, adujo que la violación de los derechos fundamentales se concretó (i) con los actos emitidos por el Ministro de Defensa, en los cuales no se incluyó a los actores a pesar de que reunían los requisitos para estar incluidos dentro del decreto de ascenso al grado de Capitán; y (ii) con la falta de motivación y notificación de las razones expresas, por las cuales, discrecionalmente, el Ministro de Defensa no ascendió a los accionantes.

1.2.5.2. Asimismo, alegó que la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso al haber negado el ascenso a los oficiales porque tenían en su contra escrito de acusación vigente. Consideró que dicha determinación desconoce las reglas aplicables para el ascenso en las fuerzas militares previstas en los Decretos 1790 y 1799 de 2000, según los cuales, revocada la medida de aseguramiento, el oficial ascenderá al grado y antigüedad en que sus cursos se encuentren para el momento del ascenso, sin necesidad de que exista sentencia absolutoria en firme.

2. Respuesta del accionado[5].

2.1. Ejército Nacional. El Subdirector de Personal de esta entidad, solicitó rechazar la acción de tutela por improcedente. Manifestó que los accionantes pretenden que se ordene a la autoridad accionada sus ascensos al grado de Capitán, lo que significa el reconocimiento de un beneficio prestacional de estirpe legal, que no puede ser dilucidado por el juez de tutela, teniendo en cuenta la específica y restringida finalidad que la Constitución le atribuye a la acción de tutela. De esta manera, señaló que no es procedente el amparo si se pretermiten las acciones especiales que las leyes han consagrado como los mecanismos más idóneos

para que las personas puedan dirimir las controversias de rango legal, como ocurre en el presente caso, con la disparidad de criterios frente a la aplicación y alcance de las normas legales y reglamentarias que regulan el ascenso de los oficiales del Ejército Nacional.

Unido a lo anterior, aseveró que en el presente caso no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable para los accionantes, que posibilitara tramitar la acción de tutela como medio de defensa transitorio. Indicó que los oficiales se encuentran en servicio activo, reciben un salario mensual que les permite satisfacer sus necesidades básicas y las de su grupo familiar, circunstancia que desvirtúa, la afectación de su derecho al mínimo vital. Así mismo, informó que los actores laboran en la ciudad de Bogotá D.C. y, que por tal razón, no entendía por qué la acción de tutela fue interpuesta en el municipio de Sevilla (Valle del Cauca).

3. Decisiones de tutela objeto de revisión:

3.1. Sentencia de única instancia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle), del 9 de enero de 2015[6].

En primer lugar, el juez de la causa señaló que, los accionantes demostraron adecuadamente que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Manifestó que “se afirma en la demanda que el perjuicio que se busca prevenir se deriva de la urgencia de la situación e idoneidad, debido al escaso beneficio que pueda derivarse de los medios judiciales ordinarios” (Negrilla incluida en el original)

Con base en lo anterior, concedió el amparo de los derechos al debido proceso y derecho a la presunción de inocencia de los accionantes y, en consecuencia, (i) ordenó que, sin perjuicio de las facultades del Ministro de Defensa, la Junta Clasificadora de Ascensos del Ejército Nacional dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia, aplicando el principio constitucional de imparcialidad, califique positivamente para el ascenso a los actores, por lo que deben ser ascendidos al grado de Capitán, ya que cumplen con la totalidad de los requisitos; (ii) ordenó al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional, realizar el ascenso de los accionantes al grado de Capitán, mediante Decreto Complementario al emitido para sus compañeros de curso. Este Decreto de ascenso deberá reconocer la antigüedad de los actores, así como la novedad fiscal, es decir, con orden de

prelación de los compañeros de curso, según lo establecido en el artículo 97 del Decreto 1790 del 2000; (iii) advirtió a la Junta Clasificadora de Ascensos, que el desacato a lo resuelto en esta providencia se sancionará en la forma contemplada en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. Impugnación.

