

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: 2020-0167

Se decide la acción de tutela instaurada por **JAIME ANDRES MARÍN ORDOÑEZ** contra el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, y como ente vinculado **JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**.

ANTECEDENTES

1. El actor, identificado con cédula de ciudadanía No.7'184.395 de Tunja (Boyacá), actuando a través de apoderado judicial, insta la protección de sus derechos fundamentales a la libertad de escoger profesión y oficio, igualdad y libre desarrollo de la personalidad; en consecuencia, deprecó la orden para que las accionadas procedieran de manera inmediata a autorizar su retiro del Ejército Nacional de Colombia y se le desvincule del servicio.

2. Como causa *petendi*, esgrimió los hechos que a continuación se compendian:

- a) Que es miembro activo del Ejército Nacional desde el 3 de abril de 2013 hasta la fecha, y se encuentra adscrito al Batallón de ASPC No. 2 "CACIQUE ALONSO XEQUE" de Barranquilla, Atlántico desde el 27 de enero de 2020.
- b) Que es médico con especialización en Cirugía General.
- c) Que gozó de comisión de estudios para cursar especialización en cirugía general durante los años 2016 a 2019. Menciona que para el ejercicio de esta actividad constituyó pólizas de seguro de

cumplimiento en favor de LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR – DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO con el fin de cubrir posibles indemnizaciones.

- d) Precisa que, la última póliza de seguro de “cumplimiento disposiciones legales” se encuentra vigente hasta julio 31 de 2020 y ampara los riesgos derivados del primer y segundo periodo académico de 2019, por lo que en la actualidad se encuentran asegurados todos los recursos que recibió en los semestres que duró su especialización como cirujano.
- e) Que al interior de la institución, ejerce cargos administrativos como Oficial Dante, Coordinador salud operacional regional 1, coordinador salas de cirugía, coordinador atención prioritaria, proceso de selección de personal de auxiliares de enfermería, médicos generales y enfermeros profesional plan de atención COVID 19 y seguimiento estadísticas COVID regional. Igualmente realiza supervisión a contratos profesionales a especialistas en cirugía general, anestesiología, medicina familiar, ortopedia, urología, ginecología y medicina general e instrumentación quirúrgica. Además, supervisa contratos red externa como contratos de ambulancias, contrato de transporte aéreo, estructuración de contrato atención domiciliaria y estructuración de contrato lentes y monturas.
- f) Que el 5 de junio de 2020 dio positivo para la prueba de COVID-19 al estar cubriendo una plaza de médico rural en Aracataca, Magdalena. Reseña que esta tarea obedece a un trato abusivo por parte del Ejercito Nacional. Subraya que los médicos rurales son los profesionales en medicina que recién finalizan sus estudios, los cuales únicamente están facultados para atender consultas generales.
- g) Menciona que debido a los malos tratos recibidos por la entidad, en los cuales se le asignan tareas no acordes con su especialidad (revisión de personal o tareas administrativas), solicitó su retiro del servicio el 17 de abril de 2020 bajo el radicado No. 2020511000901312.
- h) Que el 26 de mayo de la presente anualidad, después de múltiples requerimientos innecesarios y después de una demora injustificada por parte de la institución, su solicitud fue negada aduciendo falta de requisitos formales (falta de apoyo por el comandante del batallón).

- i) Que ante la negativa, radicó acción de tutela con el fin de obtener pronta respuesta a su petición. Aclara que esta fue conocida por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá quien profirió sentencia el día 7 de julio de 2020 salvaguardando su derecho de petición y ordenándole a la entidad responder de fondo su solicitud de retiro.
- j) Que debido a esto, mediante el Oficio de fecha 10 de julio de 2020 el Ejército Nacional negó su retiro, argumentando que conceder su petición era inviable dado que: *i)* causaría un detrimento patrimonial dados los recursos que se le brindaron por sus estudios, *ii)* que dicha ayuda lo obligaba a continuar mínimamente dos años más ante la institución, y *iii)* la entidad requería sus servicios dada la actual pandemia generada por el COVID-19.
- k) Exterioriza que, si bien sus estudios fueron patrocinados completamente por la demandada, el costo de esta se encuentra amparada por las pólizas referidas previamente. Respecto a la necesidad del servicio, pregona que tal condición no le es aplicable a su caso, ya que como mencionó, las tareas que le han sido asignadas en nada se acompañan con sus conocimientos y habilidades como médico cirujano.
- l) Menciona que, pretende retirarse del servicio activo porque se le impide ejercer su profesión en debida forma, además de coartar su derecho a escoger su profesión y oficio.

3. La tutela se admitió en el proveído de 17 de julio de 2020, corriendo traslado a las encartadas.

4. El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, el EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA, y el JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, optaron por guardar silencio.

