

ACCIÓN DE TUTELA – Inexistencia de temeridad o mala fé

Extracto: (...) pese a coincidir en las dos tutelas la autoridad accionada, la causa petendi y las pretensiones invocadas, estima esta Sala de Decisión que existe una razón que justifica la interposición de la presente solicitud de amparo, la cual radica en la expedición por parte de la autoridad accionada de un acto administrativo por medio del cual se niega de plano la solicitud de realización de los exámenes de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la realización de la Junta Médico Laboral para la determinación de la pérdida de capacidad laboral.

Ahora, considera la Sala que contra el mencionado acto administrativo, que resolvió negativamente la solicitud del peticionario de amparo para la realización de sus exámenes médicos de retiro, no proceden recursos judiciales ordinarios, pues si así fuera se desnaturalizaría la razón de ser de dichos exámenes, cual es establecer el estado de salud del miembro retirado de las Fuerzas Militares

(...)

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el primer proceso de tutela mencionado, el Honorable Tribunal Superior solamente decidió estudiar lo relacionado con el derecho de petición y en modo alguno abordó el examen de fondo de las solicitudes presentadas por el actor y que ahora propone en esta nueva acción, relativas a la práctica del examen médico de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la determinación de su pérdida de capacidad laboral, cuya negativa se encuentra precisamente contenida en la mencionada respuesta.

VALORACIÓN DE PÉRIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL – Vulneración de los derechos fundamentales cuando se niega o se dilata en el tiempo la valoración de la pérdida de la capacidad laboral

Extracto: Se tiene que con la negativa injustificada por parte de la entidad accionada respecto de la práctica del examen de retiro al señor (...), se está vulnerando su derecho a la seguridad social, en tanto se encuentra establecido que la realización de tales exámenes es una obligación de la autoridad militar. En tal sentido, se dispondrá la práctica del examen médico de retiro del señor (...), así como la definición de la situación médico laboral del mismo, a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

SINTESIS DEL CASO: Solicita aparte accionante el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad enjuiciada que en un término de 5 días hábiles ordene practicar los exámenes médicos de retiro y diligenciar la ficha médica unificada, y consecuentemente, se autorice a Medicina Laboral llevar a cabo la correspondiente Junta Médico Laboral, sin más dilaciones.

Solicitó también que por parte de la Jefatura de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, se le practique la Junta Médico Laboral definitiva de retiro, a través de la cual, y con fundamento en las historias clínicas aportadas y los exámenes médicos de retiro, se determine su pérdida de capacidad laboral

NOTAS DE RELATORÍA: Sobre la temeridad y carencia actual de objeto en la

acción de tutela, consultar la sentencia T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00651-00

Actor: CRISTIAN ESTIVEN BUITRAGO SERNA

Demandado: DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 136

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Acción:	Tutela
Radicación:	17001-23-33-000-2016-00651-00
Accionante:	Cristian Estiven Buitrago Serna
Accionado:	Dirección General de Sanidad del Ejército Nacional

Aprobado en Sala Extraordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 069 del 14 de septiembre de 2016

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

Se decide por esta Corporación la tutela promovida a través de apoderado por el señor Cristian Estiven Buitrago Serna, contra la Dirección General de Sanidad del Ejército Nacional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y a la igualdad.

COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000¹.

TRÁMITE PROCESAL

La solicitud de amparo fue presentada ante la Oficina Judicial de esta ciudad, el 31 de agosto de 2016, y correspondió por reparto al Despacho de este Magistrado Ponente, al cual fue allegada el 1º de septiembre del año en curso (fl. 84).

La demanda de tutela fue admitida por auto del 1º de septiembre de 2016 por cumplir los requisitos genéricos contenidos en el artículo 14 del Decreto

¹ “Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.

2591 de 1991 (fl. 85), providencia que fue debidamente notificada en el día siguiente (fl. 86).

Actuando fuera del término otorgado, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional dio contestación a la tutela con memorial visible a folios 92 y 93 del expediente.

El 1º de septiembre de 2016, el expediente pasó a Despacho para dictar sentencia, según consta a folio 84 del cuaderno principal.