El Subdirector de Personal del Ejército Nacional mediante oficio del 16 de enero de 2015, recibido en la misma fecha en el despacho, impugnó el fallo de tutela de primera instancia argumentando básicamente que el a quo asumió competencia que no le correspondía porque los hechos que presuntamente generaron la vulneración ocurrieron en un lugar diferente a Sevilla (Valle del Cauca)[7]. El juzgado de primera instancia, mediante auto del 20 de enero de 2015, resolvió abstenerse de conceder el recurso de impugnación, porque el funcionario que remitió el escrito no acreditó legitimidad en la causa para actuar en favor de la parte accionada[8].

4. Cuestión previa. Competencia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle del Cauca) para conocer de la acción de tutela.

El Ejército Nacional, en la contestación de la demanda de tutela, manifestó que a pesar de que los accionantes trabajan en Bogotá D.C. y, que el estudio de ascenso lo hizo el Comando del Ejército, con sede en la misma ciudad, estos decidieron presentar la acción de tutela en el municipio de Sevilla (Valle del Cauca). Dicha situación, a su juicio, no tiene acogida alguna porque en virtud del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, los competentes para conocer de la acción son los jueces con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos que generan la violación o la amenaza que motivan la tutela, que para el caso concreto sería la ciudad de Bogotá D.C.

Al respecto, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla manifestó que tenía competencia para conocer de la presente acción, en aras de garantizar a los demandantes el ejercicio de sus derechos a la administración de justicia y al debido proceso a prevención, conforme al contenido del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y, a lo dispuesto por la Corte Constitucional en el Auto No.111 de 2013, en el cual se precisó que las reglas contenidas en el Decreto 1382 de 2000 son meramente de reparto, por eso, con base en ellas, no se puede declarar

incompetente para conocer de este tipo de acción.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que las normas que definen la competencia en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, que señala que dicha acción se puede interponer “ante cualquier juez” y, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991[9] según el cual le corresponde conocer sobre el recurso de amparo al juez del lugar donde se vulneraron o amenazaron los derechos fundamentales invocados –factor territorial-. Igualmente, el inciso tercero consagra que las acciones de tutela que se interpongan contra los medios de comunicación serán competencia, en primera instancia, de los jueces del circuito del lugar donde ocurrieron los hechos –factor subjetivo-. Respecto al factor territorial se puede determinar de acuerdo (i) al lugar donde ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales que motivaron la solicitud o, (ii) al lugar donde se producen los efectos de dicha vulneración. En ese orden de ideas, la Corte ha determinado que el Decreto 1382 de 2000 establece las reglas para el reparto de la acción de tutela y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, ya que por su inferioridad jerárquica frente a las anteriores disposiciones, no puede modificarlas[10].

La Sala advierte que el juez de tutela de Sevilla (Valle del Cauca) no tenía competencia en el asunto bajo estudio, porque no se cumplió con el factor territorial (art.37). Dicho factor no se satisface en razón a que la presunta conducta que causó la vulneración y los efectos que se podrían derivar de la misma ocurre en un lugar diferente al lugar en el que presentaron la acción. Lo anterior, en primer lugar, porque las actas del Comité evaluador para ascensos y los decretos del Ministerio de Defensa Nacional, que atacan los accionantes, fueron expedidos en la ciudad de Bogotá D.C.; en segundo lugar, porque en Bogotá D.C. se encuentra la sede de las entidades accionadas es decir, el lugar donde se producen los efectos; en tercer lugar, porque el domicilio del señor Tique se encuentra en la ciudad de Bogotá D.C.[11], y el del señor Cogua en la ciudad de Popayán (Cauca)[12]. Además que, en el escrito de la acción de tutela, ni en la declaración que rindieron ante el juez de tutela, expusieron las razones por las cuales escogieron la ciudad de Sevilla (Valle del Cauca) para presentar la solicitud de amparo. En conclusión, el juez de la causa, incurrió en un error de interpretación de las fuentes normativas (leyes, decretos y jurisprudencia) que regulan la competencia en materia de tutela y, por consiguiente, asumió el conocimiento de un caso, sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.