CONSIDERACIONES

- 1. Corresponde determinar en el presente asunto, si los derechos fundamentales aducidos por el demandante han sido lesionados por parte de las encartadas, al no permitir su retiro del servicio del Ejército Nacional.
- 2. En el *sub-judice* están acreditados los siguientes aspectos de orden fáctico, acorde con la prueba documental allegada:

- a) El actor solicitó su retiro del servicio el 17 de abril de 2020 bajo el radicado No. 2020511000901312.
- b) Ante la evasiva del Ejército Nacional para proferir una respuesta de fondo ante su petición, el demandante interpuso acción de tutela contra dicha entidad. Esta fue tramitada por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá quien profirió sentencia el día 7 de julio de 2020 salvaguardando su petición y ordenándole a la entidad responder de fondo su solicitud.
- c) El Ejército Nacional ante tal circunstancia, emitió el Oficio de fecha 10 de julio de 2020, mediante el cual negó la petición de retiro elevada por el demandante, al estimar que tanto el detrimento patrimonial que sufriría la entidad, así como la necesidad de su servicio en el actual contexto de pandemia COVID-19 se constituían en razones suficientes para negar su requerimiento.
- d) El actor no ha agotado el requisito de subsidiaridad, esto es, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. El accionante acude al presente mecanismo de protección constitucional, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales, los cuales se encuentran presuntamente vulnerados por las demandadas, particularmente por el EJERCITO NACIONAL por no acceder a su solicitud de retiro voluntario del servicio.

Establecido esto, y luego de analizar el material documental que se encuentran en el expediente, al igual que las justificaciones esgrimidas por el EJERCITO NACIONAL, este Despacho Judicial estima razonables los argumentos aducidos por la entidad demandada, mediante los cuales negó la solicitud del actor. Dichos reparos pueden agruparse de la siguiente manera:

i) El actor recibió por parte de la entidad apoyos económicos como residente de DISAN para adelantar su Especialización en Cirugía General a partir del año 2016 hasta el año 2019 en la Universidad Militar Nueva Granada. Bajo dicha conducta, el accionante se obligaba con la entidad a permanecer dos años después de finalizar sus estudios. Tal determinación se encuentra consagrada en el parágrafo 1 del artículo 89 del Decreto - Ley 1790 de 2000 (modificado por el artículo 23 de la Ley 1104 de 2006), que reglamenta la obligatoriedad de la prestación del servicio militar. Dicha norma reza, puntualmente:

*“PARÁGRAFO 1o. Los Oficiales, Suboficiales y alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales que sean destinados en comisión especial del servicio con el fin de capacitarse en determinada especialidad o adelantar entrenamiento en equipos, **QUEDARÁN OBLIGADOS a prestar servicio a la Fuerza respectiva por un mínimo de dos (2) años**”.* (Modificación, subrayado y negrilla por fuera del documento original)

ii) El demandante aduce que su retiro obedece a la subutilización de sus conocimientos como médico cirujano, pero tal como lo indica en su demanda, muchas de sus funciones obedecen al manejo de asuntos médicos, los cuales, si bien no requieren el despliegue de sus habilidades como cirujano, si requiere conocimientos en medicina. Campo en el que es versado y que resulta indispensable para el despliegue de las actividades médicas para el batallón en el que presta sus servicios. Nótese que, el actor en su demanda indica que, ejerce:

*“cargos administrativos como Oficial Dante, Coordinador salud operacional regional 1, **coordinador salas de cirugía, coordinador atención prioritaria**, proceso de selección de personal de auxiliares de enfermería, médicos generales y enfermeros profesional plan de atención COVID 19 y seguimiento estadísticas COVID regional. **Igualmente realiza supervisión a contratos profesionales a especialistas en cirugía general, anestesiología, medicina familiar, ortopedia, urología, ginecología y medicina general e instrumentación quirúrgica**. Además, supervisa contratos red externa como contratos de ambulancias, contrato de transporte aéreo, estructuración de contrato atención domiciliaria y estructuración de contrato lentes y monturas”* (subrayado y negrilla por fuera del documento original)

iii) Como último elemento a considerar, es la necesidad del servicio. Al respecto, adviértase que, en virtud del artículo 101 del Decreto 1790 de 2000, la procedencia de la solicitud de retiro del servicio es factible siempre y cuando no existan razones de seguridad nacional o circunstancias especiales que requieran la permanencia del servicio. Tal pauta, exterioriza:

*“Artículo 101. Solicitud de retiro. Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o **especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad** competente, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto”* (subrayado y negrilla por fuera del documento original)

En tal sentido, el Ejército Nacional sí esgrimió que los servicios del demandante son requeridos a causa de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a través de la Resolución No. 844 del 26 de mayo de 2020, lo cual es justificable, si se aprecia la profesión base del interesado y su papel en la entidad, máxime si el demandante coordina la administración médica en el batallón al que esta adscrito. Frente a esto, la Corte Constitucional ha dicho:

*“Aunado a ello, se ha dicho que el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 26 constitucional encuentra una doble dimensión, a saber: una positiva, relacionada con la idea de que a nadie se le puede impedir desempeñarse en una labor lícita; y otra negativa, consistente en que ninguna persona puede estar obligada a desarrollar una actividad que no es de su libre elección. **No obstante, existen eventos en los que ésta última encuentra una permisión constitucional y legal, tal como ocurre en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, pues, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, es posible que las condiciones de seguridad nacional o determinadas circunstancias especiales del servicio exijan prologar su presencia en la institución, en contra de su propia voluntad.***

(...)

