

## SENTENCIA T-747/10

(Septiembre 15, Bogotá DC)

### ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia

De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Así pues por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la expedición de un acto administrativo, toda vez que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para buscar su defensa. No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber: (i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho, (ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION-Solo es procedente si se prueba la existencia de un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION-Improcedencia porque no comprobó la existencia de perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad e improcedencia cuando existen otros medios de defensa judicial

Al observar que el caso bajo examen no cumple con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y que no se encuentra entre los casos excepcionales propuestos por la jurisprudencia, la Corte tendrá que declarar improcedentes las dos acciones de tutela y, por tanto, confirmará los fallos de instancia. En los dos casos se pudo constatar que los accionantes contaban con otros medios de defensa judicial, esto es, con la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho. Adicionalmente se demostró que esta acción es adecuada para que se discuta la juridicidad de los actos administrativos en cuestión. Finalmente, no se pudo verificar que exista un daño irremediable para los actores y, por el contrario, sí se encontró evidencia de que su mínimo vital no se encuentra en riesgo

Referencia: Expedientes T-2.666.223 y T-2.677.042.

Accionantes: Afranio Armando Ortega Daza y Otoniel Borja García.

Accionada: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y el Ejército Nacional.

Fallos de tutela objeto revisión: (i) T-2.666.223: sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del 25 de febrero de 2010 que confirma un fallo de la Sala Novena de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia del veinticinco (25) de noviembre de 2009 (ii) T-2.677.042: sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección 'B' del dieciséis (16) de abril de 2010.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demandas de tutela.

### 1. Elementos de las demandas.

\* Derechos fundamentales invocados: debido proceso administrativo, vida digna y mínimo vital.

\* Conducta que causa la vulneración: la desvinculación de un policía y un soldado profesional con base en un dictamen que los declara no aptos para el servicio.

\* Pretensión: los accionantes solicitan que se ordene su reintegro a la Policía y Ejército Nacional, respectivamente.

## 1. Fundamentos de la pretensión.

### 2.1. Expediente T-2.666.223.

2.1.1 El señor Afranio Armando Ortega Daza interpuso acción de tutela<sup>1</sup> al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso administrativo, vida digna y mínimo vital, con ocasión de la decisión de la Policía Nacional de desvincularlo debido a una disminución de su capacidad psicofísica. El accionante sustentó su pretensión en los siguientes hechos, pruebas y argumentos:

2.1.1.1. El accionante ingresó a la Policía Nacional el doce (12) de agosto de 1991 “como agente alumno y fue ascendido al grado de agente el día 01 de febrero de 1992”<sup>2</sup>.

2.1.1.2. En el año 2007 el demandante fue “víctima de un atraco callejero, donde recibió varios impactos de bala, lo que generó que el 27 de mayo de 2008 se le hiciera JUNTA MEDICO LABORAL DE POLICÍA, en la Clínica de Envigado”<sup>3</sup>.

2.1.1.3. En el escrito de tutela sostiene que “En la Juna Medica que se llevó a cabo se analizó la situación del paciente agente AFRANIO ARMANDO ORTEGA encontrándolo en aceptables condiciones generales, afecto plano sin actividad social, conciente colaborador. Cicatriz, cuero cabelludo frontal, otra cicatriz quirúrgica en línea media y flanco derecho por sonda. Se revisan antecedentes médicos laborales, se revisa historia clínica sin foliar, en donde se pudo verificar que no hubo intervenciones o consultas por Psiquiatría, se le decreta una merma de capacidad laboral de 29.37% se clasifican sus afecciones como común, con la incapacidad permanente parcial y no apto y no reubicación laboral”<sup>4</sup>. (Subrayado en la cita)

2.1.1.4. El accionante presentó “oportunamente el respectivo recurso solicitando el TRIBUNAL MEDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR el cual se llevó a cabo el día 26 de junio

de 2009, allí se modificó la calificación de la Junta Medica Laboral en lo concerniente a los índices de indemnización los cuales fueron rebajados y se le declara no apto para el servicio y no reubicación”5.