Sobre la base de lo anterior, la Sala considera, por un lado, que es la oportunidad idónea para rectificar la actuación surtida por el juez de Sevilla y, en efecto, aclarar que si bien es cierto la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, ello no es óbice para que se desconozcan, de manera injustificada, por parte de los ciudadanos y de los operadores judiciales, las únicas reglas de competencia en materia de tutela (factor territorial- factor subjetivo); y por otro, que a la luz de los principios de economía procesal (art. 42 Ley 1564 de 2012[13])[14], garantía efectiva de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y celeridad que caracterizan el trámite de la acción de tutela (art. 86 C.P.), no es pertinente la declaratoria de nulidad de dicho trámite en Sede de Revisión. En consecuencia, la Sala revisará a continuación la decisión de tutela de única instancia, comenzando por verificar si, en el caso concreto, la acción de tutela supera los requisitos de procedibilidad.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[15].

2. Procedencia de la demanda de tutela[16].

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. El tutelante adujo que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso, a la igualdad, a la presunción de inocencia, al buen nombre, a la honra, al trabajo justo, al acceso a la información, a los documentos públicos y al acceso a la administración de justicia.

2.2. Legitimación activa. Los accionantes en calidad de titulares de los derechos presuntamente conculcados interpusieron la acción de tutela por intermedio de apoderado (C.P. art. 86º, Decreto 2591 de 1991 art. 1º y art.10º)[17].

2.3. Legitimación pasiva. La Junta Clasificadora Ascensos y el Comité Evaluador para estudio de ascenso son órganos adscritos al Ejército Nacional, es decir, una entidad de naturaleza pública, por tanto, la solicitud de amparo es procedente. (C.P. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º

y art. 13°).

2.4. Inmediatez. La Sala considera que en el asunto bajo estudio se satisfizo el requisito de inmediatez, por cuanto, entre la conducta que supuestamente causó la vulneración -el último acto administrativo del 28 de noviembre de 2014, en el cual no se incluyó a los accionantes para el ascenso al grado de Capitán[18]- y la fecha de interposición de la acción de tutela -23 de diciembre de 2014[19]- transcurrió aproximadamente un (1) mes; término que se estima prudente y razonable para el ejercicio de la acción constitucional.

2.5. Subsidiariedad. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela se caracteriza por su naturaleza excepcional y subsidiaria, es decir, solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que éste no resulte eficaz para la protección de los derechos fundamentales y sea necesario adoptar una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla el requisito de subsidiariedad previsto en la norma constitucional mencionada, dispone que la eficacia del mecanismo ordinario de defensa judicial será evaluada por el juez de tutela atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre el accionante.

Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la jurisprudencia constitucional ha reiterado 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 irreparable[20].

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos de rango constitucional o legal que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos[21], puesto que, para controvertir la legalidad de estos, el legislador estableció diferentes acciones en la jurisdicción contenciosa

administrativa que se presumen idóneas para restablecer el derecho conculcado[22]. No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente como mecanismo transitorio de amparo y, en consecuencia, habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo[23] u ordenar que el mismo no se ejecute[24], mientras se surte el respectivo proceso.

En ese orden de ideas, en el análisis de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, es indispensable abordar el tema de las medidas cautelares en el ámbito del derecho administrativo, debido a que, por la forma en que fueron diseñadas contribuyen a la eficacia de los medios de control previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), establece en su artículo 138, como medio de control de las actuaciones de la administración, la nulidad y restablecimiento del derecho[25].

En cuanto a las medidas cautelares, el CPACA incorporó todo un capítulo (XI) destinado a explicar la tipología, las reglas de procedencia y el trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Así, el artículo 229, en materia de la procedencia, dispone que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, 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. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

Según el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la

conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra; e (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

El artículo 231 del cuerpo normativo precitado, fija las condiciones especiales para su procedencia previendo dos grupos de medidas: (i) las de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y, (ii) las de los casos restantes. En el caso de la suspensión provisional, el primer párrafo del artículo 231 establece que dicha medida 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. En ese contexto si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, será necesario probar en forma sumaria que ellos existen.

Para el otro grupo conformado por los casos restantes se requiere: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) 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; y finalmente, (iv) que 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.

Cabe señalar que la oportunidad para solicitar y decretar las medidas cautelares varían dependiendo su naturaleza. En ese sentido, el CPACA establece una distinción entre medidas cautelares ordinarias (art.233) y medidas cautelares de urgencia (art. 234). Respecto de

esta última categoría, la ley indica que podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

En aplicación de los anteriores fundamentos normativos, esta Corporación ha juzgado, recientemente, la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la validez o controlar los efectos de los actos administrativos mediante los cuales una autoridad pública resuelve no ascender a uno de sus funcionarios. La Corte, en la Sentencia T-733 de 2014, examinó una solicitud de amparo que fue presentada por un Mayor de la Policía Nacional contra dicha institución, por los actos administrativos proferidos por la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales; la Junta de Generales; y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, mediante los cuales se dispuso no recomendar al oficial para hacer el concurso previo al curso de capacitación para ascenso. En dicha ocasión, la acción de tutela fue presentada como mecanismo de protección transitorio, (i) porque ya se había interpuesto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, (ii) por la presunta configuración de un perjuicio irremediable.

En aquella oportunidad la Corte, a partir de un análisis constitucional de la idoneidad y eficacia de los medios de control y las medidas cautelares dispuestas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, concluyó: (i) que el accionante contaba con otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para exponer su desacuerdo con la decisión adoptada por la accionada (nulidad y restablecimiento del derecho), donde, adicionalmente, podía solicitar en cualquier tiempo, la adopción de una medida cautelar; (ii) que era improcedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo, en razón a que, el perjuicio irremediable alegado por el actor, no cumplía con los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional, si bien su salud se había visto afectada, dicha afectación no había sido catalogada como grave por su médico tratante, además que venía recibiendo la atención médica necesaria; y por último, (iii) que se había vulnerado el derecho fundamental de petición, por responderse por fuera del término legal establecido.

En síntesis, por regla general, la acción de tutela es improcedente contra los actos

administrativos, por cuanto existen en la jurisdicción de lo contencioso administrativo los medios de control y las medidas cautelares que se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos reclamados. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha admitido que procede excepcionalmente la tutela para controlar la actuación de la Administración, cuando sea necesario evitar un perjuicio irremediable.

3. Caso concreto.

En el caso sub examine, dos oficiales del Ejército Nacional, por intermedio de apoderado, presentaron acción de tutela con el fin de controvertir la legalidad del Decreto 2775 del 29 de diciembre de 2013 y el Decreto 2414 del 28 de noviembre de 2014, expedidos por el Ministerio de Defensa, mediante los cuales se dispuso no llamar a los accionantes para el ascenso al grado de Capitán. Dichos actos administrativos tuvieron como fundamento los resultados de la evaluación que realizó el Comité Evaluador para estudio de ascenso del Ejército Nacional, los cuales quedaron registrados en las actas No. 141 de 26 de abril de 2013, en el caso del teniente Tique y, 456 del 28 de octubre del mismo año, en el caso del teniente Cogua.

En respuesta a la demanda de tutela, el Ejército Nacional manifestó que no era procedente el amparo por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, debido a que, no se agotaron los medios judiciales ordinarios de defensa judicial, ni tampoco se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Por su parte, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle del Cauca), fungiendo como juez de tutela de única instancia, mediante sentencia del 9 de enero de 2015, concedió el amparo del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia de los actores, argumentando solamente que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, dictó las órdenes de amparo encaminadas a lograr el ascenso al grado de Capitán de los demandantes.

En las circunstancias planteadas, la Sala de Revisión estima necesario determinar si, en el caso concreto, se cumple con el requisito de subsidiariedad, o si por el contrario, existe un mecanismo ordinario de defensa judicial, idóneo y eficaz, para dirimir la controversia planteada por los accionantes.

3.1. La existencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz.

Los actos administrativos que expide el Ejército Nacional o el Ministerio de Defensa, en el marco de un procedimiento de ascenso de los funcionarios de dicha institución, son susceptibles de ser demandados ante el juez administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Ley 1437 de 2011, artículo 138).

De este modo, por regla general, se reitera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo y eficaz para demandar la legalidad del acto administrativo que dispone no llamar para ascenso a un oficial de la autoridad pública mencionada, máxime, cuando al interior de dicho proceso se puede solicitar una medida cautelar que se anticipe a la materialización de un perjuicio. En razón a ello, la Corte ha concluido que este tipo de controversias quedan excluidas del ámbito de competencia del juez de tutela.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos, como por ejemplo, cuando el tutelante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable.

En el caso concreto, de las pruebas que reposan en el expediente, la Sala advierte que el teniente Cogua y el teniente Tique, no ejercieron el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa, con base en los resultados de las evaluaciones hechas por el Comité Evaluador del Ejército Nacional, resolvió no llamarlos para ascender al grado de Capitán. Del mismo modo, se observa que no fue aportado al proceso de tutela prueba alguna que demostrara que los actores ya presentaron solicitud de medidas cautelares ante el juez administrativo, con el fin de preservar el objeto del proceso y garantizar el reconocimiento efectivo de su pretensión.

Adicionalmente, el apoderado de los accionantes manifestó que la ausencia de motivación de los actos censurados se entendía como una transgresión que no encuentra asidero de ser amparada por las vías ordinarias de la justicia administrativa, por cuanto en esta se

pretende la nulidad del acto, más no su motivación[26]. Contrario a esto, la Sala observa que, mediante oficio del 22 de octubre de 2014[27], el Subdirector de personal del Ejército Nacional puso en conocimiento de los accionantes las respectivas actas de estudio para ascenso del grado de Teniente a Capitán expedidas por el Comité de Evaluación de oficiales, en las cuales se determinó que los accionantes no iban a ser recomendados para el ascenso debido a razones de "Justicia". Lo que indica que no se trataría de un caso de falta de motivación, sino de una posible falsa motivación del acto administrativo, que en todo caso puede ser demandada ante el juez administrativo, con la respectiva solicitud de medidas cautelares.

En estos términos, la Sala considera que la acción de tutela, en lo relacionado con el requisito de subsidiariedad, no supera el test de procedibilidad, porque no se agotaron los mecanismos ordinarios de defensa judicial previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por esta razón, la decisión a tomar, es declarar la improcedencia de la acción de tutela.

No obstante, antes de llegar a dicha declaración, resulta imperativo que la Sala verifique si los accionantes demostraron la existencia de un perjuicio irremediable, ya que, de no haberlo hecho, se descartaría la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo.

3.2. La inexistencia de un perjuicio irremediable.

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Sevilla (Valle), mediante proveído del 24 de diciembre de 2014, ordenó citar a los accionantes para que ampliaran la versión de los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela, en un interrogatorio que se llevó a cabo el 2 de enero de 2015. En esta diligencia el apoderado de los accionantes preguntó ¿Qué daños graves e inminentes actualmente sufre usted por el hecho de no ser ascendido al grado de Capitán? En síntesis, los accionantes respondieron en los siguientes términos:

- Afirmaron que el no ascenso los ha afectado de manera psicológica, moral, física, económica, familiar, personal e institucional.
- Consideraron un perjuicio el hecho de que oficiales de menor antigüedad hayan

ascendido primero que ellos y, que ahora se encuentren como subalternos de los mismos.

- Recibir el salario del cargo de Teniente cuando cumplen con los requisitos de grado de Capitán.
- Existe un daño grave por ocurrir consistente en la llegada a la edad límite para el rango de Teniente, sin ascender a Capitán. Si esto sucede, afirman que el Ejército los llamaría a calificar servicios, perdiendo en efecto la vivienda militar, la posibilidad de escalar al grado de General, la pensión por retiro y muchos beneficios económicos[28].

Al respecto, el juez de tutela consideró que la acción de tutela procedía de manera excepcional, porque los accionantes demostraron la existencia del perjuicio irremediable. En ese sentido, se limitó a manifestar: “se afirma en la demanda que el perjuicio que se busca prevenir se deriva de la urgencia de la situación e idoneidad, debido al escaso beneficio que pueda derivarse de los medios judiciales ordinarios” (Negrilla incluida en el original)

Esta Corporación ha señalado que se estructura un perjuicio irremediable, cuando el mismo cumpla con las siguientes características: (i) cierto e inminente; (ii) grave; y (iii) de urgente atención. Así mismo, ha reiterado que en los casos en los que se alega su existencia, no basta con las simples afirmaciones que haga el tutelante, sino que le incumbe a la parte que lo alega aportar las pruebas que permita su acreditación en sede de tutela[29].

Como se expuso en líneas anteriores, el juez de la causa tuvo por probado la existencia del perjuicio irremediable a partir de la simple afirmación hecha por los accionantes en la demanda de tutela y, en consecuencia, consideró que la acción de tutela era procedente. Llama la atención de la Sala el análisis de procedibilidad superfluo que hizo el juez de tutela en el caso concreto, por cuanto, no se encuentra en la sentencia objeto de revisión, que se haya hecho un análisis juicioso de las circunstancias particulares de los accionantes, que a la luz de los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional, permitieran comprobar la presencia de un daño irreparable.

La Sala advierte que a los hechos expuestos por los accionantes como sustento del perjuicio irremediable, no es posible atribuir las características de un perjuicio cierto e inminente; grave; y de urgente atención. Esto, por cuanto (i) no existe en el plenario prueba siquiera

sumaria que demuestre que los accionantes sean víctimas de una afectación psicológica, moral, física, económica, familiar, personal o institucional, por el no ascenso; tampoco es cierto e inminente que exista un perjuicio por llegar a la edad límite para el rango de Teniente, sin ascender a Capitán, por cuanto, la autoridad accionada en virtud de la relación laboral que mantiene que los tutelantes debe garantizarles las prerrogativas propias de su cargo; (ii) no adquiere la connotación de grave el hecho de que oficiales con menor antigüedad que los accionantes ya hubieran ascendido, puesto que solo se trata de una inconformidad, que en nada perjudica la integridad de los oficiales; (iii) no se puede considerar de urgente atención la situación planteada, si se tiene en cuenta que los accionantes se encuentran en servicio activo y, por ende, recibiendo un salario mensual, con las respectivas prestaciones, que les garantiza no solo su derecho fundamental al mínimo vital, en tanto, les permite satisfacer sus necesidades básicas y las de su grupo familiar[30], sino también su derecho al trabajo.

En conclusión, la Sala considera que, en el presente asunto, contrario a lo sostenido por el juez de tutela de única instancia, no concurren los elementos fijados por la Corte Constitucional para asignar la categoría de perjuicio irremediable a los supuestos de hecho indicados por los accionantes. Por lo tanto, no procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo.

II. CONCLUSIONES.

1. Síntesis del caso. Por intermedio de la acción de tutela, los tenientes del Ejército Nacional, Fredy Cogua Amaya y Francisco Tique Bernier, pretenden que se amparen sus derechos fundamentales a la defensa, debido proceso, igualdad, presunción de inocencia, buen nombre, honra, trabajo justo, acceso a la información, documentos públicos y acceso a la administración de justicia, que consideran fueron vulnerados por los actos administrativos, mediante los cuales el Ministerio de Defensa, con colaboración de la junta de clasificación y el comité evaluador del Ejército Nacional, resolvió no llamar para ascenso al grado de Capitán a los accionantes.

2. Decisión. La Sala de Revisión concluye que el amparo deprecado deviene improcedente, por no haber cumplido con el requisito de subsidiariedad. Dicha improcedencia se apoya en (i) la existencia de medios judiciales idóneos y eficaces previstos en la jurisdicción de lo

contencioso administrativo (nulidad y restablecimiento del derecho con las respectivas medidas cautelares); y (ii) la inexistencia de un perjuicio irremediable que justifique declarar un amparo transitorio. En consecuencia, revocará la sentencia de única instancia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle del Cauca), del 9 de enero de 2015, que tuteló los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia de los actores. En su lugar, declarará improcedente la solicitud de amparo.

