

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO DIECINUEVE DE FAMILIA DE BOGOTÁ D. C.**

Bogotá D. C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA DE **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ** CONTRA EL **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** (Primera instancia). **RADICACIÓN: 11001-31-11-0019-2020-00288-00.**

1. Resuelve el Despacho la acción de tutela promovida por el señor **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ**, contra el **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, mediante la cual solicita protección a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana. Pide, en consecuencia, que se ordene a las autoridades accionadas, suspender los efectos jurídicos de la Resolución No. 3253 del 26 de julio de 2020, y en ese sentido, mantener su vinculación como miembro activo del **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA** por encontrarse con graves quebrantos de salud, y hasta tanto se emita una decisión de fondo en el respectivo proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que se pretende adelantar contra dicho acto administrativo.

2. Como fundamento de su solicitud, indica el accionante, en síntesis, que es miembro del **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA** y que el 26 de agosto de 2016 fue sometido a una extirpación quirúrgica "*de la sigma por vólculo de sigmoides, más una colostomía tipo Hartman*", posteriormente a otras intervenciones, siendo la más reciente la realizada el 19 de junio de la presente anualidad de "*laparotomía exploratoria, mas liberación de adherencias, mas eventrorrafia con malla, mas tallaje de colgajos fasciocutáneos*".

2.1. Refirió que, el 23 de junio de 2020 se autorizó la salida de la clínica en la cual se encontraba hospitalizado, pero al presentar un fuerte dolor abdominal fue incapacitado por el médico tratante hasta el 10 de julio, incapacidad que fue prorrogada hasta el 8 de agosto siguiente.

2.2. Manifestó, que encontrándose dentro del periodo de incapacidad otorgado por el galeno tratante, la Dirección de Personal del **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, a través de correo electrónico notificó la Resolución No. 3253 de 26 de julio de 2020, conforme la cual se resolvió retirar al actor del servicio activo de esa Institución por llamamiento a calificar servicio con novedad fiscal de 26 de julio de 2020, así como tener en cuenta todas las instrucciones contenidas respecto a los trámites relacionados con el radiograma HR-20203050055969433 de esa misma fecha; vulnerando, a su consideración, sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana, como quiera que aun padece graves quebrantos de salud y no ha sido dado de alta en los tratamiento médicos que requiere, con todo, porque dicho acto administrativo fue emitido sin que la Institución accionada realizara la respectiva Junta Medica Laboral a efectos de determinar su pérdida de capacidad laboral, lo que por demás acredita el estado de indefensión en el que se encuentra.

ACTUACIÓN PROCESAL

3. La presente acción constitucional se admitió por auto de 5 de agosto de la presente anualidad, y a fin de garantizar el derecho de contradicción, se dispuso notificar al representante legal de las autoridades accionadas. Así mismo, en dicho acto se ordenó vincular a la actuación al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, al **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.**, y al **BATALLÓN DE INTENDENCIA No. 1 "LAS JUANAS"**

4. Al contestar el Director de Personal del **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, solicitó rechazar por improcedente la presente acción constitucional y al respecto señaló que, *"el accionante fue retirado mediante Resolución No. 003253 de fecha 26 de julio 2020, por la causal de llamamiento a calificar servicio y en la actualidad goza de asignación de retiro. La decisión del llamamiento a calificar servicios, si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo, éste hecho no constituye ni sanción, ni castigo, ni exclusión difamante o deshonrosa, sino es una causal de retiro que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a los miembros de las Fuerzas Militares.*

Adicionalmente para este tipo de casos de llamamiento a calificar servicios, la Ley no fija motivos que se deben o deberían ejercer para adoptar y ejercer la competencia que por el mismo Decreto - Ley 1790 de 2000, le está siendo dada a través del artículo 103 mencionado, es decir sólo es necesario que a la persona a la que se le llama a calificar servicios haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, el cual sobrepasa el salario mínimo mensual y que para nada es precario.

El llamamiento a calificar servicios conduce al cese de funciones de un servidor público en servicio activo, no acarreado con ello una sanción, por el contrario, las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin, que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales.”.

Por otra parte, respecto a la prestación de los servicios médicos, informo que el actor bien *“podrá continuar con sus tratamientos y demás consultas médicas que considere pertinentes, ya que la Institución no lo desvinculará en ningún momento de dichos servicios de salud, toda vez que por su causal de retiro, es acreedor a continuar activo en los servicios de salud, solo que como personal retirado de la Fuerza.”.*

4.1. El Director de **SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, solicitó por su parte desvincular a esa Institución de la acción de tutela, y en esos términos mencionó que, *“verificado el Sistema Integrado Administrativo de Talento Humano (SIATH), se logra constatar que el [accionante], es retirado mediante Disposición N° 003253 de fecha 26 de julio de 2020; y que ha presentado una serie de incapacidades; razón por la cual; en el Sistema Integrado de Medicina Laboral (SIML), reposa ficha medica de ascenso en la cual se determinó que se encontraba aplazado por Sanidad. De acuerdo a lo descrito en esta ficha medica el accionante una vez terminara la intervención quirúrgica, debía aportar la historia clínica, con el fin de determinar su Aptitud Psicofísica”.*

Ahora, respecto a la aptitud psicofísica indicó que, *“de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 9 del Decreto 1796 de 2000, los exámenes periódicos y su obligatoriedad, son indispensables para determinar el estado de capacidad Psicofísica; por esta razón para el caso en concreto, el accionante debió allegar los soportes médicos solicitados directamente ante la sección de Medicina Laboral. En este orden de ideas y en virtud del reglamento establecido para definir la aptitud psicofísica de los miembros del Ejército Nacional, el señor **JONNY ALBERTO CEPEDA***

JIMÉNEZ; debe efectuar junta médica laboral de retiro directamente con la sección de medicina laboral. ”.

Por otra parte, frente a la Resolución de retiro cuestionada, indicó que, “verificado el Sistema Integrado de Talento Humano el señor Sargento Segundo **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ**, se encuentra reportado con la causal de retiro LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, [por lo que en ese orden de ideas el actor no fue] retirado por Aptitud Psicofísica, sino por decisión Directa del Comandante del Ejército Nacional, que el reglamento establecido para esta causal de retiro, se encuentra plasmado en el Decreto 1790 de 2000, modificado por la Ley 1104 de 2006...” [Por lo que] “nada tiene que ver con las funciones de la Dirección de Sanidad del Ejército, en el caso en particular el accionante fue retirado dado que así lo determinó el Comandante de la Fuerza, cuya explicación deberá proporcionarla la Dirección de Personal del Ejército, al igual de el tema de la Estabilidad Laboral Reforzada. Queda claro entonces, que no se trata de una misma entidad la Dirección de Sanidad Ejército regula la evaluación de la aptitud psicofísica y Dirección de Personal del Ejército; es la encargada de planificar y proyectar los procesos de gestión estratégica de personal, tendientes a diseñar políticas que desarrollen e innoven el talento humano de la fuerza, para coadyuvar al cumplimiento de los objetivos institucionales.”

4.2. A su vez, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, refirió que “[esa] entidad carece de competencia para suspender los actos administrativos proferido por los entes judiciales, el accionante puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, así como, de las medidas cautelares allí establecidas, mecanismo adecuado para debatir la validez del acto administrativo a través del cual fue desvinculado de la institución”. Argumentó además, que esa Unidad Hospitalaria, “prestará los servicios médicos que el accionante requiera, siempre y cuando le corresponda realizar las gestiones administrativas y científicas necesarias para prestar no sólo un óptimo servicio médico asistencial y para realizarle los respectivos chequeos o controles que necesite con nuestros especialistas y galenos, como también exámenes y procedimientos quirúrgicos que requiera a causa de la patología que padece, siempre y cuando mantenga su condición de usuario activo del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, y sea remitido por la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza, quien solicita la atención como usuario activo a [esa entidad]”,

solicitando en consecuencia declarar improcedente las pretensiones esgrimidas por el actor en la acción constitucional.

4.3. Finalmente, el Comandante del **BATALLÓN DE INTENDENCIA No. 1 "LAS JUANAS"**, solicitó declarar improcedente la acción de tutela al no cumplirse el requisito de subsidiariedad, indicando con todo que, "[el accionante] fue trasladado [a ese Batallón] el día 09 de diciembre de 2019 y a quien se le notificó Resolución de retiro de servicio activo de Fuerzas Militares el 26 de julio de 2020. En la Unidad el Señor Sargento Segundo **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ**, prestó sus servicios como suboficial de Ejército Nacional sin alteración o dificultad alguna".