SOLICITUD DE TUTELA

Hechos

El siguiente es el resumen de los hechos relevantes expuestos por la parte actora en su solicitud de amparo:

1. El 12 de marzo de 2011, el señor Cristian Estiven Buitrago Serna fue reclutado para prestar servicio militar obligatorio como Soldado Campesino, quedando inscrito a partir de la mencionada fecha a las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional – Batallón de Infantería No. 22 Batalla de Ayacucho – Compañía ASPC.
2. El 31 de julio de 2012, encontrándose el señor Buitrago Serna dentro de la guarnición militar, cuando se disponía a salir rápidamente del alojamiento con destino a la formación ordenada, tropezó con otro soldado, sufriendo luxación completa de la articulación del hombro derecho. Por lo anterior, el señor Buitrago Serna fue trasladado al dispensario médico de la Octava Brigada, donde a su vez fue remitido a la Clínica de Confamiliares de Manizales, en donde le practicaron reducción de la luxación por ortopedia, siendo incapacitado por un mes.
3. El 1º de septiembre de 2012 mediante orden administrativa de personal No. 1896, fue retirado del servicio por tiempo de servicio militar cumplido, expidiéndole la respectiva libreta y tarjeta de conducta, sin adelantarle el informe prestacional con motivo del accidente en mención, y sin practicarle los exámenes médicos de retiro, so pena de ser obligatorios y a que fueron requeridos de manera personal en el Batallón de Infantería No. 22.
4. Con posterioridad a su licenciamiento, la lesión sufrida durante la prestación del servicio militar obligatorio, se hizo recidivante conforme consta en su historia clínica, anotaciones del 13 de agosto y 8 de

noviembre de 2015, emanadas de Salud Total EPS, por lo cual, se ha visto gravemente afectado en su derecho fundamental a la seguridad social y colateralmente al trabajo en conexidad con el mínimo vital, como quiera que de un lado, su padecimiento se ha hecho más gravoso, y de otro, no le fue renovado el contrato laboral con la empresa Mabe, siendo rechazado reiteradamente en otras empresas por la patología que padece.

5. En razón a lo expuesto, asegura que el Ejército de Colombia no le ha practicado los exámenes médicos de retiro, justificando su actuar en que transcurrieron más de 2 meses siguientes a la novedad de retiro, sin que se efectuara solicitud en tal sentido, sin tener en cuenta que la misma fue presentada de manera verbal, ante lo cual obtuvo una tajante negativa.
6. Refiere que por intermedio de apoderado, el 18 de abril de 2016, petitionó ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, a través de la empresa de correo Envía, se autorizara a la Sanidad Militar de la ciudad de Manizales, la realización de los exámenes médicos de retiro, y el diligenciamiento de la correspondiente ficha médica unificada, frente a lo cual el Ejército Nacional se abstuvo de dar respuesta dentro del término de ley.
7. Ante la falta de respuesta a su petición del mes de abril de 2016, se vio obligado a interponer acción de tutela que fue resuelta por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales mediante fallo del 13 de julio de 2016, que tuteló su derecho fundamental de petición ordenando a la accionada responder de fondo su solicitud.
8. En cumplimiento de la orden emitida en el mencionado fallo de tutela, la Oficial de Gestión Jurídica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, haciendo nugatorio su derecho a la seguridad social, mediante Oficio nº 20168450996081 negó la práctica de los exámenes médicos de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica y la Junta Médico Laboral definitiva tendiente a determinar la pérdida de capacidad laboral adquirida mediante prestaba servicio militar obligatorio, so pretexto, de la prescripción del derecho.

Derechos que se alegan vulnerados

Consideró la parte actora que en el presente asunto le están vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la seguridad social integral y a la igualdad.

Pretensiones

Solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad enjuiciada que en un término de 5 días hábiles ordene practicar los exámenes médicos de retiro y diligenciar la ficha médica unificada al Soldado Campesino Buitrago Serna, y consecuentemente, se autorice a Medicina Laboral llevar a cabo la correspondiente Junta Médico Laboral, sin más dilaciones.

Solicitó también que por parte de la Jefatura de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, se le practique la Junta Médico Laboral definitiva de retiro, a través de la cual, y con fundamento en las historias clínicas aportadas y los exámenes médicos de retiro, se determine su pérdida de capacidad laboral.

CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE TUTELA

Dirección General de Sanidad de la Policía Nacional

Con memorial visible de folios 92 a 93 del cuaderno principal, el Director de Sanidad del Ejército, manifestó que no ha vulnerado derechos fundamentales del accionante y que el mismo incurre en temeridad con la interposición de la presente solicitud de tutela, en tanto, sus pretensiones ya fueron resueltas en otro trámite constitucional adelantado ante la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales bajo radicado 2016-00259. Por lo anterior, solicita la entidad accionada, se declare improcedente la tutela que ahora se estudia y se compulsen copias ante las autoridades competentes.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Fundamento y naturaleza jurídica de la acción de tutela

El fundamento constitucional de la acción de tutela se encuentra contenido en el artículo 86 de la Carta Política, que a la letra expresa:

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 en 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, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo 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. (...)

Pretendió entonces el constituyente, garantizar mediante la acción de tutela, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona cuando quiera que se encuentren vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos legalmente previstos, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial igualmente eficaz y oportuno para protegerlos; incluso en presencia de otro mecanismo judicial, es procedente la protección por vía de tutela, cuando de evitar un perjuicio irremediable se trata².

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria³, y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza⁴.

El problema jurídico que se debe resolver

De conformidad con las peticiones que sustentan el escrito de tutela y lo afirmado por la demandada en su escrito de contestación, la Sala estima que en el presente asunto debe determinarse inicialmente si para el caso se

² H. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente T-374.212. Acción de tutela instaurada por José David Pascuas contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

³ H. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente T-580526. Acción de tutela promovida por Gilberto Romero Atencio y Otros contra el municipio de Magangué, Bolívar.

⁴ Para la Corte Constitucional, “(...) el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario, ya que la tutela está reservada para enfrentarla absoluta inoperancia de los distintos mecanismos dispuestos para la protección de los derechos de las personas, no para suplirlos, pues de otra manera tendría que aceptarse que, más temprano que tarde, a acción de tutela perdería completamente su eficacia (...)” [Corte Constitucional, Sentencia T-364 del 10 de mayo de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.]

configura temeridad en la actuación del accionante. Si esa circunstancia no es así, es necesario establecer si se para el caso se cumple con el requisito de inmediatez en el ejercicio de la acción, para luego determinar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales invocados con la negativa de la entidad accionada a autorizar y realizar los exámenes médicos de retiro y definir la situación médico-laboral del actor.

Sobre la temeridad en el ejercicio del mecanismo constitucional de tutela, ha dicho la Corte⁵:

“Temeridad y carencia actual de objeto -reiteración jurisprudencial⁶-

10. En virtud de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, hay temeridad cuando sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, por lo cual se deberá rechazar o decidir desfavorablemente todas las solicitudes⁷. Así las cosas, la temeridad se configura al concurrir los siguientes elementos: (i) identidad de hechos; (ii) identidad de demandante, ya sea que actúe directamente o por medio de representante; (iii) identidad de sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción⁸. Así, se ha entendido que una actuación en tal sentido vulnera los principios de buena fe y cosa juzgada, al emplear irrazonablemente el mecanismo constitucional, en procura de una nueva decisión, a sabiendas de que el asunto ya fue decidido previamente.

*Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte también ha señalado, como en la **sentencia T-089 de 2007**⁹, que al materializarse los presupuestos de la temeridad, el juez de tutela tiene la posibilidad de declararla improcedente o negar el amparo, siempre y cuando el amparo: (i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se*

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-147/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 31 de marzo de 2016.

⁶ En aras de garantizar la eficacia y eficiencia de la administración de justicia, la Sala tomará como modelo, en lo concerniente las reglas sobre temeridad y hechos, lo consignado en las sentencia T-546 de 2014 y T-478 de 2015 proferidas por el despacho de la magistrada sustanciadora.

⁷ Decreto 2591 de 1991. Artículo 38. Actuación temeraria. “*Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes*”.

⁸ Ver, entre otras, sentencias C-155^a de 1993 y T-883 de 2001.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-089 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

instaura la acción; o (iv) se pretenda asaltar la buena fe de los administradores de justicia.

Ahora bien, cabe anotar que de la presentación de dos acciones de tutela por hechos similares, no se deduce inmediatamente la temeridad, pues para ello, debe demostrarse que existen iguales sujetos procesales, hechos, pretensiones y que no hay justificación alguna para la interposición de una nueva acción.

En ese sentido, con el fin de evitar injusticias y sobre la base de que la buena fe se presume en todas las actuaciones de los ciudadanos ante las autoridades públicas, la valoración de la temeridad debe ir más allá de los aspectos meramente formales, pues puede ocurrir que existan hechos o circunstancias nuevas que hagan procedente invocar un amparo adicional. Por lo tanto, el análisis de los presupuestos que configuran la temeridad debe realizarse en cada caso concreto, a partir, por supuesto, del mencionado principio de buena fe que ilumina las relaciones entre el ciudadano y la administración de justicia.” (Subraya la Sala).

A la luz del pronunciamiento jurisprudencial parcialmente transcrito, y de la temeridad que a voces de la accionada se configura en la actuación del solicitante de amparo, procederá esta Sala de Decisión a efectuar el análisis tendiente a determinar si para el caso concreto se configuran los elementos que dan lugar a la configuración de tal fenómeno jurídico.

Al respecto, según indica la accionada en su escrito de contestación a la demanda, se acusa al accionante de elevar las mismas pretensiones con los mismos fundamentos fácticos en dos trámites de tutela, el actual, y el que se adelantó ante el Tribunal Superior de Manizales, bajo radicado 2016-00259, del que fue aportada por el accionante copia de la sentencia proferida el 13 de julio de 2016 (fls. 70-75).

Así las cosas, procederá la Sala a efectuar un paralelo comparativo de los aspectos que permitirán establecer si para el caso, se configura temeridad en la actuación del solicitante de amparo:

	CASO BAJO ESTUDIO	TUTELA CON RADICADO 2016-00259
Partes	- Demandante: <u>Cristian Estiven Buitrago Serna</u> - Demandado: <u>Dirección de Sanidad del Ejército Nacional</u>	- Demandante: <u>Cristian Estiven Buitrago Serna</u> - Demandados: <u>Dirección de Sanidad del Ejército Nacional</u> , <u>Dirección de</u>

		Personal del Ejército Nacional y el Comando del Batallón de Infantería No. 22 Ayacucho.
Pretensiones	- Tutelar los derechos fundamentales al <u>debido proceso</u>, a la <u>seguridad social integral</u> y a la <u>igualdad</u>. - <u>Que se ordene a la accionada practicar los exámenes médicos de retiro, diligenciar la ficha médica unificada y autorizar la realización de la Junta Médico Laboral para la determinación de la pérdida de capacidad laboral.</u>	- Tutelar los derechos fundamentales al <u>debido proceso</u>, a la <u>seguridad social</u>, a la <u>igualdad</u> y de petición. - <u>Que se ordene a las accionadas practicar los exámenes médicos de retiro, diligenciar la ficha médica unificada y autorizar la realización de la Junta Médico Laboral para la determinación de la pérdida de capacidad laboral.</u> Que se expida copia de la Resolución de retiro n° 1896 del 1° de septiembre de 2012 y del acta de evaluación.
Fundamentos de hecho	Los mismos que los expuestos en la tutela 2016-00259, salvo en lo que tiene que ver con la respuesta a la petición presentada con fecha 18 de abril de 2016, que para la fecha de presentación de esa solicitud de tutela, no había obtenido respuesta.	Los mismos que los expuestos en la tutela que es ahora objeto de estudio, salvo en lo que tiene que ver con la respuesta a la petición presentada con fecha 18 de abril de 2016, que para la fecha de presentación de la solicitud de tutela con radicado 2016-00259, no había obtenido respuesta.

Conforme a lo expuesto, se tiene que en las dos solicitudes de tutela presentadas por el señor Buitrago Serna, tanto en la que es ahora objeto de estudio, como en la que fue tramitada ante el Tribunal Superior de Manizales, figura como demandada la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

De igual forma se tiene que las pretensiones de ambas solicitudes de amparo coinciden casi en su totalidad, pues se pide que se ordene la

práctica de los exámenes médicos de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la autorización para la realización de la Junta Médico Laboral para la determinación de la pérdida de capacidad laboral, variando únicamente la pretensión invocada en la tutela fallada por el Tribunal Superior referente a la tutela del derecho fundamental de petición. Además, los fundamentos de hecho de ambas solicitudes de tutela guardan identidad.

