**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Radicación No.: 66001-22-05-000-2017-00192-00

Proceso: Tutela 1ª Instancia

Accionante: Oscar Iván Herrera Cardona

Accionado: Ministerio de Defensa Nacional y otros

Magistrado Ponente Francisco Javier Tamayo Tabares

*Tema:* **Subsidiariedad de la acción de tutela:** No es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, cuando se cuenta con otro medio de defensa judicial, porque se iría en contravía del carácter subsidiario del que está revestida, y además cuando no se demuestra la configuración de un perjuicio irremediable*.*

Pereira, nueve de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

### Acta número \_\_\_ del 9 de noviembre de 2017.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la acción de tutela que el señor Oscar Iván Herrera Cardona promueve contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional – Dirección de Talento Humano y la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, Personal de Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y debido proceso.

***IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES***

* ***ACCIONANTE:***

Oscar Iván Herrera Cardona identificado con C.C. No. 98.454.009 de Tarso, Antioquia

* ***ACCIONADOS***

Ministerio de Defensa representado por el señor Ministro Luis Carlos Villegas Echeverri

Policía Nacional – Dirección de Talento Humano, representada por el mayor General José Vicente Segura Alfonso

Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, Personal de Nivel Ejecutivo y gentes de la Policía Nacional.

**I. *HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES***

Relata el accionante que es miembro de la Policía Nacional desde el 5 de agosto de 1996 y a la fecha tiene un tiempo de servicios de 20 años, 8 meses y 7 días; que durante los distintos grados de ascenso en su carrera ha obtenido 45 reconocimientos, menciones honoríficas y/o condecoraciones; que su aptitud psicofísica de No apto se dio mediante acta No. 741 de 2009 de la Junta Medico laboral, misma que fue ratificada por el Tribunal Medico Laboral el 20 de mayo de 2010; que de conformidad con el Decreto 1796 de 2000, el concepto de capacidad sicofísica se considera válido para el personal por un término de tres meses durante los cuales el concepto será aplicable para todos los efectos legales; que sobrepasado ese término continua vigente el concepto de Aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación psicofísica.

Manifiesta que en atención al derecho de petición que presentó el 5 de diciembre de 2013, la entidad accionada le informó que no era posible realizar el acto administrativo de retiro, por cuanto la copia de la Junta Medico Laboral que lo declaraba No Apto, no fue allegada, cobrando entonces vigencia el concepto de aptitud; que pese a lo anterior, no se le permitió realizar el curso de ascenso en el año 2013, y penas el día 30 de septiembre de 2016 se le resolvió su situación de ascenso.

Por lo anterior, solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordene a la Policía Nacional – Dirección de Talento Humano que el ascenso al grado de intendente sea con fecha de resolución de marzo de 2014 y no desde el año 2016, y por ende, que se realice la respectiva retroactividad prestacional.

***II****.* ***CONTESTACIÓN:***

El Director de Talento Humano de la Policía Nacional sostuvo que el accionante no cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 1791 de 2000, respecto a las condiciones de ascenso, puesto que no contaba con concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, y fue solo mediante Acta No. 029 del 25 de agosto de 2017, que se decidió ascenderlo con novedad fiscal a partir del 1 de septiembre de 2016. Formuló improcedencia de la acción de tutela por existir otro medio de defensa judicial y por incumplimiento del requisito de inmediatez e inexistencia de perjuicio irremediable.

Por su parte, la Dirección de Sanidad Seccional Risaralda, indicó que una vez culminadas las valoraciones que consideraron pertinentes los galenos, relacionadas con las patologías de psiquiatría, neurocirugía, columna lumbar, entre otras, se llevó a cabo la Junta Medico Laboral el día 8 de octubre de 2017, donde el actor fue clasificado como No apto – Artículo 68 Lit. A. sin que a la fecha se encuentren procesos pendientes. Para el efecto allegó la respectiva historia clínica del actor y las valoraciones ante la Junta Medico Laboral.

1. ***CONSIDERACIONES.***
2. **Problema jurídico a resolver.**

¿Es procedente la acción de tutela para controvertir las decisiones administrativas de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional?

¿Procede por vía de tutela ordenar la retroactividad de la orden de ascenso del accionante para que tenga efectos fiscales a partir de marzo de 2014?

1. **Desarrollo de la problemática planteada**

El artículo 86 de la Carta Política estableció la acción de tutela como un mecanismo expedito al que pueden acceder todas las personas, en procura de que un Juez proteja sus derechos fundamentales, cuando quiera que los mismos se vean amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares, en los precisos casos señalados por el legislador.

Esta acción, sin embargo, no es un mecanismo establecido para desplazar los medios ordinarios de defensa judicial, pues se caracteriza por ser subsidiaria, lo que implica que sólo procede cuando no haya un medio para la protección de la garantía fundamental o, bien, que el existente no sea el idóneo y eficaz para hacerlo, o cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. (Núm. 1º Art. 6º Dcto 2591 de 1991).

Por tanto, cuando existan otros medios de defensa judicial para salvaguardar los derechos fundamentales, es necesario acudir a ellos, pues de lo contrario a la acción de tutela se le estaría desconociendo su carácter residual y se convertiría en un escenario expedito de debate y decisión de litigios ordinarios[[1]](#footnote-1)*.*

1. **Caso concreto**

El accionante solicita se ordene a la entidad accionada la retroactividad de la orden de ascenso al grado de intendente, con el fin de que el mismo tenga efectos fiscales a partir del mes de marzo de 2014 y no de septiembre de 2016, pues considera que pese a que cumplió con las condiciones de aptitud, la institución accionada no le permitió ascender con sus compañeros de curso.

Es así como la decisión que se ataca, es la Resolución No. 05523 del 29 de agosto de 2016, signada por Director General de la Policía Nacional, que dispuso su ascenso a partir del 1º de septiembre de 2016. Dicha decisión, por tratarse de un acto administrativo de carácter particular, es susceptible de ser atacado ante la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente al perjuicio irremediable ha dicho la Corte Constitucional que el mismo además de ser invocado, debe ser también probado de manera si quiera sumaria[[2]](#footnote-2), para de esta manera determinar si se satisfacen los elementos configurativos del mismo, esto es, la urgencia, gravedad, inminencia e impostergabilidad.

 En el caso que ahora se analiza, se tiene que en el escrito de tutela no se alegó la existencia de un perjuicio irremediable en virtud del cual se pudiera tutelar si quiera de manera transitoria los derechos fundamentales invocados como vulnerados en la forma que pretende el accionante, máxime cuando la retroactividad de la orden de ascenso, tiene como aspecto sustancial, un provecho netamente económico, como es la obtención de los salarios, prestaciones y demás acreencias laborales derivadas del mismo, lo cual no constituye un factor esencial para evitar que se vea afectado su mínimo vital, ya que el accionante se encuentra recibiendo sus salarios, como fuente principal y vital ingreso para su congrua subsistencia, y aun como es sabido, la acción de tutela, por regla general, es improcedente para el reclamo de este tipo de emolumentos.

En ese orden, la tutela no puede convertirse en una vía alterna a los procedimientos ordinarios, y por ello, no le es dable a la Sala permitir que se suplan con una acción constitucional que la desnaturalizaría, especialmente cuando ni si quiera se indicaron las razones por las cuales el referido trámite ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como encargada de conocer este tipo de controversias, careciera de idoneidad y eficacia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, suplantando o actuando como instancia adicional, la Sala negará el amparo tutelar solicitado, pues conforme a las consideraciones que se han realizado, el accionante cuenta con otro mecanismo ordinario de defensa judicial el cual resulta idóneo para demandar el acto administrativo de la autoridad policial.

En mérito de lo expuesto***,*** *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

*RESUELVE*

*1º. Negar* por improcedente el amparo constitucional solicitado por el señor Oscar Iván Herrera Cardona.

*2º.*  *Notificar* a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, informándoseles que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a la notificación.

 *3º.* *Disponer,* que en caso de que la presente decisión no fuese impugnada, se remita el expediente para ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

 Magistrada Magistrada

 Alonso Gaviria Ocampo

Secretario

1. Ibíd. Sentencia T-406 de 2005 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-236 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-2)