Así mismo, refirió que, "es el señor Comandante de Ejército Nacional el que suscribe los actos administrativos de retiro del servicio activo de Fuerzas Militares de los señores suboficiales de Ejército Nacional, en consecuencia [esa Institución] no tiene estas facultades propias y reservadas del señor Comandante de Ejército Nacional.

El Batallón de Intendencia No. 1 "Las Juanas", dio cumplimiento al acto de notificación personal del acto administrativo del que se pretende solicitar la suspensión provisional mediante la presente acción de tutela. Esto teniendo en cuenta que esta fue la última Unidad en la que el mencionado suboficial prestó sus servicios. No obstante, a que [esa] Unidad carezca de competencia, es importante tener en cuenta que la vía legal indicada para solicitar la suspensión efectos de los actos administrativos, en este caso de la Resolución 3253 de 26 de julio de 2020, es a través de una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho."

Advirtió con todo que, en el presente caso, "no se determina con claridad la existencia de un perjuicio irremediable, esto con efectos de verificar la procedibilidad de la acción de tutela. Y al respecto es preciso determinar que las prestaciones asistenciales de los diagnósticos que presenta el accionante, seguirá siendo prestados por el sistema de salud de las Fuerzas Militares (situación que no se modifica por encontrarse activo o no en el servicio), aunado a que no se evidencia alguna circunstancia de dificultad respecto a la prestación de los servicios asistenciales por parte del sistema de salud de las Fuerzas Militares, y lo que si se evidencia es la inconformidad por el retiro del servicio y por el supuesto indebido proceso, situaciones propias a discutir en las acciones administrativas de carácter judicial."

CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Constitución instituye que toda persona podrá formular la acción de tutela ante los jueces, en todo momento y lugar, para lograr, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos sean amenazados o vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, en los precisos casos previstos en la ley.

2. Solicita en este caso el accionante protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana presuntamente vulnerados por el **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA** al emitir la Resolución No. 3253 del 26 de julio de 2020, mediante el cual se dispuso su retiro del servicio activo por la causal de "*llamamiento a calificar servicios*"; eso cuando no ha superado sus graves quebrantos de salud y sin que se realizara la respectiva Junta Medica Laboral para determinar su pérdida de capacidad laboral; por lo que solicita, en consecuencia, que se ordene la suspensión de dicho acto administrativo, y en ese sentido se mantenga su vinculación como miembro activo del **EJÉRCITO NACIONAL**, y hasta tanto se profiera decisión en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que pretende adelantar respecto a dicha Resolución.

3. Pues bien, en orden a resolver lo anterior, tener en cuenta que, respecto al principio de subsidiariedad y a la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir la legalidad de actos administrativos expedidos de carácter particular y más concretamente respecto a solicitud de reintegro de miembros de las fuerzas militares, la H. Corte Constitucional en sentencia T – 218 de 2016, Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo precisó que:

"La acción de tutela es un mecanismo dispuesto en la Constitución Política de 1991 para solicitar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando no se disponga de otros instrumentos judiciales, o cuando existiendo, estos no sean idóneos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Lo anterior quiere decir que, el amparo constitucional es residual y subsidiario respecto a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, tratándose del debate de un acto administrativo, en primera

medida, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así como las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011 son el mecanismo adecuado para debatir su eficacia.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver controversias relacionadas con actos administrativos, particularmente cuando los medios judiciales existentes no son idóneos para la protección del derecho quebrantado o existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. En todo caso, corresponde al juez constitucional de tutela valorar las condiciones en particular que dieron origen a la interposición del amparo, al respecto esta Corte se pronunció en la sentencia T-359 de 2006 en la que mencionó lo siguiente:

‘En concordancia con lo anterior, el papel del juez constitucional en estos casos es el de examinar la eficacia e idoneidad del otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular de la parte actora; es decir, el operador jurídico tendrá en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que los medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza. En los casos en los cuales procede la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, inclusive con solicitud de suspensión provisional, el juez de tutela deberá verificar, en cada caso, si a pesar de éstos instrumentos la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo para proteger temporalmente a la persona ante la amenaza a uno de sus derechos fundamentales.’

Ahora bien, es cierto que las reformas que en materia de control judicial de la administración, realizadas por la Ley 1437 de 2011, CPACA, han contribuido de manera clara para mejorar la eficacia de los mecanismos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al simplificar los procedimientos, mejorar los términos de resolución y adecuar las condiciones para la prosperidad de las medidas cautelares, por lo que la procedencia de la acción de tutela, frente a actos administrativos, es aún más excepcional, esto no quiere decir que, en cada caso, el juez no deba valorar la procedencia excepcional de la acción de tutela respecto de este tipo de actos jurídicos.’

4. Por otra parte, en lo que respecta a la causa por la cual el accionante fue retirado del servicio, es decir, frente al régimen legal del llamamiento

a calificar servicios, la H. Corte Constitucional en Sentencia SU- 237 de 2019 Magistrado Ponente Dr. Carlos Bernal Pulido, precisó lo siguiente:

“Según los artículos 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 y 2 de la Ley 857 de 2003, son causales de retiro de la Policía Nacional: (i) solicitud propia; (ii) llamamiento a calificar servicios; (iii) voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales; (iv) disminución de la capacidad sicofísica; (v) incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez; (vi) destitución; (vii) no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial; (viii) incapacidad académica; (ix) desaparecimiento; y (x) muerte.

El llamamiento a calificar servicios es una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un funcionario de las Fuerzas Militares y de la Policía. Según el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, dicha causal de retiro exige que la persona cumpla con los requisitos para acceder a la asignación de retiro. Con todo, esta causal no opera de forma automática al acreditarse el número de años de servicio exigidos para obtener dicha prestación, pues para tales fines, también es necesario el concepto previo de la Junta Asesora.

La finalidad del llamamiento a calificar servicios es la renovación de la línea jerárquica institucional, así como el relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Policial Nacional. Su justificación se traduce en razones de conveniencia institucional, en las necesidades del servicio y en las vacantes disponibles, con independencia de las condiciones personales y profesionales de los servidores públicos que se eventualmente puedan ser llamados al ascenso.

En conclusión, el retiro por llamamiento a calificar servicios es, entonces, una facultad legítima del Gobierno Nacional, destinada a permitir la renovación del personal de la Policía Nacional y justificada en las necesidades del servicio, la conveniencia de la Institución y las vacantes disponibles, razón por la cual esta no puede ser ejercida con una finalidad diferente al mejoramiento del servicio, por ejemplo, como mecanismo de sanción dentro de las fuerzas militares o de policía.

(...)

Por medio de la Sentencia SU-091 de 2016, la Corte `establec[ió] una precisión de la jurisprudencia, pues se mant[uvo] el precedente en lo referente a la motivación del acto de

retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarroll[ó] frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder´.

Del anterior precedente, se deben verificar los siguientes requisitos: (i) que el funcionario acredite un tiempo mínimo de servicio, en los términos del artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016; y (ii) que ese tiempo lo haga acreedor a una asignación de retiro. Esto, sin perjuicio de los casos en los que es obligatorio el concepto de la Junta Asesora.

En criterio de la Corte, exigir una motivación expresa al retiro por llamamiento a calificar servicios, `se desnaturaliza la figura, puesto que al no llevarse a cabo el mismo, se originaría automáticamente el ascenso de todos los miembros hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, sino desde el punto de vista presupuestal y de la planta de personal´.

Frente al control judicial posterior, la Sala aclaró que el mismo no debe restringirse a la verificación formal de los mencionados requisitos. Estos deben evitar que la figura sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales, por ejemplo, como herramienta de abuso de poder o de retaliación. La carga de la prueba, de todos modos, es de quien demanda, lo que quiere decir que corresponde al interesado demostrar que el llamamiento a calificar servicios y, por ende, su retiro, se dieron por motivos ilegales o fraudulentos.

Conforme a lo anterior, `no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, [sí] deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten´. Estas mismas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia SU-217 de 2016.

De lo expuesto se concluye que, en cada caso, le corresponde al juez de la causa verificar que: (i) el retiro se haya producido por la causal de llamamiento a calificar servicios, (ii) el funcionario retirado hubiere acreditado los años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1792 de 2016, (iii) la persona retirada del servicio cumpla con los requisitos para obtener la asignación mensual de retiro, y (iv) si es del caso, la Junta Asesora hubiere emitido concepto previo de desvinculación”.