2.1.1.5. El cinco (05) de octubre de 2009 el señor Director General de la Policía Nacional profirió la resolución No 03114, en la cual se ordenó el retiro de la institución del señor Afranio Armando Ortega Daza. Esta resolución fue notificada el 6 de octubre de 2009.

2.1.1.6. Afirma el demandante que desde el año 2007 venía desempeñándose en el cargo de auxiliar de archivo en el área de gestión documental. Según su afirmación, esta labor venía cumpliéndola “con responsabilidad y dedicación hasta la fecha en que se produjo su retiro, pues así lo certifica su comandante directo, igualmente el 28 de septiembre de 2009, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, le otorga una certificación de curso que aprobó de Administración Documental”6.

2.1.1.7. Sostiene que su condición de salud y mental son adecuadas y, por tanto, solicita que el juez de tutela ordene su reingreso inmediato al servicio activo de la Policía Nacional.

2.1.2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1.2.1. La Policía Nacional respondió la correspondiente acción de tutela con fundamento en los siguientes hechos y afirmaciones:

2.1.2.2. La entidad accionada sostuvo que el demandante tenía otros medios de defensa judicial y, por tanto, no se cumplía con el principio de subsidiariedad. Afirmó que el señor Ortega Daza “no tiene radicada hasta el momento, demanda contenciosa administrativa con la Policía Nacional con ocasión de su retiro del servicio activo”7.

2.1.2.3. Igualmente, señaló que la actuación administrativa atacada se adelantó de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, el cual consagra como causal de retiro del servicio activo de la Policía Nacional la disminución de la capacidad psicofísica.

2.1.2.4. En el mismo sentido informó que el demandante fue valorado tanto por la Junta Medico Laboral y por el Tribunal Medico Militar los cuales concluyeron que “no era apto y que

tenía una disminución de la capacidad laboral del 29.37% y señalando la improcedencia de la reubicación laboral, determinación esta que CONFIGURA LA EXISTENCIA Y MATERIALIZACIÓN DE LA CAUSAL DE RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD Psicofísica”8. (Resaltado en la cita)

2.1.2.5. De tal suerte, que el Director General de la Policía Nacional “no le quedaba otro camino que ejecutar la decisión administrativa al haber quedado en firme, expidiendo la Resolución No. 03114 del 05 de octubre de 2009, de conformidad con los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo”9. En el mismo sentido, afirmó que la expedición del mencionado acto administrativo “se configuró en un acto de ejecución de materialización de una causal de retiro, la causal nació a la vida jurídica con base en la decisión proferida por los órganos médico laborales, lo que genera la inexistencia de vulneración alguna de los derechos fundamentales alegados por el accionante por parte de la Policía Nacional”10.

2.1.3. Decisiones adoptadas de instancia:

2.1.3.1. Primera instancia: Sentencia de la Sala Novena de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia del dieciséis (16) de abril de 2010.

El juez de primera instancia consideró que el accionante tenía otras vías judiciales para la defensa de su derecho, por lo cual no se cumplía el requisito de subsidiaridad. En efecto, sostuvo que vías judiciales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son idóneas para solucionar el conflicto. Señaló que el accionante no presentó pruebas de que existiera una afectación al mínimo vital y, por tal razón, no procedía la aplicación de la medida transitoria de protección.

2.1.3.2. Impugnación.

El 2 de diciembre de 2009 el accionante impugnó el fallo en cuestión, reiterando las afirmaciones y peticiones que había presentado en la demanda.