3. Regla de la decisión. Por regla general, es improcedente la acción de tutela contra actos administrativos, por cuanto, los medios de control y las medidas cautelares, establecidos en la Ley 1437 de 2011, se presumen idóneos y eficaces para adelantar el control de legalidad de dichos actos. Excepcionalmente, procederá la solicitud de amparo en estos casos, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable.

III. DECISIÓN.

La Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de única instancia del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sevilla (Valle del Cauca), del 9 de enero de 2015, que tuteló los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia de los señores Fredy Cogua Amaya y Francisco Tique Bernier. En su lugar, DECLARAR improcedente la solicitud de amparo presentada por los accionantes.

Segundo.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Según consta en la copia del Decreto No. 2414 del 28 de noviembre de 2014, “por el cual se asciende a unos Oficiales de las Fuerzas Militares”, expedido por el Ministro de Defensa Nacional (folios 153 a 187). En adelante, siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, salvo que se haga manifestación en contrario.

[2] Folio 58 y 125.

[3] Folios 133 a 152.

[4] Folios 64 a 111.

[5] El juez de tutela mediante auto No.181 del 24 de diciembre de 2014, ordenó la vinculación del General Jaime Alfonso Lasprilla Villamizar –Comandante del Ejército Nacional-; de la Junta Clasificadora de Ascensos del E.N.; del Comité de Evaluación de Estudio y Recomendación para Ascensos de oficiales de grado de teniente; y del Ministerio de Defensa Nacional. Sin embargo, la única entidad que atendió el requerimiento fue el Subdirector de Personal del Ejército Nacional (folios 186 a 196).

[6] El juzgado de la causa citó a los accionantes para que rindieran declaración sobre los hechos que motivaron la acción de tutela. Así, en audiencia celebrada el 2 de enero de 2015

los actores reiteraron los hechos contenidos en el escrito de tutela y agregaron que la negativa del ascenso al grado de Capitán les causaba un perjuicio (folios 198 y 199).

[7] Folio 237.

[8] Folio 241.

[9] Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

[10] Ver Auto A-099 de 2003 y Sentencia del dieciocho (18) de julio de 2002, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

[11] Folio 198.

[12] Folio 199.

[13] Ley 1542 de 2012 “por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

[14] Respecto de este principio, la Corte en Sentencia C-037 de 1998 señaló: “El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia. En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad”.

[15] En Auto del 27 de marzo de 2015 de la Sala de Selección de tutela No. 3 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de las providencias en cuestión y se procedió a su reparto.

[16] Constitución Política, artículo 86.

[17] Folios 1 y 2.

[18] Folios 153 a 185.

[19] Folio 50.

[20] Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010 y la Sentencia T-733 de 2014.

[21] Sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005 y T-368 de 2008.

[22] En sentencia T-629 de 2008, esta Corporación al referirse a la improcedencia general de la acción de tutela como mecanismo para impugnar o controvertir los actos administrativos, sostuvo que “[c]iertamente, el interés que tiene la Corte en preservar el carácter subsidiario y residual de la tutela radica fundamentalmente en el respeto o independencia que tienen las diferentes jurisdicciones y la competencia exclusiva que éstas mismas tienen para resolver los conflictos propios de sus materias, en un claro afán de evitar la paulatina desarticulación de su organismos y de asegurar el principio de seguridad jurídica”.

[23] Artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.

[24] Artículo 8° ibídem.

[25] Ley 1437 de 2011, artículo 138: “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 ...”

[26] Folio 12.

[27] Folio 58.

[28] Folios 198 y 199.

[29] Ver Sentencia T-234 de 2014.

[30] El Ejército Nacional en la contestación de la demanda de tutela indicó que los accionantes, en la actualidad, pertenecen orgánicamente, es decir, laboran, en el Batallón de Inteligencia Técnica No.1 y la Escuela de Infantería, respectivamente, ambas con sede

en Bogotá D.C. (folio 206). Respecto de este hecho, no se encuentra en el expediente manifestación que lo controvierta, por el contrario, existe una afirmación por parte del Teniente Tique que confirma dicha situación (folio 199).