De tal manera que en esta oportunidad la Sala encuentra necesario establecer que cuando una institución de la Fuerza Pública niega la solicitud de retiro voluntario elevada por alguno de sus miembros, poniendo de presente una manifestación genérica de las causales establecidas en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, sin cumplir con los parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, en cumplimiento de los estándares aquí descritos, no sólo incurre en una vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16 y 26 de la Constitución Política, sino también del debido proceso, al restringir el ejercicio de derechos fundamentales a través de un acto administrativo inmotivado y, en consecuencia, arbitrario.

*Así las cosas, resulta necesario establecer que siempre que una solicitud militar de retiro voluntario sea negada (i) **sin que logre acreditarse plenamente el nexo entre el contexto urgente de seguridad nacional o las condiciones particulares del servicio y la necesidad de mantener vinculado a un miembro activo en el cuerpo militar respectivo, o** (ii) aludiendo a regulaciones internas de rango inferior al constitucional o legal, tal actuación deviene en una vulneración de, por lo menos, tres derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, y el debido proceso’¹.*

Sumado a esto, es necesario recordar que la sentencia de fecha 7 de julio de 2020 emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de

¹ Corte Constitucional. Sentencia Sentencia T-101 de 2016. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Conocimiento de Bogotá salvaguardo únicamente el derecho de petición del demandante, referente a obtener una respuesta de fondo a su petición de retiro voluntario, actuación que en efecto se llevó a cabo a plenitud.

De igual manera, el demandante debe tener en cuenta que en caso de que la actitud desplegada por las demandadas es contraria a las pautas normativas que rigen la materia, deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y ventilar su molestia con las encartadas, y de esta manera agotar el requisito de subsidiaridad, elemento esencial en esta clase de trámites constitucionales del cual no se ha hecho uso².

A la par de lo dicho, no se colige que el amparo constitucional deba ser otorgado como mecanismo transitorio, en la medida en que no se constató la presencia de un menoscabo irremediable que amerite la intervención inmediata por parte de esta Dependencia Judicial³.

Establecido esto, la salvaguarda invocada por el accionante será negada al encontrar justificadas las razones expuestas por el Ejército Nacional en cuanto al rechazo de su solicitud de retiro voluntario.

4. En conclusión, la acción de tutela no está llamada a prosperar, al no ser perceptible una violación a los derechos fundamentales de la parte activa por parte de las entidades cuestionadas, y bajo esas condiciones se negará la protección solicitada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

² “Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales” Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2011. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³ “Respecto del perjuicio irremediable como una causal que habilita la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte Constitucional ha reiterado que tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. Así mismo, agrega que cuando el accionante no demuestre que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela se torna improcedente por lo que deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.” Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2016.

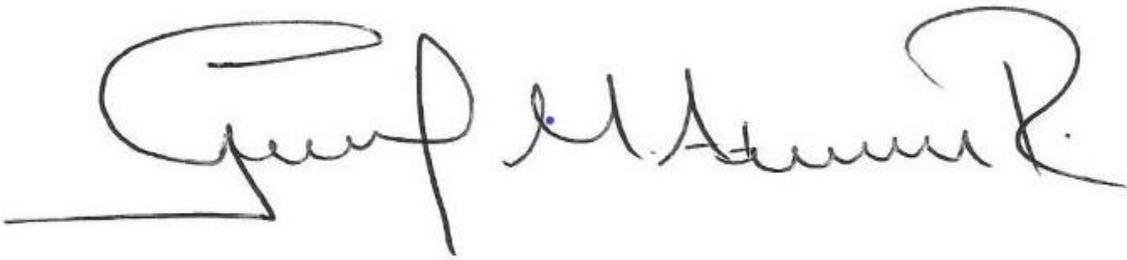
RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo rogado por JAIME ANDRES MARÍN ORDOÑEZ, por las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR la notificación a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el plenario ante la Corte Constitucional, en caso de no ser impugnada esta providencia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gamal Mohammand Othman Atshan Rubiano'. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'G' and a distinct 'R' at the end.

GAMAL MOHAMMAND OTHMAN ATSHAN RUBIANO
JUEZ