2.1.3.3. Segunda Instancia La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 25 de noviembre de 2009.

En segunda instancia el Consejo de Estado decidió confirmar la sentencia de instancia al considerar que el accionante no demostró la ocurrencia de un daño inminente que permitiera

utilizar la tutela como mecanismo transitorio de protección. Por el contrario, consideró que el accionante tiene otros medios judiciales en la jurisdicción contenciosa administrativa para la protección de su derecho. Así pues, constató que el caso bajo estudio no presenta ninguna de las causales excepcionales de procedencia de la tutela contra actos administrativos. De tal suerte, que declaró que la acción de tutela era improcedente.

## 2.2. Expediente T-2.677.042

2.2.1. El señor Otoniel Borja García interpuso acción de tutela<sup>11</sup> al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso y al trabajo. El accionante sustentó su pretensión, en los siguientes hechos, pruebas y argumentos:

2.2.1.1. El accionante ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional “hace diez años en excelentes condiciones de salud, cumpliendo con todos los requisitos de aptitud psicofísica exigidos para el desempeño del cargo al que se presentó y de acuerdo a como lo pedía el Ejército Nacional y como lo exige el art 3 del decreto 1796 del 2000”<sup>12</sup>.

2.2.1.2. El 17 de junio de 2008 la Junta Médico Laboral determinó que el señor Borja García tenía una disminución psicofísica del 30.04%. Inconforme con esta decisión, convocó al Tribunal Médico Laboral, el cual el 27 de enero de 2009 ajustó la calificación de invalidez a 27.65% y determinó que el accionante padecía “una incapacidad laboral permanente y parcial”<sup>13</sup> y, por tanto, lo declaró no apto para el servicio.

2.2.1.3. Con base en este último dictamen el 30 de mayo de 2009 el accionante fue notificado personalmente de la resolución No 1258, por intermedio del jefe de personal del Batallón de Infantería No. 36 Cazadores, en la cual se ordena su desvinculación del Ejército Nacional.

2.2.1.4. Sostiene el demandante que se siente en buenas condiciones, tanto físicas como psicológicas, para permanecer en el servicio activo, por lo cual, no comparte la decisión del Ejército Nacional de desvincularlo de la institución.

2.2.1.5. De tal suerte que el accionante solicita que se ordene su reincorporación inmediata al servicio activo en el Ejército Nacional.

2.2.2. Decisiones adoptadas de instancia:

2.2.2.1. Primera instancia: Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección 'B' del dieciséis (16) de abril de 2010.

El Tribunal consideró que la pretensión del señor Ortega Daza resultaba improcedente, pues el conflicto bajo estudio, encontraba soluciones idóneas por otras vías judiciales. Señaló que, ciertamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resultaba adecuada para solucionar el asunto en cuestión. Igualmente, indicó que no se configuraba ninguna de las causales para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo transitorio de protección, pues no se evidencia una vulneración inminente de ningún derecho fundamental del actor. Siendo esto así, consideró el Tribunal, que no se cumplía con el principio de subsidiaridad inherente a la acción de tutela y, por ende, la declaró improcedente.

2.3.1. Mediante auto del treinta (30) de junio de dos mil diez (2010)14, por considerarlo necesario para poder pronunciarse en el asunto de la referencia, el Magistrado Sustanciador solicitó las siguientes pruebas:

“Primero: Con relación al expediente T-2.666.223, Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación se oficie al Ministerio de Defensa Nacional y a la Dirección de la Policía Nacional, para que dentro del término de tres (3) días siguientes contados a partir de la recepción de la comunicación que se le dirija, envíe a este despacho: (i) informe que de cuenta de todas las acciones que han adelantado para garantizar la protección de los derechos fundamentales, tales como salud y mínimo vital, de Armando Afranio Ortega Daza después de su retiro de la institución; (ii) específicamente, para el reconocimiento y el pago de la indemnización, prestación del servicio de salud y el ofrecimiento de alternativas de formación para reiniciar su vida laboral, y, finalmente, (iii) copia de los actos administrativos y documentos que acrediten las mencionadas acciones.

Segundo: Con relación al expediente T-2.677.042, Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación se oficie al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional para que dentro del término de tres (3) días siguientes contados a partir de la recepción de la comunicación que se le dirija, envíe a este despacho: (i) informe que de cuenta de todas las acciones que han adelantado para garantizar la protección de los derechos fundamentales, tales como salud y mínimo vital, de Otoniel Borja García después de su retiro de la institución; (ii) específicamente, para el reconocimiento y el pago de la indemnización,

prestación del servicio de salud y el ofrecimiento de alternativas de formación para reiniciar su vida laboral, y, finalmente, (iii) copia de los actos administrativos y documentos que acrediten las mencionadas acciones”.

2.3.2. Con respecto al expediente T-2.666.223 el 9 de julio de 2010 la señora subteniente Elizabeth Burbano Coral, en su calidad de jefe del grupo de indemnizaciones, contestó al requerimiento hecho en el auto en los siguientes términos: (i) recapituló los argumentos presentados anteriormente por la Policía Nacional, (ii) señaló que por medio de la resolución No. 00659 de 2009 se le reconoció al accionante su derecho a la indemnización y (iii) que “el actor desde el día 06/01/2010, cuenta con asignación de retiro (equivalente a pensión), la cual le es cancelada por la Caja de sueldos de Retiro. (...) Así las cosas, gozando el actor de una asignación de retiro, cuenta este con los servicios de salud y seguridad social, que son proporcionados por la Policía Nacional, garantizando de esta manera los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital del señor AFRANIO ARMANDO ORTEGA.”<sup>15</sup>

2.3.3. Por otra parte, relativo al expediente T-2.677.042 el 9 de julio de 2010, el coronel Julio Cesar Toro Manrique en su calidad de Director de Prestaciones Sociales de Ejército Nacional, contestó el requerimiento hecho en el auto afirmando que a la fecha al accionante se le han realizado los siguientes reconocimientos prestacionales<sup>16</sup>:

Concepto

Valor

Fecha

Pago de indemnización

20.034.268,80

11 de septiembre de 2008

Bonificaciones

2.380.440,00

13 de agosto de 2009

Cesantías definitivas

5.465.577,00

13 de agosto de 2009

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, desarrollados en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto del 11 de junio de 2010 de la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional.

### 1. Problema de constitucionalidad.

Corresponde a la Sala determinar si es procedente la acción de tutela contra actos administrativos cuando el actor tiene otros medios de defensa judicial y el caso no se ajusta a las excepciones establecidas por la jurisprudencia.

Para absolver este cuestionamiento, la Sala se pronunciará sobre (i) el principio de subsidiariedad, (ii) procedencia de tutelas para discutir actos administrativos y (iii) la posibilidad de tutelar los derechos invocados de manera transitoria.

3.1. La Constitución Política de Colombia prescribe sobre la acción de tutela: “artículo 86: (...) Esta 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”.

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiario. Esto es, únicamente procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o, en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y

se hace necesaria la adopción de una medida transitoria que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que “cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”<sup>17</sup>

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991<sup>18</sup> en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judiciales de los cuales pueda hacer uso el accionante.<sup>19</sup> En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente.<sup>20</sup>

Esta restricción a la protección por vía de tutela no resulta sin fundamento o simplemente caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del debido proceso como la aplicación de los procedimientos debido a cada caso concreto.

3.2. De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos<sup>21</sup>. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.<sup>22</sup> En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Así pues por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la expedición de un acto administrativo, toda vez que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para buscar su defensa. No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber<sup>23</sup>:

(i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho,

(ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

3.3 Así las cosas, de acuerdo con la primera, es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alternativo no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestando que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”<sup>24</sup>.

La segunda excepción se refiere a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, procede esta acción como mecanismo transitorio de protección<sup>25</sup>. Sobre este punto esta Corporación ha indicado “(...) (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”<sup>26</sup>.

3.4 De manera más concreta aun, la jurisprudencia de la Corte de manera reiterada<sup>27</sup> ha sostenido que cuando se trate de un asunto en que se busque el reintegro de un funcionario retirado del servicio, tal pretensión debe tramitarse, en principio, por los medios judiciales que establece el legislador con ese objetivo, es decir, a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, más concretamente por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>28</sup>. Siendo esto así, y siguiendo el principio general, la posibilidad de tramitar un conflicto de este estilo por medio de la tutela es excepcional, para lo cual es necesario establecer que de manera efectiva exista un perjuicio irremediable para el actor y acudir de

manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo.<sup>29</sup>

3.5. Un caso muy similar al que se encuentra bajo estudio fue analizado en la sentencia T-1060/07. En aquel expediente un patrullero de la Policía fue retirado del servicio activo en virtud de un concepto de la Junta de Evolución y Clasificación para Suboficiales, Personal de Nivel Ejecutivo. El accionante sentía violados sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, pues consideraba que se encontraba en condiciones de salud adecuadas para el servicio activo. En el mencionado fallo, la Sala de Revisión consideró que el accionante contaba con otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente, sostuvo que no había demostrado la existencia de un daño irremediable que hiciera imperiosa la intervención del juez constitucional con medidas de carácter transitorio<sup>30</sup>. En suma, está jurisprudencialmente establecido que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Igualmente, que este principio tiene dos excepciones, la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea eficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor<sup>31</sup>.

#### 1. Caso concreto.

4.1. Para iniciar el análisis concreto de los expedientes, hay que señalar que en los dos casos (T-2.666.223 y T-2.677.042) la acción de tutela no es el único medio de defensa judicial que poseen los accionantes para la protección de sus derechos. En efecto, en ambos asuntos el actor puede recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa y, por ejemplo, de manera concreta, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 Código Contenciosos Administrativo 'CCA'). La ley determina que esta acción es la adecuada para atacar el vigor jurídico de los actos administrativos y, consecuentemente, lograr la reparación del ciudadano afectado. En este orden de ideas, se establece que los accionantes tienen otros medios judiciales para buscar la protección de su derecho y, por tanto, en principio, no cumplen con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

4.2. Seguido a esto, hay que determinar si en este caso se configura alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional le ha planteado al principio de subsidiariedad, esto es: (i) que los mecanismos de defensa no sean eficaces para la protección del derecho y (ii) que la inminencia de un daño irreparable que justifique la protección transitoria por vía de

tutela.

4.2.1 Así las cosas, primero hay que analizar si existe por lo menos una vía judicial idónea para que los accionantes puedan buscar la protección de sus derechos. En este sentido, el Código Contencioso Administrativo en el Art. 85 señala que:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”.

Como se observa, la ley prevé que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es adecuada para lograr: (i) la declaratoria de nulidad de un acto administrativo cuando este ha sido expedido con violación del ordenamiento jurídico y (ii) la reparación de daño causado por dicho acto. La finalidad de esta acción es que una persona que ha sido lesionada con un acto administrativo pueda solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, “además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel.”<sup>32</sup>.

4.2.2. Ahora, la vulneración de los derechos denunciadas por los actores se ajustan perfectamente a la hipótesis propuesta por la norma. En efecto, de acuerdo con las afirmaciones de Ortega Daza y Borja García, los actos administrativos cuestionados son contrarios a normas de jerarquía superior y este hecho le causa un perjuicio concreto. En este sentido, siendo la acción de tutela un mecanismo de defensa subsidiario que sólo procede cuando no existe otro medio judicial para ventilar el asunto y que en los casos bajo examen encajan perfectamente dentro de la hipótesis planteada por el Código Contencioso Administrativo, es esta última acción la llamada a buscar una solución del caso.

4.2.3. Adicionalmente, hay que considerar que dentro del procedimiento administrativo es posible solicitar la suspensión del acto, de acuerdo con lo previsto en el CCA artículo 152:

“Procedencia de la Suspensión: El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

4.2.4 Es válido concluir que el CCA trae vías jurisdiccionales adecuadas para evitar el daño injustificado que presuntamente sufrieron los demandantes. De esta forma, queda claro que los accionantes tienen medios judiciales alternos de defensa que resultan adecuados para proteger sus derechos

4.3. Corresponde ahora determinar si la circunstancia específica de los demandantes requiere una intervención inmediata del juez constitucional para evitar un daño irremediable. La Sala deberá entrar a determinar si existe, como lo insinúan los actores, una vulneración a su mínimo vital que haga imperiosa la intervención del juez constitucional imponiendo una medida transitoria de protección.

4.3.1. En el caso del señor Ortega Daza (T-2.666.223) no obra en el expediente prueba alguna que permita concluir que en este momento el vea vulnerado o en peligro su mínimo vital. Por el contrario, está probado que el día 19 de mayo de 2009 en la resolución 00659 de 2009 “por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de Indemnización por incapacidad relativa y permanente a un personal”<sup>33</sup> la Policía Nacional reconoce y ordena el pago de una suma de 13’460.861.10 al accionante<sup>34</sup>. Así mismo, en las pruebas allegadas en sede de revisión se pudo constatar que “el actor desde el día 06/01/2010, cuenta con asignación de retiro” <sup>35</sup>. De tal forma, no se observa que el demandante esté en incapacidad de suplir sus necesidades, mientras se adelanta un proceso, por la vías que el legislador estableció, para discutir si el acto administrativo que lo desvinculo, realmente, se ajusta o no a derecho.

4.3.2. Igualmente, en el caso del señor Otoniel Borja García (T-2.677.042) no se observa una vulneración de su mínimo vital, en cuanto no existe prueba alguna en el expediente que indique una situación de ese estilo. En sentido contrario, es posible constatar que el 26 de diciembre de 2008 en la resolución 81907 “por medio de la cual se reconoce y orienta el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No 312224 de 2008”<sup>36</sup> se le reconoce y ordena pagar al accionante la suma de “veinte millones treinta y cuatro mil doscientos setenta y ocho pesas con 80/100 M/CTE; (\$20’034 268.80)”<sup>37</sup>. Así mismo, se puede constatar que por medio de la resolución 89192 del 13 de agosto de 2009 “por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, a un personal de Soldados Profesionales”<sup>38</sup> se reconoce y ordena, a favor del accionante, el pago de:

(a) en el numeral uno párrafo, el monto de 2’380.440 por concepto de bonificación y

(b) En el párrafo 3 la suma de 5’465.577 por concepto de cesantías definitivas.

No se puede concluir, entonces, que el accionante vea en riesgo su mínimo vital. Al igual que en el acápite anterior, no se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional con una medida transitoria, toda vez que no se observa que el actor esté en peligro de sufrir un daño irremediable en sus derechos fundamentales.

4.4. En síntesis, al observar que el caso bajo examen no cumple con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y que no se encuentra entre los casos excepcionales propuestos por la jurisprudencia, la Corte tendrá que declarar improcedente de las dos acciones de tutela y, por tanto, confirmará los fallos de instancia.

## 5. Razón de la decisión.

En los dos casos se pudo constatar que los accionantes contaban con otros medios de defensa judicial, esto es, con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente se demostró que esta acción es adecuada para que se discuta la juridicidad de los actos administrativos en cuestión. Finalmente, no se pudo verificar que exista un daño irremediable para los actores y, por el contrario, sí se encontró evidencia de que su mínimo vital no se encuentra en riesgo.

## III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. En el expediente T-2.666.223 CONFIRMAR la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del veinticinco (25) de febrero de 2010 que confirma un fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia de la Sala Novena de Decisión del veinticinco (25) de noviembre de 2009 dentro de la acción de tutela interpuesta por Afranio Armando Ortega Daza contra la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional.

