El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto Acción de tutela – Segunda instancia

Origen Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras

Accionante Jhony Esteban García González

Accionado Ejército Nacional

Vinculados Oficina de Gestión de Medicina Laboral de la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército

Director del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 8 “San Mateo”

Radicado 66001312100120231000201

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / REALIZACIÓN DE JUNTA MÉDICA LABORAL MILITAR / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / PRINCIPIO DE INMEDIATEZ / VULNERACIÓN CONTINUADA DEL DERECHO.**

… la queja constitucional se plantea contra la demandada por su negativa a convocar a junta médica laboral para calificar la capacidad psicofísica del demandante. Frente a esa situación, la primera instancia, consideró que, al haberse producido el acto de retiro del servicio militar en el año 2018, se encuentra insatisfecho el presupuesto de la inmediatez…

… se advierte que si a la fecha no se ha llevado a cabo la junta médica laboral, tal como lo alega el actor, se concluye que se acudió en forma oportuna a la solicitud de amparo (inmediatez).

En ese sentido, la Sala discrepa del argumento utilizado por la primera instancia para concluir la insatisfacción del aludido presupuesto y que se concreta en que si el retiro del actor de las fuerzas militares se produjo en el 2018, no actuó con la urgencia necesaria para salvaguardar sus derechos, toda vez que en el presente asunto se trata de una vulneración continuada del derecho a la seguridad social…

… es menester precisar que el actor no controvierte el resultado de la pérdida de capacidad laboral… ni reclama se le reconozca una pensión de invalidez… Lo que en realidad controvierte es la no realización de los exámenes de retiro y posterior convocatoria de la junta médica laboral.

En esas condiciones, considera esta instancia que resulta desproporcionado obligar al accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción para reclamar simplemente su derecho a la práctica de la valoración a cargo de la demandada sin dilaciones de ninguna clase…

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, que regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública, la Junta Médico-Laboral será convocada, entre otros casos, cuando se establezcan lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral…

… en este caso se presentan causales legales para llevar a cabo la junta médica laboral, sin que hasta la fecha se haya procedido a ello…

… la entidad convocada, al no surtir los trámites de rigor para resolver la situación médico laboral del actor, causa notoria lesión al derecho a la seguridad social, toda vez que esa indefinición repercute en la posibilidad de definir si tiene derecho o no de acceder a la pensión de invalidez, máxime si se tiene en cuenta que el citado señor es paciente de enfermedades graves…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Sentencia ST2-0060-2023

Acta número 095 de 03-03-2023

**Tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación formulada por la parte actora, contra la sentencia proferida el 19 de enero de 2023 dentro de la acción de tutela de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.** Del escrito de tutela se advierte que el accionante prestó servicio militar dentro del periodo comprendido entre el 08 de febrero de 2017 al 03 de febrero de 2018 y que al momento de su incorporación gozaba de plena salud, motivo por el cual fue declarado completamente apto para su ingreso a filas, sin embargo cuando culminó su servicio padecía daños en riñón, enfermedad por la cual fue tratado por sanidad militar, mientras duró el acuartelamiento, luego de lo cual se suspendieron tales prestaciones médicas.

Tampoco se le ha garantizado el acceso a Junta Médica Laboral, para establecer el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica. Explicó que, aunque se procedió a formular solicitud de convocatoria de esa Junta, la respuesta fue negativa, con fundamento en un supuesto abandono del tratamiento, situación que de modo alguno puede constituir obstáculo para iniciar aquel trámite, ya que es obligación de la demandada adelantarlo.

Finalmente se dijo que el accionante es una persona de escasos recursos, se encuentra impedido para trabajar y depende de “de lo poco que le pueden dar sus padres”. Así mismo, que debido a su cuadro clínico se encuentra en manejo de diálisis.

Para obtener la protección a sus derechos a la igualdad, seguridad social y salud, se solicita ordenar a la demandada practicar exámenes de retiro y convocar a Junta Médica Laboral[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 11 de enero de esta anualidad el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

La entidad demandada guardó silencio.

**3. Sentencia impugnada:** En fallo del 19 de enero último, el juzgado de primera instancia declaró la improcedencia del amparo invocado tras considerar que se incumple el presupuesto de la inmediatez ya que desde el 03 de febrero de 2018 se dispuso el retiro del accionante del servicio militar. Así mismo, a pesar de que existe constancia de las enfermedades que padece, también está acreditado que el citado señor se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud a través de Asmet Salud EPS[[2]](#footnote-3).

**4. Impugnación:** La parte actora alegó que el juzgado de primer nivel omitió analizar el fondo del asunto pese a que se trata de un caso que involucra a un sujeto de especial protección, toda vez que el accionante sufre enfermedades particularmente graves, y por ende se le debe garantizar un estudio flexible de los requisitos de procedencia del amparo[[3]](#footnote-4).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso concreto la queja constitucional se plantea contra la demandada por su negativa a convocar a junta médica laboral para calificar la capacidad psicofísica del demandante. Frente a esa situación, la primera instancia, consideró que, al haberse producido el acto de retiro del servicio militar en el año 2018, se encuentra insatisfecho el presupuesto de la inmediatez. El actor alegó que reúne la calidad de persona de especial protección y en tal medida se puede hacer un análisis más laxo de tal requisito de procedencia.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico consiste en determinar si el amparo resulta o no procedente para resolver el debate planteado y, en caso positivo, si la entidad demandada incurrió en lesión de los derechos del actor.

**3.** El señor Jhony Esteban García González está legitimado en la causa por activa, al ser la persona que, en su condición de licenciado del servicio militar por tiempo cumplido, alega tener derecho a la práctica de junta médica laboral. También está legitimado por pasiva, el Director del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 8 “San Mateo”, como autoridad competente de realizar los trámites para la convocatoria a dicha Junta, tal como lo ha determinado esta Sala en asuntos similares[[4]](#footnote-5), de modo que el encargado de la Oficina de Gestión de Medicina Laboral de la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército, que también fue vinculado al trámite, carece de tal atribución, luego el amparo resulta improcedente en su contra.

**4.** En punto del análisis de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, se advierte que si a la fecha no se ha llevado a cabo la junta médica laboral, tal como lo alega el actor, se concluye que se acudió en forma oportuna a la solicitud de amparo (inmediatez).

En ese sentido, la Sala discrepa del argumento utilizado por la primera instancia para concluir la insatisfacción del aludido presupuesto y que se concreta en que si el retiro del actor de las fuerzas militares se produjo en el 2018, no actuó con la urgencia necesaria para salvaguardar sus derechos, toda vez que en el presente asunto se trata de una vulneración continuada del derecho a la seguridad social pues los efectos de la falta de definición del estado médico laboral del actor, se mantienen desde aquella fecha hasta la actualidad.

A lo anterior se puede sumar que el demandante presenta un cuadro médico complejo, ya que su historia clínica demuestra que desde el año 2017 fue diagnosticado con síndrome nefrótico y episodios depresivos, y en la actualidad padece de enfermedad renal crónica, hipertensión, infección local de piel y falla de trasplante de riñón, entre otros padecimientos[[5]](#footnote-6), enfermedades particularmente graves, que permiten flexibilizar aquel requisito[[6]](#footnote-7), tal como acertadamente lo alega la parte actora en su impugnación.

Respecto a la subsidiariedad, es menester precisar que el actor no controvierte el resultado de la pérdida de capacidad laboral (PCL), que aún no se le ha determinado, ni reclama se le reconozca una pensión de invalidez, sobre la cual apenas le asiste alguna expectativa. Lo que en realidad controvierte es la no realización de los exámenes de retiro y posterior convocatoria de la junta médica laboral.

En esas condiciones, considera esta instancia que resulta desproporcionado obligar al accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción para reclamar simplemente su derecho a la práctica de la valoración a cargo de la demandada sin dilaciones de ninguna clase, y luego, si es el caso, iniciar otro proceso ordinario contra la calificación que se le otorgue, o para definir si le asiste derecho a ser beneficiario de alguna prestación económica derivada de su situación médica laboral, todo lo cual implicaría un retardo injustificado frente a una persona que precisamente solicita la calificación por considerar que su estado de salud le genera su condición incapacitante para ejercer su fuerza de trabajo.

**5.** Satisfechos tales presupuestos, la Colegiatura procede a definir el fondo del asunto. Con ese norte, se recuerda que las quejas del actor guardan relación, principalmente, con la decisión de negar la convocatoria a junta médica laboral, previa realización de los exámenes de retiro correspondientes.

**6.** De conformidad con el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, que regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública, la Junta Médico-Laboral será convocada, entre otros casos, cuando se establezcan lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral, existan patologías que así lo ameriten o por solicitud del afectado.

En este caso, existe prueba de que el demandante contrajo o al menos le fueron diagnosticados varios padecimientos, en la época en que prestó su servicio militar.

En efecto, según concepto médico del 13 de noviembre de 2017, momento para el cual se encontraba “PRESTANDO SERVICIO MILITAR HACE 10 MESES EN EL BATALLON (sic) SAN MATEO”, el actor estuvo hospitalizado en sendas ocasiones en el último año por síndrome nefrótico[[7]](#footnote-8). Como antecedentes de esa enfermedad se señaló que, desde aproximadamente agosto de ese mismo año, presentó edemas generalizados progresivos con un rango nefrótico que condujo a la necesidad de practicar biopsia renal[[8]](#footnote-9). De igual forma, para esa época se describen trastornos de adaptación, episodios depresivos e ideas suicidas[[9]](#footnote-10).

Surge con claridad de lo anterior que las citadas enfermedades se presentaron o tuvieron un periodo de evolución coetáneo al tiempo en que el actor permaneció acuartelado, cuyo inicio tuvo lugar el 08 de febrero de 2017 y su terminación, por tiempo cumplido, el 03 de febrero de 2018, tal como se describe en el acto de retiro suscrito por el comando de personal del Ejército Nacional[[10]](#footnote-11).

Es decir que en este caso se presentan causales legales para llevar a cabo la junta médica laboral, sin que hasta la fecha se haya procedido a ello, prueba de lo cual fue la respuesta brindada por la demandada en la que negó la solicitud de convocatoria a ese órgano técnico, elevada por el accionante, en razón a que “ha transcurrido más de cuatro (4) años desde la fecha de retiro sin que el señor SLBr JHONY ESTEBAN GARCIA (sic) GONZALEZ (sic) procediera a entregar el acta de evacuación para establecer la viabilidad de la Junta y sin que haya iniciado las actuaciones tendientes a definir la situación Medico (sic) Laboral, en consecuencia, se el informa que según lo reglado en el Decreto 1796 del año 2000, el término para la práctica de los exámenes de retiro es de dos (2) meses siguientes al acto administrativo que procede la novedad”. Agregó que el interesado debe asumir las cargas respectivas del trámite, de lo contrario, no existe causal justa para la realización de la junta médico laboral[[11]](#footnote-12).

**7.** La Sala no comparte ese argumento por las siguientes razones:

**7.1.** Al expediente no se allegó prueba alguna sobre la realización de los exámenes de retiro, obligación de ineludible cumplimiento para el Ejército Nacional cuando se presenta la correspondiente novedad, sin que el hecho de haber transcurrido más de cuatro años desde ese momento, como lo dice la demandada, justifique su falta de práctica, toda vez que según lo ha señalado la jurisprudencia: *“… esta Corporación ha indicado que no es constitucionalmente admisible la omisión respecto de su realización, ni siquiera bajo el argumento de que la desvinculación del individuo fue voluntaria, pues se trata de una obligación cierta y definida a cargo del Cuerpo Oficial y una garantía en favor de todo el personal en situación de retiro. No existe una previsión específica que establezca que el examen médico de egreso se encuentra sujeto a un término de prescripción, tal como se deriva de una interpretación objetiva del artículo 8 del Decreto 1796 de 2000.”* C.C. Sentencia T-009 de 2020.

Quiere decir lo anterior que a falta de prueba sobre la práctica de aquellos exámenes de retiro, circunstancia que, al no haberse emitido pronunciamiento alguno por la accionada, a pesar que la realización de tales valoraciones constituye una de las pretensiones de la demanda, se debe presumir como cierta (artículo 20 del Decreto 2591 de 1991), se infiere que la citada entidad incurrió en desconocimiento de sus deberes para con el soldado retirado, porque, además, no resulta válido imponer un plazo de vencimiento para llevar a cabo tales exámenes.

**7.2.** En relación con la supuesta negligencia en la que incurrió el actor al no haber dado inicio a las gestiones para definir su situación médico laboral, se evidencia, primero que, según se dijo con antelación, si en este caso el escollo del trámite se presentaba por la inexistencia de exámenes médicos de retiro, el demandante no puede verse perjudicado por ello, cuando ha quedado demostrado que esa es carga primordial de la entidad demandada.

Segundo, las pruebas allegadas reflejan que sí se dio apertura al proceso de calificación de la invalidez del accionante, al punto de que luego de su desacuartelamiento, se llevaron a cabo exámenes de audiometría (15 de junio de 2018 en adelante[[12]](#footnote-13)) incluso el 11 de junio de 2019 se realizó solicitud de concepto médico por nefrología[[13]](#footnote-14), todo ello con miras a establecer su aptitud psicofísica.

Tercero, aunque se desconocen los motivos por los cuales ese procedimiento de calificación se interrumpió, no es posible endilgar desidia alguna al actor, ya que prueba sobre el particular dejó de aportarse. Nótese que para poder establecer un supuesto abandono del trámite se debían entregar elementos de juicio valederos, como por ejemplo constancias de cancelaciones de citas programadas o requerimientos desatendidos, todo lo cual bien pudo haber procedido a aportar la demandada al momento de descorrer el traslado de la demanda, pero, en ambas instancias ningún pronunciamiento se realizó sobre el particular.

**8**. Luego, la entidad convocada, al no surtir los trámites de rigor para resolver la situación médico laboral del actor, causa notoria lesión al derecho a la seguridad social, toda vez que esa indefinición repercute en la posibilidad de definir si tiene derecho o no de acceder a la pensión de invalidez, máxime si se tiene en cuenta que el citado señor es paciente de enfermedades graves, como lo son enfermedad renal crónica y falla de trasplante de riñón, y se encuentra en tratamiento de diálisis trimestral, luego su atención en servicios como la seguridad social en general, merecen el más alto nivel de acompañamiento y cuidado.

En asunto resuelto por este Tribunal, se enjuició cuestión que presenta similares matices al presente, así:

*“Este derecho también es garantizado a los miembros de la Fuerza Pública, quienes, para ese efecto, cuentan con un régimen especial de afiliación y, la calificación de pérdida de la capacidad laboral se encuentra regulada por el decreto 1796 de 2000. Sobre este procedimiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, cuando algún miembro de la Fuerza Pública sufre una lesión o es diagnosticado con alguna enfermedad, les corresponde a las Juntas Médico Laborales Militares y de Policía, la determinación de la capacidad psicofísica del afectado.*

*Así, la normativa en comento dispone que, la convocatoria a una junta médico laboral militar o de policía se hará cuando: (i) en la práctica de un examen de capacidad psicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral. (ii) exista un informe administrativo por lesiones. (iii) la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total. (iv) existan patologías que así lo ameriten y (v) por solicitud del afectado (art. 18 decreto 1796 de 2000).*

*...*

*Empero, en el caso que nos convoca, salta a la vista que, el accionante no cuenta con ningún dictamen de este tipo, pues así lo expone el apoderado de la esposa del accionante y sobre ello, la Policía Nacional no allegó documento alguno que permita refutar lo señalado...*

*Todo lo expuesto hasta ahora nos permite colegir que, los derechos fundamentales del señor Mora Morales se encuentran afectados, si tenemos en cuenta que la Policía Nacional no realizó ningún dictamen que permitiera determinar su estado de salud con posterioridad al suceso violento que sufrió, el 25 de octubre de 2001 y, tampoco se ha realizado el examen de retiro de la Policía que, permitiría establecer las condiciones en las cuales el uniformado se reintegra a la vida civil.*

*En este caso, no se demostró por la entidad accionada, situación alguna que permitiera comprender el porqué de la no realización de los dictámenes ya señalados, pues sus respuestas resultaron ser totalmente vagas e indicaron que, no se tiene constancia de la realización de dicho examen; cuando ello, de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia en la materia, constituye una obligación para la autoridad Militar o de Policía. Obligación que, no puede obviarse indicando que no se tiene constancia si se realizó o no dicho dictamen.”* (Sentencia de tutela del 09 de septiembre de 2022, radicado: 66001-3118-001-2022-00059-01, Sala de Decisión para Adolescentes Sala No. 004. M.P. Julián Rivera Loaiza).

**10.** En este estado de cosas, se impone la revocatoria del fallo de primera instancia, en cuanto se refiere al amparo al derecho a la seguridad social, se concederá su protección y se ordenará a la demandada, por intermedio del Director del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 8 “San Mateo”, si aún no lo hubiere hecho, realizar todos los trámites necesarios para convocar a la Junta Médico Laboral Militar que defina la situación médico laboral del accionante.

Adicionalmente, como ya se había tenido la oportunidad de señalarse, el amparo frente a las demás autoridades vinculadas será declarado improcedente, al ser aquel, se reitera, el competente para adelantar el trámite respectivo.

**11.** Para finalizar, la Sala no ve necesario añadir pronunciamiento de fondo alguno sobre la salvaguarda al derecho a la salud, pues aunque en estos casos lo procedente es ordenar la reafiliación del personal retirado de las Fuerzas Militares para que tenga acceso a los servicios médicos que requiera, lo cierto es que aquí aunque se alegó en los hechos de la demanda la desvinculación de ese sistema exceptuado de salud, las pretensiones concretas se dirigen a la definición de aquel trámite médico laboral y no como tal a la prestación del alguna atención en salud, que, valga la pena anotarlo, tampoco se evidencia alguna falla sobre su suministro por parte de la EPS en que se encuentra afiliado en la actualidad.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Se REVOCA la sentencia impugnada, de fecha y procedencia ya indicadas, en su lugar, se concede el amparo al derecho a la seguridad social del actor y en consecuencia se ordena al Director del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 8 “San Mateo”, si aún no lo hubiere hecho, realizar todos los trámites necesarios para convocar a la Junta Médico Laboral Militar en este caso, para lo cual se le concede el término de diez días, plazo contado desde la notificación que de esta providencia se le haga.

Se declara improcedente el amparo frente al Oficina de Gestión de Medicina Laboral de la Dirección Nacional de Sanidad del Ejército.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Con salvamento de voto

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

1. Archivo 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 18 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Documento 07 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sentencia: ST2-0404-2022 del 10 de noviembre de 2022 [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 04 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Sobre esa posibilidad, la Corte Constitucional, en caso similar al propuesto, señaló como circunstancia para tener por superado el presupuesto de la inmediatez que: “En este sentido, la diligencia para presentar la solicitud de amparo no puede evaluarse con el mismo rigor que en otros casos, en los cuales los solicitantes no presentan este tipo de condiciones médicas. Lo anterior, dado que la Corte ha destacado que las personas con VIH son sujetos de especial protección constitucional, debido a la discriminación histórica que han padecido, así como por la gravedad de esta condición clínica, “que los expone a un riesgo permanente para su vida” y los pone en circunstancias de debilidad manifiesta, por el deterioro progresivo de su estado de salud”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Folio 16 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
8. Folio 31 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)
9. Folio 24 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-10)
10. Archivo 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-11)
11. Folios 03 y 04 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-12)
12. Folios 06 a 10 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-13)
13. Folio 38 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-14)