5. En esos términos, bajo el anterior marco jurisprudencial y descendiendo al caso en concreto, advierte desde ya el Despacho la improcedencia de la presente acción de tutela, como quiera que existen medios judiciales ordinarios a los que bien puede acudir el accionante para la defensa de sus intereses, como lo es la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, trámite en el que deben debatirse las inconformidades puestas de presente en el escrito de tutela y en el que, en todo caso, bien puede solicitar medidas cautelares¹ frente a los efectos de la Resolución que dispuso su desvinculación del servicio activo del **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, pues se recuerda que, no es dado al Juez Constitucional invadir esferas del Juez ordinario, y pretermitir las etapas propias de un proceso judicial que debe adelantarse necesariamente en casos como el aquí expuesto.

6. Así las cosas, se impone negar la acción de tutela presentada por el ciudadano **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ**, por improcedente, ante la existencia de otros mecanismos judiciales para la protección de sus derechos, y en atención a que no se acreditó un perjuicio irremediable que haga procedente la misma, acreditando como se encuentra que éste cuenta con una asignación de retiro que garantiza su subsistencia, luego, que la autoridad accionada mantendrá su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que le permitirá dar continuidad al tratamiento que requieren sus patologías.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹ Ver Sentencia T-733/14, Corte Constitucional. M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

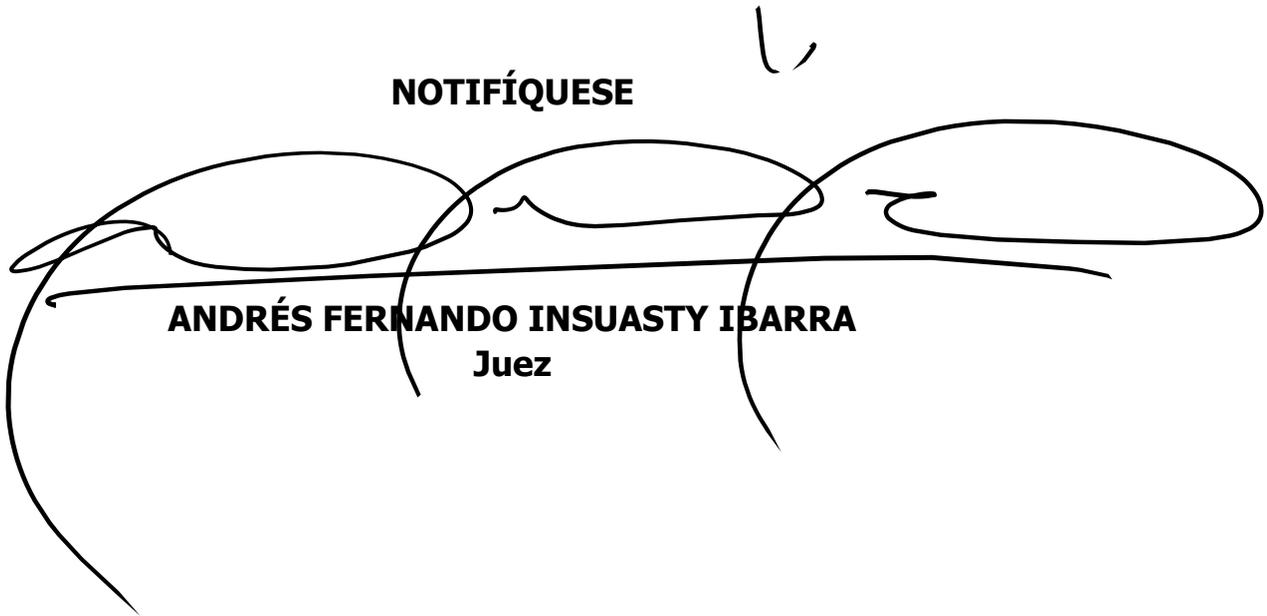
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano **JONNY ALBERTO CEPEDA JIMÉNEZ**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito a los intervinientes.

TERCERO: ORDENAR que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso último del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE



A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned above the printed name of the judge.

ANDRÉS FERNANDO INSUASTY IBARRA
Juez

Firmado Por:

ANDRES FERNANDO INSUASTY IBARRA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 019 FAMILIA DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6ed1a36d49b9637b21c8cb50df863daa6eaa075789c629b80f7
503edb8585451**

Documento generado en 21/08/2020 02:48:11 p.m.