Segundo. En el expediente T- 2.677.042 CONFIRMAR la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección 'B' del dieciséis (16) de abril de 2010 dentro de la acción de tutela interpuesta por Otoniel Borja García contra el Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional.

Tercero. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folios 14-19 del cuaderno 1 del expediente.

2 Ver folios 14 del cuaderno 1 del expediente.

3 Ver folios 14 del cuaderno 1 del expediente.

4 Ver folios 15 del cuaderno 1 del expediente.

5 Ver folios 15 del cuaderno 1 del expediente

6 Ver folio 15 del cuaderno 1 del expediente.

7 Ver folio 24 del cuaderno 1 del expediente.

8 Ver folio 52 del cuaderno 1 del expediente.

9 Ver folio 51 del cuaderno 1 del expediente

10 Ver folio 51 del cuaderno 1 del expediente

11 Ver folios 1-7 del cuaderno 1 del expediente.

12 Ver folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

13 Ver folio 14 del cuaderno 1 del expediente

14 Ver folios 10-11 del cuaderno principal.

15 Ver folio 20 del cuaderno principal.

16 Ver folio 9 del cuaderno principal.

17 Ver T-432/02.

18 Decreto 2591 Art. 6o. Causales de improcedencia de la acción de 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 encuentra el solicitante.

19 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: “En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).”

20 SU-037/09, T-070/97, T-167/05, T-642/07, T-807/07, T-864/07, T-213/08, T-363/08, T-404/08, T-413/08, T-421/08, T-609/08, T-773/08, T-809/08, T-297/09, T-530/09, T-598/09, T-624/09, T-632/09, T-629/09, T-799/09, T-858/09, T-165/10

21 “... Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”<sup>21</sup>

22 Ver entre otras T-600/02, T- 771/04 y T.199/08.

23 T-199/08 que reitera la T-467/06.

24 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 y T-033 de 2002.

25 C-1436 de 2000

26 T-982 de 2004, T-514 de 2003. Ver también las sentencias T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras.

27 Ver T-214/04 “Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable”. Al respecto también pueden consultarse entre otras: T-468/92, T-145/93, T-225/1993, SU-1193/00 y T-751/01.

28 Sobre el particular, en sentencia T-343 /01: “La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño. Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona

amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.”

29 Entre otra se pueden consultar SU-544/01 en esta caso la Corte decidió un caso en que un Ex-Registrador Nacional. En aquella oportunidad la Corte denegó el amparo pues existían otros medios de defensa judicial idóneos.

30 Caso similar se resolvió en la T-722/09 en la cual un estudiante de la Escuela de Cadetes “José María Córdova” quien fue desvinculado de la institución con base en un dictamen médico de la Junta Médica Laboral Militar de Sanidad-Ejército Nacional. La Sala de revisión desestimó las pretensiones del accionante, por considerar que no cumplía con el requisito de subsidiaridad, pues no había acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa y no pudo constatarse la existencia de un daño irremediable.

31 Al respecto puede consultarse la T-514/03: “La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

32 T-199/97.

33 Ver folios 31-33 del cuaderno principal.

34 Esta resolución fue notificada el 3 de junio de 2009

35 El 9 de julio de 2010 la señora subteniente Elizabeth Burbano Coral, en su calidad de jefe del grupo de indemnizaciones, contestó al requerimiento por el Corte que: “el actor desde el día 06/01/2010, cuenta con asignación de retiro (equivalente a pensión), la cual le es

cancelada por la Caja de sueldos de Retiro. (...) Así las cosas, gozando el actor de una asignación de retiro, cuenta este con los servicios de salud y seguridad social, que son proporcionados por la Policía Nacional, garantizando de esta manera los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital del señor AFRANIO ARMANDO ORTEGA". (Ver folio 20 del cuaderno principal).

36 Ver folios 69-73 del cuaderno principal.

37 Ver folio 73 del cuaderno principal.

38 Ver folios 69-73 del cuaderno principal.