No obstante lo anterior, esto es, pese a coincidir en las dos tutelas la autoridad accionada, la causa petendi y las pretensiones invocadas, estima esta Sala de Decisión que existe una razón que justifica la interposición de la presente solicitud de amparo, la cual radica en la expedición por parte de la autoridad accionada de un acto administrativo¹⁰ por medio del cual se niega de plano la solicitud de realización de los exámenes de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la realización de la Junta Médico Laboral para la determinación de la pérdida de capacidad laboral.

Ahora, considera la Sala que contra el mencionado acto administrativo, que resolvió negativamente la solicitud del peticionario de amparo para la realización de sus exámenes médicos de retiro, no proceden recursos judiciales ordinarios, pues si así fuera se desnaturalizaría la razón de ser de dichos exámenes, cual es establecer el estado de salud del miembro retirado de las Fuerzas Militares. De esa manera lo consideró el Consejo de Estado, exponiendo¹¹:

“Por otra parte, la Sección precisa que existe una decisión de la administración que negó el reconocimiento del derecho a la valoración de la situación médico laboral del accionante, contenida en los Oficios Nos 20158450600341 del 13 de mayo del 2015 y 2494 del 11 de junio de la misma anualidad, que constituyen verdaderos actos administrativos de carácter definitivo en contra de los cuales la parte actora podía ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, pudiendo inclusive solicitar medidas cautelares, en los términos previstos en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ Oficio 20168450996081: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1-10 del 1º de agosto de 2016, expedido por la Oficial de Gestión Jurídica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con posterioridad a la orden de tutela proferida por el Tribunal Superior de Manizales, del 13 de julio de 2016.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE, Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01191-01(AC).

Sin embargo, tal mecanismo judicial no resulta idóneo y carece de efectividad en el caso concreto, por cuanto el medio de control de nulidad y restablecimiento resulta ser una carga desproporcionada para el accionante, dada su especial situación de vulnerabilidad y un desgaste innecesario para la administración de justicia.”

Sumado a lo anterior, no se evidencia en el presente asunto actitud amañada de la parte actora tendiente a obtener a toda costa el resultado que persigue con el ejercicio de la acción de amparo, en tanto fue el mismo actor quien en su escrito de tutela anunció que ya había sido ejercida otra acción de amparo y aportó como anexo el fallo que proferido en ese trámite.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el primer proceso de tutela mencionado, el Honorable Tribunal Superior solamente decidió estudiar lo relacionado con el derecho de petición y en modo alguno abordó el examen de fondo de las solicitudes presentadas por el actor y que ahora propone en esta nueva acción, relativas a la práctica del examen médico de retiro, el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la determinación de su pérdida de capacidad laboral, cuya negativa se encuentra precisamente contenida en la mencionada respuesta.

Descartada entonces la configuración para el presente caso de temeridad en la actuación de la parte actora, procederá esta Sala a determinar si procede la tutela de los derechos invocados como vulnerados.

Inmediatez en la interposición de esta acción de tutela

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que *“el transcurso del tiempo influye en la determinación de la procedencia de la acción de tutela porque establece la inminencia del peligro al que está sometido el tutelante o define la actualidad de la vulneración del derecho fundamental invocado”*¹².

En el presente asunto se observa que pese a que el peticionario de amparo fue retirado del servicio mediante Orden Administrativa de fecha 1º de septiembre de 2012, el lapso transcurrido entre ese evento y la presentación de esta solicitud de tutela, no resulta imputable al actor, como quiera que éste ha solicitado verbalmente y por escrito a la entidad competente la realización del examen de retiro. Sobre el tema la sentencia T-654 de 2006¹³, al respecto dijo:

¹² Sentencia T-948 de 2006.

¹³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“...la falta de inmediatez no puede convertirse en excusa para dejar de amparar derechos constitucionales fundamentales pues se estaría desconociendo de manera seria y grave su derecho da (sic) acceder a la administración de justicia. En otros términos: si a partir de las circunstancias del caso concreto se deriva que la víctima de violación de derechos constitucionales fundamentales – por motivos ajenos a su voluntad – no se encontraba en situación de poder solicitar la protección de los derechos y, en este mismo orden de ideas, se veía impedida para acceder a la justicia y defender los derecho que le fueron desconocidos, debe poder tener acceso al mecanismo ágil de la tutela sin que se pueda alegar como excusa que dejó transcurrir demasiado tiempo entre el momento en que se presentó la vulneración o la amenaza de vulneración y el instante en que puedo (sic) solicitar el amparo.”¹⁴ (Subrayas fuera de texto).

Sobre la práctica de los exámenes de retiro

Sobre la práctica de los exámenes médicos de retiro al personal de las Fuerzas Militares, el Consejo de Estado ha dicho¹⁵:

“5.3.2. Derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral

Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶ se presenta vulneración de los derechos fundamentales cuando se niega o se dilata en el tiempo la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, en tanto resulta ser una obligación a cargo de la institución castrense¹⁷ y en favor del personal subordinado

¹⁴ Sentencia T-654 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE, Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01191-01(AC).

¹⁶ Cita de cita: Corte Constitucional, Sentencia T- 696 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia la Corte consideró que “... la vulneración de los derechos fundamentales por la negación del derecho a la valoración no sólo ocurre cuando ésta se niega, sino cuando no se práctica a tiempo, complicando en algunos casos la situación del afectado. En ambas situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión. Y en caso de los miembros de las fuerzas militares, según jurisprudencia reiterada se puede vulnerar también este derecho cuando no se realiza una nueva valoración con el fin de actualizar el porcentaje de disminución, en el caso de patologías de desmejora progresiva en la salud”.

¹⁷ Cita de cita: Este tema se encuentra reglamentado actualmente en el Decreto Ley 1796 del 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sico-física y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley”, en virtud del cual

perteneciente a ella, la cual es exigible en cualquier tiempo, por lo que se considera imprescriptible, de conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las providencias que se analizan a continuación.

Sobre este tema la Corte Constitucional, en sentencia T-020 de 2008, en la que se reitera la posición asumida en la T-948 de 2006, que la Sala tiene como criterio de interpretación para el caso concreto, consideró:

“El examen cuando se produce el retiro es obligatorio como lo dice expresamente la norma citada. Las Instituciones Militares no pueden exonerarse de esta obligación argumentando que el retiro fue voluntario. Igualmente, si no se hace el examen de retiro no es posible alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo. La omisión del deber de realizar el examen impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba servicio a las Fuerzas Militares.

Por tanto, si no se le realiza el examen de retiro esta obligación subsiste por lo cual debe practicarse dicho examen cuando lo solicite el ex-integrante de las Fuerzas Militares. **Por otra parte, las Fuerzas Militares deben asumir las consecuencias que se derivan de la no práctica del examen médico de retiro.**” (Negrillas incluidas en el texto, subraya la Sala).

Examen del caso concreto

Conforme a lo anterior, se tiene que con la negativa injustificada por parte de la entidad accionada respecto de la práctica del examen de retiro al señor Buitrago Serna, se está vulnerando su derecho a la seguridad social, en tanto se encuentra establecido que la realización de tales exámenes es una obligación de la autoridad militar. En tal sentido, se dispondrá la práctica del examen médico de retiro del señor Buitrago Serna, así como la definición de la situación médico laboral del mismo, a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Para la notificación de esta providencia, dando aplicación a lo dispuesto por los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991, se dispondrá enviar sendos

“Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.”

telegramas a las partes; en ellos se consignará la información necesaria al respecto.

Igualmente, si dentro del término señalado por el artículo 31 ibídem, no hubiere impugnación de este fallo, se ordenará remitir la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo consagrado en el artículo 32 del referido decreto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. TUTÉLASE el derecho a la seguridad social del cual es titular el señor Cristian Estiven Buitrago Serna contra la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

Segundo. ORDÉNASE al Director de Sanidad del Ejército Nacional que dentro del término improrrogable y perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a autorizar la realización de los exámenes médicos de retiro y a definir la situación médico laboral del señor Cristian Estiven Buitrago Serna. Dichos procedimientos deberán ser realizados dentro del MES siguiente a la expedición de la autorización respectiva.

Tercero. La presente providencia es susceptible de impugnación, que deberá ser formulada dentro de los tres días siguientes a su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. NOTIFÍQUESE la presente providencia por el medio más eficaz o en la forma señalada en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992.

Quinto. Si el presente fallo no es impugnado, **ENVÍESE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Sexto. **HÁGANSE** las anotaciones correspondientes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA