

RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-.

Bogotá, once (19) de julio de dos mil diecinueve (2019).-

Radicación:	11001-33-37-042-2019-00191-00
Clase:	ACCIÓN DE TUTELA
Demandante:	Javier Eliecer Velásquez Galindo
Demandada:	Dirección de Sanidad Ejército Nacional – Ejército Nacional.

1. ASUNTO POR RESOLVER

Agotado el trámite establecido para el mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el Decreto 2591 de 1991 procede el Despacho a emitir sentencia.

2. LA ACCIÓN

El señor **Javier Eliecer Velásquez Galindo**, con cédula de ciudadanía 1.106.894.809 formuló acción de tutela contra la Dirección de Sanidad DISAN -Ejército Nacional, por considerar que sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo y la estabilidad laboral reforzada han sido vulnerados.

2.1. Presupuestos fácticos

Los hechos que sustentan la solicitud de tutela se resumen así:

El accionante, es suboficial del Ejército Nacional, el 12 de junio de 2016 sufrió un accidente en cumplimiento de una misión de trabajo, por lo que la Junta Médico Laboral 94327 de 24 de abril de 2017, le determinó una disminución de la capacidad laboral del 27.14%, conceptuando: no apto y no sugiere reubicación laboral.

El Tribunal Médico Laboral (TML17-1-353 de 10 de agosto de 2017) confirmó la decisión.

Asevera que desde la fecha del accidente hasta la fecha ha desarrollado normalmente sus funciones, además, en el mes de enero fue valorado por Ortopedia y Salud Ocupacional con lo que considera cuenta con la idoneidad para ser reubicado dentro de la fuerza.

2.2. Pretensiones

1. Solicita al Juez de Tutela se ampare el derecho al trabajo y la estabilidad laboral reforzada, y en consecuencia, se ordene a la Dirección de Sanidad (Junta Médica Laboral) realizarle una nueva valoración para que se defina su capacidad psicofísica actual.

2.3. Pruebas aportadas con el escrito de tutela

- Diploma de Tecnólogo en Gestión Pública – Escuela de Suboficiales Inocencio Chinca.
- Conceptos Médicos de 1 enero de 2019 y 4 de febrero de 2019
- Certificado Sena Formación 30 horas en Microsoft Power Point.
- Certificados Sena Formación 60 horas en inglés (4 módulos)
- Certificado Sena Formación 40 horas en Microsoft Office 2016
- Certificado Sena Formación 40 horas en Administración Documental en el Entorno laboral.
- Certificado Sena Formación 40 horas en Word Avanzado
- Informativo Administrativo por lesiones de 13 de julio de 2016
- Acta Junta Médica de 24 de abril de 2017
- Acta Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar

3. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 9 de julio de 2019 se admitió la tutela, y se notificó a la Dirección de Sanidad al día siguiente.

4. CONTESTACIÓN

La Dirección de Sanidad no contestó la acción de Tutela.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si se cumple el requisito de subsidiariedad para mediante fallo de tutela estudiar la posibilidad de convocar una nueva junta médica en razón a la mejora en el estado de salud que aduce el accionante.

Tesis de la parte demandante: El accionante considera que a través de la acción de tutela se debe ordenar al Ejército Nacional – Dirección de Sanidad que se realice una nueva Junta Médica Laboral para diagnosticar su condición actual de salud, por cuanto los recientes conceptos médicos acreditan una evidente mejora.

Tesis del Despacho: Se debe declarar improcedente la acción de tutela por cuanto no se ha agotado la actuación administrativa, la cual es eficaz. Tampoco procede la tutela de manera excepcional como mecanismo para amparar transitoriamente el derecho al mínimo vital, pues el riesgo de destitución no es inminente, ya que el procedimiento administrativo condiciona el retiro por disminución de la capacidad psicofísica a que se realice un valoración de sus capacidades de reubicación laboral, y exige que se haga mayor rigurosidad en los casos en que la pérdida sea inferior al 50% según la jurisprudencia.

6.-ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1.-El mecanismo de protección de los derechos fundamentales

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto...

Así mismo, el artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones

de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

6.2.- Los presupuestos de la acción de tutela

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la "acción u omisión" de la autoridad pública o, excepcionalmente del particular, la cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ella se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional.

Tal violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa. Se comprende así, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria, ya que si existe un mecanismo ordinario, únicamente procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental.

Como se observa, el juez constitucional, al ser un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia- aun cuando ello implique, en últimas, un fallo *extra o ultra petita*- el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante.

En una palabra, si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional, dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

6.3.- La naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela

La acción de tutela es el mecanismo constitucional de protección y realización de los derechos fundamentales, cuya naturaleza jurídica es esencialmente subsidiaria y residual.

La definición del artículo 86 de la Constitución Política es clara al respecto, cuando establece que la "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."

La comprensión de la dogmática jurisprudencial construida por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, ha permitido que la acción de tutela permee la realidad social y jurídica de la nación colombiana en tanto su vocación emancipadora. Es por ello que los Jueces de la Republica cumplen un papel esencial en el sentido de su responsabilidad de mantener esa vitalidad de la acción de amparo sin abandonar la legalidad, la cual en adelante se encuentra constitucionalizada. La tutela, entonces, es una fuente vital del derecho.

Ahora bien, este nuevo paradigma de los derechos o, lo que es lo mismo, de la Constitución, no puede transformar el ordenamiento jurídico en una sobre-constitucionalización donde la ley pierda su lugar y éste sea ocupado por la

Constitución; con ello cesaría la legitimidad de la función pública, el principio de la soberanía popular, la democracia representativa y la separación de poderes. Los jueces serían legisladores. Por tanto, la ley sigue mediando y regulando las relaciones sociales, políticas, económicas, entre otras, de la sociedad. De ahí que la Constitución cumple el papel de última ratio en la definición de los derechos, a través de mecanismos que se encuentran incluidos en su propio texto, garantizando su superioridad y vigencia efectiva (Art. 4, 5, 86, 93 CP).

La tutela, entonces, es un mecanismo constitucional **excepcional, subsidiario y residual** para la protección efectiva de los derechos fundamentales. La tutela de ninguna manera puede ser un mecanismo alternativo o paralelo a los ordinarios dispuesto por el ordenamiento jurídico a través del legislador.

Por tal razón se considera como uno de los presupuestos generales de procedibilidad de la tutela, el que quien aspira a la protección constitucional, necesariamente, **haya "agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-** de defensa judicial [a su alcance], salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *ius* fundamental irremediable."

Ello no obstante, sépase también que se ha dispuesto la procedencia del amparo de manera excepcional¹, siempre que se haya establecido con suficiencia dentro del trámite, que aquellos mecanismos de defensa resultan ineficaces debido al carácter de urgencia que requiere la tutela del derecho, pues tal situación ofrecería como consecuencia la configuración de un perjuicio irremediable.

6.4 - El derecho a la estabilidad laboral reforzada.

El derecho a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta se encuentra en los artículos 1, 13, 47, 54 y 95 de la Constitución Política.

El Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional ha considerado que la estabilidad laboral "*no es una garantía que se traduzca en la permanencia indefinida o absoluta en los puestos de trabajo, sino que se concreta por diversos mecanismos y en distintos niveles de intensidad*"², no obstante, la Corte ha establecido un nivel especial de protección a personas que pertenecen a grupos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta, otorgándole a la estabilidad laboral un carácter reforzado que constituye un derecho fundamental para sus titulares.

El legislador desarrolló este ámbito de protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la

¹ Sentencia Corte Constitucional T-647 2015.

² Corte Constitucional, Sentencia T-040/16: M.P. Alejandro Lineros Cunuhu.

eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

"Artículo 26º. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)"

Así mismo, en lo que atañe a la reubicación laboral de las personas con alguna disminución física, fisiológica o mental, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-1040 de 20013 precisó que si tal reubicación desborda las capacidades del empleador o le impide en grado sumo el desarrollo de su labor, tal derecho debe ceder ante el interés legítimo del empleador, previa oportunidad para que el trabajador proponga soluciones razonables a dicha situación, mientras que en la Sentencia T-018 de 20154 anotó que en este tipo de casos ha de aplicarse la presunción de que el despido se dio en virtud de la enfermedad del empleado, con lo cual *"(...) se invierte la carga de la prueba de modo que es el patrono quien debe demostrar que el despido tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador"*.

Finalmente, no sobra agregar que el H. Tribunal Administrativo de Caldas⁵, concluyó en un caso similar que la Ley 361 de 1997 como los pronunciamientos jurisprudenciales miembros de la Fuerza Pública, pues no es admisible establecer diferencias entre trabajadores vinculados por contrato laboral y servidores públicos en cuanto a sus derechos básicos

7. EL CASO EN CONCRETO

El señor **Javier Eliecer Velásquez Galindo** formuló acción de tutela contra la Dirección de Sanidad DISAN -Ejército Nacional, por considerar que sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo y la estabilidad laboral reforzada se encuentran en riesgo, porque aunque Junta Médico Laboral 94327 de 24 de abril de 2017, le determinó una disminución de la capacidad laboral del 27.14%, conceptuando no apto y no sugiere reubicación laboral y por su parte el Tribunal Médico Laboral (TML17-1-353 de 10 de agosto de 2017) confirmó este dictamen, considera que ante la mejora en su estado de salud, se debe realizar una nueva valoración.

© M.P. Rodrigo Escobar Gil.

© M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. Magistrado ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA. Manizales, nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 17-001-33-33-003-2013-00167-02, Actor: MARÍA AMPARO ORTÍZ GÓMEZ, Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

Manifiesta el accionante que en enero y febrero del presente año fue valorado por Ortopedia y Salud Ocupacional presentando una evidente mejoría, con lo que considera cuenta con la idoneidad para ser reubicado dentro de la fuerza, para el efecto aporta los conceptos médicos de 1 de enero y 4 de febrero hogaño, en los que se encuentran las siguientes anotaciones:

Concepto médico de 4 de febrero de de 2019.

"En cuanto a su antecedente de fractura de fémur platillo tibial izquierdo y FM 4P dedo mano izquierda consolidadas valoradas sus secuelas en iml f (ilegible) declarado no apto - no reubicación laboral. Verificado el concepto de ortopedia actual y examen físico del día de hoy, no se evidencia alteración ni limitación osteoarticular en miembro inferior izquierdo y de mano izquierda que lo incapacite para continuar desarrollando sus actividades del servicio en (ilegible) administrativa teniendo en cuenta sus capacitaciones precitadas en su extracto de hoja de vida. Tiene también anotaciones positivas de desempeño en cargos asignados posterior a su valoración en JML y TML desarrollándolos satisfactoriamente. Por lo anterior se considera favorable favorable continuar (desempeñando) sus actividades en el ámbito militar acorde con los cargos asignados si así lo determina (ilegible) considerado para ascenso.

7.1 La subsidiariedad de la acción de tutela.

Como se explicó en acápite anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política es clara al respecto, cuando establece que la "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, uno de los presupuestos generales de procedibilidad de la tutela, el que quien aspira a la protección constitucional, necesariamente, **haya "agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-**

No se acredita dentro del expediente de tutela, que el accionante haya solicitado ante la entidad la realización de una nueva junta médica poniendo en conocimiento la mejora de su estado de salud, lo que en principio hace improcedente la acción constitucional al existir un procedimiento administrativo no agotado.

Sobre la eficacia de los medios ordinarios

En el análisis de procedencia de la acción de tutela, corresponde al juez verificar si hay otros medios idóneos para la reclamación de los derechos en cuestión, y en este sentido evaluar si los mismos resultan eficaces, para decidir sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela.

Al respecto, la Sentencia T-226 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expuso:

"(...) resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica esta actuación, por la

urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión[60]”.

Y en la Sentencia T-314 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos, expuso:

“(…) el juez constitucional -para cada caso concreto- debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección”.

De conformidad con la anterior jurisprudencia Constitucional, sólo es posible asumir el conocimiento de fondo en sede de tutela, cuando en el asunto cuando se evidencien circunstancias que generen un riesgo para la vida, salud o integridad de las personas, de tal magnitud que constituyan un perjuicio irremediable ineludible por la urgencia de protección.

En el presente asunto no se acreditan tales presupuestos, pues aunque la conclusiones de la Junta Medico Laboral 94327 de 24 de abril de 2017, determinó una disminución de la capacidad laboral del 27.14%, conceptuando **no apto y no sugiere reubicación laboral**, y el Tribunal Medico Laboral (TML17-1-353 de 10 de agosto de 2017) confirmó este dictamen, lo que ciertamente genera para el accionante un riesgo de desvinculación por disminución de la capacidad psicofísica, también lo es que dicho riesgo no resulta eminente al no haberse agotado el procedimiento administrativo, que prevé garantías respecto al retiro por disminución de la capacidad psicofísica.

De manera que el riesgo de retiro derivado de las conclusiones de la Junta Medico Laboral y el Tribunal Medico Laboral, no ostenta un carácter de irremediable ni urgente, pues de acuerdo con la Jurisprudencia administrativa el retiro por disminución de la capacidad psicofísica no opera de forma automática, debe estar precedido de un concepto negativo de reubicación laboral

Así las cosas, acogiendo la Sala los precisos términos de la Corte Constitucional, el retiro de la demandante debía estar precedido de un análisis médico previo en el que se explicaran de forma pormenorizada los elementos de un concepto negativo de reubicación laboral, más aún cuando como ocurrió en los casos analizados por el máximo tribunal constitucional, la disminución en este caso fue inferior al 50%, lo cual ameritaba un análisis consistente con la protección constitucional de la estabilidad reforzada⁶,

⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. Magistrado ponente: AUGUSTO MORALES VALENZUELA. Manizales, nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17-001-33-33-003-2013-00167-02. Actor: MARÍA AMPARO ORTÍZ GÓMEZ, Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

Según esta jurisprudencia, antes de proceder al retiro la entidad debe realizar un análisis de reubicación laboral y ser cuidadosa en aquellos eventos en que la disminución sea inferior al 50%.

De conformidad con el análisis realizado por el juzgado, el riesgo de afectación al mínimo vital que se genera por una eventual decisión de retiro, no tiene las características de inminente ni urgente, pues, las garantías constitucionales aplicables al procedimiento administrativo de retiro por disminución de la capacidad psicofísica exigen que previamente se realice un análisis de reubicación laboral, con mayor rigurosidad en aquellos casos en que la disminución sea inferior al 50%

Así las cosas, debe dársele la oportunidad a la entidad de estudiar la posibilidad de convocar una nueva junta médica en razón de la mejora en el estado de salud del accionante, y decidir directamente frente a la reubicación laboral del accionante. El Juez Constitucional no puede sustituir a las entidades en sus competencias, ni la acción de tutela constituye una vía alterna para lograr la reubicación laboral.

Así las cosas, al no acreditarse el requisito de subsidiaridad de la acción de amparo como mecanismo transitorio de protección, ha de declararse la tutela improcedente

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados al trabajo, igualdad, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada invocados por el señor JAVIER ELIECER VELASQUEZ GALINDO, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- Notificar por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ

