T-706-16

Sentencia T-706/16

ACCION DE TUTELA CONTRA EJERCITO NACIONAL-Improcedencia de solicitud promoción a grado superior de miembro de la Fuerza Pública, por incumplir requisito de subsidiariedad y no acreditarse perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-5724542

Acción de Tutela instaurada por Carlos Arturo Cardona Tafurt contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el Comando General del Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Luis Guillermo Guerrero Pérez y la Magistrada María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por los correspondientes juzgados de instancia, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Carlos Arturo Cardona Tafurt contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional y del Comando General del Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos

1.1. Carlos Arturo Cardona Tafurt es integrante del Ejército Nacional hace 11 años;

actualmente, ostenta el grado de Cabo Primero y está cursando 5° semestre de derecho en la Universidad del Sinú.

1.2. El 25 de octubre de 2010, con ocasión de los actos propios del servicio, el ciudadano Cardona Tafurt sufrió una amputación transtibial del pie derecho por mina antipersonal. El accionante afirma que su recuperación ha sido satisfactoria, lo que le ha permitido cumplir con sus funciones sin ningún impedimento y su labor ha sido reconocida por sus superiores, quienes han resaltado su buen desempeño. Luego del accidente sufrido y una vez cumplió los requisitos para ser promovido, fue ascendido de Cabo Segundo a Cabo Primero.

1.3. El 3 de Julio de 2015, mediante circular 2015570564731 MDN-CGFM-COEJC-COJEM-JEDEH-DIPER-CAP emitida por el Comando General del Ejército, se incluyó al ciudadano Cardona Tafurt en el listado del curso de capacitación para ascenso del rango de Cabo Primero a Sargento Segundo. Durante dicho curso, el accionante presentó las pruebas correspondientes (folio de vida, concepto de idoneidad y ficha médica diligenciada). En la ficha médica consta la mejoría de la situación física del accionante y la buena condición en la que se encuentra cumpliendo sus labores. No obstante, en el Acta N° 04996 del 21 de febrero de 2016, el Comité Evaluador lo declaró no apto por Sanidad.

1.4. El 1° de marzo de 2016, la Orden Administrativa de Personal N° 1234 ascendió a unos suboficiales del Ejército del rango de Cabo Primero a Sargento Segundo. El nombre del accionante no fue incluido en dicho listado; en otras palabras, el ciudadano Cardona Tafurt no fue promovido.

1.5. El 20 de abril de 2016, el ciudadano Cardona Tafurt interpuso derecho de petición, en el que solicitó se le informaran las razones por las que no fue ascendido, a pesar de cumplir con los requisitos legales requeridos. En la descripción de los hechos, afirmó que únicamente ha sido ascendido una vez, de Cabo Segundo a Cabo Primero, y que tiene conocimiento de que otros compañeros con la misma discapacidad han ascendido más de una vez.

1.6. El 6 de mayo de 2016, la Dirección de Personal le informó que: (i) el Comité de Evaluación de los Suboficiales de grado Cabo Primero para ascenso recomendó su no ascenso debido a que Sanidad Militar indicó que no se encontraba apto; en consecuencia, no cumple con los requisitos legales para ser ascendido. Lo anterior dado que (ii) el artículo

54 del Decreto Ley 1790 de 2000, que establece los requisitos de ascenso, dispone que además del tiempo en el grado debe cumplir con el requisito de aptitud psicofísica; y, (iii) no se ordenó su retiro del servicio activo porque se le estaría vulnerando el derecho al debido proceso si ello se lleva a cabo sin la realización previa de una Junta Médica o Tribunal Médico que defina su situación médica para proceder a la reubicación laboral o retiro por disminución de la capacidad psicofísica o por invalidez.

1.7. El 1 de Junio de 2016, el ciudadano interpuso acción de tutela en contra del Ejército Nacional de Colombia, el Comando General del Ejército Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional. En el escrito afirmó que la decisión de negar el ascenso de Cabo Primero a Sargento Segundo por su condición de discapacidad desconoce sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y al trabajo; puesto que, su condición física no es impedimento para continuar desde un rango superior con el trabajo que desempeña. Además, sostiene que la Dirección de Personal del Ejército y el Comité Médico se basó únicamente en una parte del Decreto 1790 de 2000 y omitió tener en cuenta el parágrafo del artículo 52 del mismo[1].

Adicionalmente, en el escrito de la Acción de Tutela el accionante señala que se ha sentido gravemente afectado psicológicamente, pues no se explica "cómo después de dar todo por la Institución [le] responden de esta manera, afectando [su] dignidad, [su] salud, el derecho a la igualdad, además de lo anterior, de considerar que no me encontraba apto para ascender por que no realizaron las acciones pertinentes con antelación a septiembre de 2015, momento en el cual emitieron la lista de personal para realizar el curso de ascenso de cabo Primero a Sargento Segundo"[2].

En consecuencia, solicitó que: (i) se tutelen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo y a los demás derechos que estén siendo amenazados o vulnerados por el Ejército Nacional de Colombia, a través de la Dirección de Personal del Ejército Nacional; (ii) se ordene a la Dirección de Personal del Ejército que proceda a emitir acto administrativo que le ascienda al grado de Sargento Segundo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 1790 de 2000, desde el mismo momento en que lo fueron sus compañeros de curso en garantía de su derecho a la igualdad; y que se compulsen copias de la decisión a la Procuraduría General de la Nación para que se inicien las investigaciones correspondientes; (iii) se ordene a la

Dirección de Personal del Ejército Nacional no volver a incurrir en los mismo errores de lectura incompleta de la normatividad vigente, para evitar causar perjuicios al personal; y, (iv) se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se realicen las acciones pertinentes en contra de la Dirección de Personal del Ejército Nacional en cabeza del Señor Brigadier General Calos Iván Moreno Ojeda.

1.8. El accionante adjuntó como pruebas las fotocopias de los siguientes documentos:

× Constancia Laboral del Ejército Nacional

× Circular de instrucciones a tener en cuenta en los exámenes de competencia profesional para ascenso de Cabo Primero a Sargento Segundo en el mes de marzo de 2016 20155570564731MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-CAP

× Acta Junta Médica Laboral N° 44522 del 22 de Junio del 2011, emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

× Orden Administrativa de Personal N°1234, del 1 de marzo de 2016, mediante la que el Comandante del Ejército Nacional ascendió al personal de suboficiales.

× Concepto de idoneidad profesional, firmado por el Teniente Coronel Fernando Alfonso Tapias Torres –Comandante de Batallón de A.S.P.C. N° 11 "Cacique Tirrome". Sin fecha.

× Ficha médica unificada, del 3 de noviembre de 2015.

× Formato de entrevista de ascenso del 3 de noviembre de 2015.

× Suplemento "B" Formato de Evaluación Mensual al apéndice 3 al Anexo "D" a la Directiva 300-5/2002 – Formato "3A" Prueba de entrenamiento físico para el Ejército, de las fechas: 15 de febrero, 15 de abril y 15 de junio de 2016.

× Formularios N°s. 1, 2 y 3 del año 2016, con los respectivos anexos.

× Formulario Único de Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada Persona Natural.

× Anexo “A” Formulario 1, sin fecha.

× Anexo “B” Formulario 2, lapso evaluable 2014-2015

× Anexo “C” Formulario 3, 2014-2015

× Folio de vida 2014-2015

× Anexo D, Formulario 4, lapso evaluable 2014-2015

× Suplemento “B” Formato de Evaluación Mensual al apéndice 3 al Anexo “D” a la Directiva 300-5/2002 – Formato “3A” Prueba de entrenamiento físico para el Ejército, de las fechas: 17 de agosto, 17 de octubre, 17 de diciembre. No indica el año.

× Suplemento “B” Formato de Evaluación Mensual al apéndice 3 al Anexo “D” a la Directiva 300-5/2002 – Formato “3A” Prueba de entrenamiento físico para el Ejército, de las fechas: 19 de febrero, 17 de abril y 17 de junio. No indica el año.

× Derecho de petición, con fecha de radicado 20 de abril de 2016.

× Respuesta del derecho de petición radicado bajo el número 20165530536941 MND-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-ASC-1-10 el cual tiene fecha de 6 de mayo de 2016 y de notificación del 21 de mayo de 2016.

× Envío de aptitud psicofísica N° 390783 MD-CG-CE-JEM-JEDEH-DISAN-ML-ASC-27.2 expedido por la Dirección de Sanidad Ejército el 15 de febrero de 2016.

× Decreto 1790 del 2000

× Informativo por lesión N° 003 del 22 de Diciembre de 2010

× Historia Clínica 6407845 Hospital Militar.

× Cédula de ciudadanía

× Cédula militar

2. Trámite de la acción de tutela y respuesta de la institución accionada

Sentencia de primera instancia.

2.1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante auto del 3 de junio de 2016, admitió la acción de tutela contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional y vinculó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Concedió un término de 24 horas para rendir un informe pormenorizado de los hechos expuesto por el accionante.

2.2. El pronunciamiento de la entidad accionada fue radicado de manera extemporánea, el mismo día en que se dictó sentencia. La Dirección de Personal del Ejército reiteró que el ciudadano Cardona Tafurt no fue ascendido al encontrarse "NO APTO POR SANIDAD PARA ASCENDER"[3]. Y afirma que dicho impedimento es uno de los requisitos para ascender, conforme al artículo 54 del Decreto 1790 de 2000. Además afirma: "el Cabo Primero CARDONA TAFURT fue estudiado ascenso en marzo de 2016, al grado inmediatamente superior Sargento Segundo sin embargo al realizar la verificación de los requisitos de ascenso que debe cumplir el Suboficial, este no cumple con el requisito de la APTITUD SICOFISICA, de acuerdo a lo manifestado por el JEFE DE MEDICINA LABORAL de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO, mediante oficio Nº 390783 del 15 de Febrero de 2016, en el cual relaciona el personal de Suboficiales considerados para ascenso en el mes de marzo de 2016 y se encuentra NO APTO POR SANIDAD"[4]. Finalmente, se solicita al juez de tutela que deniegue la acción por improcedente al no existir la vulneración invocada por el accionante.

2.3. El 15 de Junio de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería declaró improcedente la acción de tutela dado que fue interpuesta frente a una actuación administrativa, que debe ser cuestionada mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este mismo sentido, consideró que tampoco se cumplen los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, en tanto no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable; puesto que, no existe afectación del derecho al mínimo vital, a la salud ni a la igualdad.

Impugnación.

2.6. El ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt impugnó el fallo de primera instancia, sin presentar argumento alguno.

Decisión de segunda instancia.

2.7. El 28 de julio de 2016, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[5] confirmó la decisión del a quo. En dicha providencia, como asunto preliminar, la Sala estudió el cumplimiento del requisito de subsidiariedad. En ese análisis concluyó que "razón le asistió al A quo cuando señaló que la parte actora se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar la decisión mediante la cual resultó excluido de la lista de ascenso... ya que es claro que el camino al que debe concurrir es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda"[6].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Nueve de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

Presentación del caso, problemas jurídicos y estructura de la decisión

2. En el proceso de tutela objeto de revisión, el ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt solicitó que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo y a los demás derechos que estén siendo amenazados o vulnerados por el Ejército Nacional de Colombia y, en consecuencia, se ordene a la Dirección de Personal del Ejército que proceda a emitir acto administrativo que le ascienda al grado de Sargento Segundo. En sede de tutela los jueces de instancia declararon improcedente la acción, por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad ni la configuración de un perjuicio irremediable.

3. Con base en los antecedentes mencionados, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿procede la acción de tutela contra un acto administrativo que negó el

ascenso por haber sido declarado no apto por Sanidad Militar del ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt? Lo anterior, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que el accionante alega le fueron vulnerados. Para solucionar el problema jurídico planteado, la Corte reiterará su jurisprudencia sobre (A) la subsidiariedad como requisito de procedibilidad y (B) la improcedencia de la acción de tutela para ordenar la promoción de un miembro de la fuerza pública a un grado superior. Finalmente, a partir del marco jurisprudencial establecido, la Sala presentará (C) el análisis del caso concreto.

A. La subsidiariedad de la acción de tutela como requisito de procedibilidad. Reiteración de jurisprudencia.

4. El artículo 86 de la Constitución de 1991 consagra la subsidiariedad, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, en los siguientes términos: "[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". De manera que, este mecanismo de protección constitucional se caracteriza por su naturaleza residual o subsidiaria. Ello "obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial"[7].

5. Así pues, "dado el carácter supletivo que el ordenamiento superior le ha conferido a la acción de tutela, es claro que tal instrumento sólo es procedente de manera residual y subsidiaria cuando no existan otros medios de defensa judiciales a través de los cuales se pueda acudir para reclamar la defensa de los derechos que se consideren vulnerados, o que existiendo, éstos no resulten lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto"[8].

6. De manera que, le corresponde al juez de tutela, para cada caso particular, determinar si los mecanismos ordinarios son idóneos yeficaces para lograr la cesación de la vulneración de los derechos alegados por el accionante. En este caso, la acción de tutela es improcedente, pues le corresponde al actor exponer el asunto ante el juez competente. Otro escenario posible es que la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ello a pesar de que el actor cuente con otros mecanismos,

caso en el que la acción de tutela se torna procedente en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991: "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" (Negrilla fuera de texto).

7. En síntesis, la procedencia de la acción de tutela supone el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, conforme con el que ante la existencia de mecanismos ordinarios idóneos y eficaces es improcedente que el juez de tutela emita un pronunciamiento sobre el asunto expuesto a su consideración. Salvo que, esta se interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el que le corresponde al accionante demostrar la configuración de aquel.

B. La improcedencia de la acción de tutela para ordenar la promoción a un grado superior de un miembro de la fuerza pública. Reiteración de jurisprudencia.

8. 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"[9]. 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 administrativas[10].

9. De igual manera, esta Corporación concluyó en la sentencia T-520 de 2010 que el actor "contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso

administrativa para controvertir los actos administrativos, cuyos efectos lesivos, a su juicio, generaron la afectación de sus garantías fundamentales"[11]. 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.

10. En todo caso, es importante aclarar que la jurisprudencia ha establecido que en aquellos casos en los que los actos administrativos no estén motivados, la acción de tutela es procedente. Lo anterior toda vez que "el conflicto se torna en una cuestión constitucional al estar involucrados derechos de rango fundamental como lo son el derecho a la defensa, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Dichos derechos se vulneran ante la ausencia de motivación de los actos censurados, transgresión que no encuentra asidero de ser amparada por las vías ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto en éstas se pretende la nulidad del acto, más no su motivación"[12]. Bajo esa misma línea argumentativa, en esa misma providencia, la Sala de Revisión sostuvo que:

"la tutela resulta procedente para, si es del caso, exigir la motivación de los actos administrativos, más no su nulidad, en razón a que para la satisfacción de esta pretensión el demandante tendría a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, medio que en principio se considera eficaz y fácil a acceder si el acto administrativo que se censura se encuentra motivado, siempre y cuando se constate que existe el deber de expresar las razones que inspiraron las decisiones censuradas, aspecto que se analizará a continuación.

No se accede a la procedencia del amparo para la nulidad de los actos administrativos censurados como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no existen elementos de juicio que permitan concluir que bajo este aspecto ha acaecido o acaecerá en el accionante un perjuicio irremediable. Por el contrario, existe prueba de que el accionante está recibiendo una asignación de retiro, esto es, que posee medios económicos para suplir sus necesidades, sin que obre prueba de que lo que recibe no permite satisfacer su mínimo vital"[13].

11. Sintetizando, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la acción de

tutela es improcedente para ordenar el ascenso de rango de miembros de las fuerzas militares, por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo ordinario idóneo y eficaz para exponer lo pretendido. La excepción a la regla anterior, es que el acto no haya sido motivado, escenario en el que la acción de tutela es procedente para proteger el derecho al debido proceso.

C. Análisis del caso concreto.

12. Le corresponde a esta Sala de Revisión analizar si es procedente la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt, quien alega que la Dirección de Personal del Ejército Nacional vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y al trabajo. Lo anterior como consecuencia de la decisión de negar su ascenso del rango de Cabo Primero a Sargento Segundo. Conforme a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, dicha decisión estuvo fundada en que el ciudadano fue declarado no apto por sanidad militar, lo que conlleva al incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el Decreto Ley 1790 de 2010. Los jueces de instancia declararon la improcedencia de la acción, en tanto concluyeron que en el caso concreto no se encontraba cumplido el requisito de subsidiariedad. Puesto que, el accionante cuenta con los mecanismos ordinarios idóneos y eficaces para solicitar la protección de sus derechos.

13. La Sala procede a determinar si en el caso concreto se encuentra cumplido el requisito de subsidiariedad. Para ello, verificará (i) si se acreditó siquiera sumariamente las razones por las que los mecanismos ordinarios son ineficaces y no están llamados a prosperar o (ii) si se configura un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

14. El accionante no acreditó, siquiera sumariamente, las razones por las que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo idóneo y eficaz para lograr la protección de los derechos que considera vulnerados. El ciudadano Cardona Tafurt sostiene que el acto administrativo que negó su ascenso fue expedido “con infracción de las normas en que deberían fundarse”. Lo anterior es una causal de procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Además, es posible solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal y como

lo dispone el numeral 3 del artículo 230 de la mencionada ley. En ese sentido, el ciudadano cuenta con el mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de los derechos que considera le fueron desconocidos. En consecuencia, la Sala concluye, que en efecto, le corresponde al accionante interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues la razón por la que el ciudadano Cardona Tafurt interpuso la acción de tutela es que la Dirección de Personal del Ejército y el Comité Médico no aplicó para el estudio de su caso el parágrafo del artículo 52 del Decreto Ley 1790 de 2000. Así mismo, es aplicable en el análisis del caso concreto, la subregla jurisprudencial conforme con la que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar un ascenso en la jerarquía de las fuerzas públicas.

15. En cuanto a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, encuentra la Sala que el accionante no demostró la configuración de un perjuicio irremediable. Y, al estudiar los hechos objeto de análisis, se concluye que no hay evidencia de amenaza a los derechos del accionante. Puesto que la decisión de negarle el ascenso de Cabo Segundo a Sargento Primero no configura un perjuicio irremediable toda vez que el ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt mantiene un vínculo laboral con el Ejército Nacional, en el que, como el mismo lo afirma, ostenta el grado de Cabo Primero. Ello implica que goza de su derecho al trabajo y a la seguridad social. Asimismo, por medio de su salario mensual puede garantizarse el disfrute de las condiciones mínimas materiales que le permitan vivir en condiciones dignas.

16. Un caso diferente ocurre cuando los miembros de la fuerza pública en condición de discapacidad son desvinculados y el accionante acredita la configuración de un perjuicio irremediable. En este escenario, el juez de tutela debe intervenir para evitar que se amenacen o desconozcan las condiciones de vida digna del accionante. En este sentido, se expresó esta Corporación en la sentencia T-413 de 2014, en la que tuteló el derecho al trabajo de quienes habían sido retirados del Ejército Nacional como mecanismo transitorio. En dicha providencia se afirmó que "[d]ebe entenderse que cuando alguien acude a este mecanismo de defensa judicial [a la acción de tutela], argumentando que la negativa de una institución está afectando sus derechos fundamentales, el juez de tutela garantizará condiciones dignas para su vida, atendiendo los principios que orientan la seguridad social, la eficiencia y solidaridad, más cuando se esté frente a una persona que por cumplir con el mandato constitucional contemplado en el artículo 216, ha sufrido limitación en su

capacidad laboral y deterioro en la calidad de vida”[14].

De manera que, la subregla aplicable cuando el accionante es sujeto de especial protección y es retirado de la Fuerza Pública por su condición de discapacidad, se estaría amenazando el goce efectivo de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital. En tanto, su desvinculación implicaría que ya no recibe un salario ni son realizados los pagos correspondientes a seguridad social. Al respecto, en la sentencia T-141 de 2016, esta Corporación afirmó:

“su desvinculación del Ejército puede comprometer sus derechos a la seguridad social y a la salud, los cuales requieren una urgente protección constitucional por los fuertes dolores en su espalda; se reitera, como consecuencia de su oficio como soldado. Si bien el accionante manifestó que Coosalud le ha prestado los servicios de salud, en la base de datos del sistema integral de información de la protección social -Registro Único de Afiliados- a corte 12 de febrero de 2016, el accionante aparece como retirado de la Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y Desarrollo integral Coosalud ESS ARS, indicio que suscita una duda a la Sala sobre la situación actual de la afiliación del accionante, lo que demostraría que se generó una interrupción en la continuidad de la prestación del servicio de salud[15]. Además, al no estar cotizando al sistema pensional, disminuye la posibilidad de ser calificado y, de ser procedente, ser beneficiario de una pensión de invalidez”[16]

Con base en las consideraciones anteriores, en la providencia mencionada se estimó que, en efecto, se configura la vulneración de los derechos del accionante, por cuanto la falta de salario producto de la desvinculación impide el goce de condiciones mínimas de vida digna[17]. Así pues, en ese caso los recursos ordinarios existentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en particular, la medida cautelar de suspensión provisional se tornaría ineficaz e inidónea, por cuanto “las circunstancias particulares del peticionario, merecen una solución pronta y eficaz, al estar en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud y su mínimo vital”[18].

17. Sin embargo, como ya se mencionó en el presente caso el accionante mantiene un vínculo laboral vigente con el Ejército Nacional y cuenta con mecanismos ordinarios idóneos y eficaces para solicitar la protección de sus derechos. En el presente caso, el ciudadano Carlos Arturo Cardona Tafurt alega que el acto administrativo que negó su ascenso fue

expedido con desconocimiento del parágrafo del artículo 52 del Decreto Ley 1790 de 2000. La idoneidad y eficacia de dicho mecanismo está sustentada en el hecho de que, como lo reconoció la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-355 de 2015:

"[l]a Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe".

Por lo anterior, la Sala concluye que no se encuentran satisfechos los requisitos enunciados por la jurisprudencia, para que se entienda acreditado el requisito de subsidiariedad. Por la razón anterior, esta Sala confirma las decisiones de los jueces de instancia.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la decisión del 28 de julio de 2016 de la Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas N°1 de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión del 15 de Junio de 2016 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, que negó por improcedente la acción de tutela contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El parágrafo del artículo 52 del Decreto 1790 de 2000 establece: "El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado NO APTO por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisitos de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada."

[2] Expediente T-5724542, Cuaderno N°1, Folio N° 3 Escrito acción de tutela.

[3] Expediente T-5724542, Cuaderno N°1, Folio N° 120 Contestación del Comando General de las Fuerzas Militares al Juez de Primera Instancia.

[4] Expediente T-5662635, Contestación de la demanda, Cuaderno Nº 1, Folio Nº 121

[5] El problema jurídico planteado consistió determinar "si los accionados vulneraron los derechos al mínimo vital, a la vida, al trabajo y a la igualdad del interesado, al ser excluido de la lista de ascenso del rango de Cabo Primero a Sargento Segundo". Expediente T-5724542, Cuaderno N° 2, Folio N° 6.

[6] Expediente T-5724542, Cuaderno N°2, Folio N° 7

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-1528 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-1528 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[11] 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."

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[14] Corte Constitucional, Sentencia T-413 de 2014, M.P. Andrés Mutis Vanegas.

[1 5]
http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx

[16] Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[17] En este mismo sentido se puede consultar la sentencia T-770 de 2012, en la que la Sala concedió la tutela por cuanto se evidenció la vulneración de los derechos a la igualdad y al

trabajo del accionante, quien fue retirado del servicio “por el hecho de haber sobrepasado la edad correspondiente al grado que ocupaba, teniendo en cuenta que se trata de una persona en situación de discapacidad”. Sentencia T-770 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este mismo sentido se pueden consultar las sentencias: T-237 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-437 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[18] Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016, .M.P. Alejandro Linares Cantillo.