

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP1073-2018

Radicación n°. 96127

Acta 23

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por ABRAHAN DE JESÚS MELGUIZO TÉLLEZ¹, frente al fallo proferido el 22 de noviembre de 2017 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, mediante el cual negó el amparo invocado en la demanda formulada contra la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL y la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, trámite al que se vinculó a la DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL y a la JUNTA MÉDICO LABORAL DE YOPAL (CASANARE).

ANTECEDENTES

El señor ABRAHAN DE JESÚS MELGUIZO TÉLLEZ acudió a la acción de tutela en procura del amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, trabajo, salud y debido proceso.

Para el efecto argumentó que en abril de 2010, fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular y en noviembre de 2011 se le presentó la oportunidad de incorporarse como

soldado profesional, grado que obtuvo en enero de 2012.

Refirió que fue asignado al batallón de combate terrestre de la Brigada Móvil 34 de Arauca y trasladado al área de combate con el equipo de dotación y armamento cuyo peso ascendía a seis (6) arrobas, labor que con el paso del tiempo le produjo dolor en la cintura que desencadenó en una lesión en la columna vertebral, sin que fuera reubicado.

Adujo que en julio de 2015 sufrió una caída, lo que empeoró su dolencia lumbar y debía obtener ayuda de sus compañeros para los desplazamientos, pero solo fue remitido al dispensario médico de Arauca, debido a que unos compañeros salieron heridos en combate.

Agregó que estuvo incapacitado por treinta (30) días y fue remitido a Bogotá, en donde le realizaron una resonancia magnética en la que se determinó que presentaba dos hernias discales ubicadas en las vértebras L4 y L5, las cuales no son operables y únicamente debe tomar medicamentos para el dolor y evitar aumentar de peso y levantar cargas superiores a 10 kilogramos, ni realizar actividades deportivas.

Manifestó que solicitó el retiro voluntario, por lo que el 22 de agosto de 2016 se le practicó la Junta Médico Laboral en Yopal, en la que se le dictaminó disminución de la capacidad laboral del 12.50% y fue declarado no apto sin reubicación laboral, determinación que no se ajusta a la realidad, pues las lesiones se ocasionaron con el paso del tiempo y no por la caída que sufrió, a lo que se suma que el porcentaje de discapacidad debió ser superior en atención a las enfermedades que lo aquejan.

De otro lado, señaló que debió asumir los servicios médicos y el Ejército Nacional sólo le reconoció \$10.540.000 por concepto de liquidación y cesantías por haber pertenecido a la institución 6 años y 7 meses, a lo que se suma que es padre cabeza de familia y no puede trabajar.

Con fundamento en lo anterior, impetró el amparo de los derechos antes invocados y en consecuencia, que se ordenara a las accionadas anular la Junta Médico Laboral, se le realizara una nueva valoración médica, se le prestaran los servicios médicos que requiere y se le cancelara la indemnización a que tiene derecho.

EL FALLO IMPUGNADO

El A quo negó el amparo invocado, al considerar que no se cumple el requisito de la subsidiariedad, pues podía acudir al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y solicitar la revisión de la Junta Médico Laboral, sin que hubiera procedido a ello.

Adicionalmente, tiene la posibilidad de solicitar una nueva valoración por parte de la Junta Médico Laboral, en el evento de que acredite la progresión negativa de las patologías que lo aquejan.

LA IMPUGNACIÓN

Fue instaurada por el accionante, quien reiteró que las lesiones no fueron causadas por una caída sino por el desgaste natural ocasionado por el peso que debía cargar en su espalda, a lo que se suma que está «a punto de quedar inválido», no cuenta con servicios de salud, es padre cabeza de familia y tiene a cargo a su progenitora, que pertenece a la tercera edad².

Reiteró los argumentos y pretensiones señalados en la demanda inicial e indicó que acudió a la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable, pues tiene derecho a una nueva valoración para solicitar la pensión por incapacidad laboral. Por lo tanto, pidió la revocatoria del fallo impugnado y en su lugar que se conceda la protección invocada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1069 de 2015³, la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

1. Sobre el debido proceso administrativo.

El canon 29 de la Constitución establece el debido proceso como una garantía fundamental de quienes intervienen en actuaciones tanto judiciales como administrativas. Además, ordena su observancia a la Administración, siempre respetando las formas previamente definidas por el ordenamiento jurídico y los principios de contradicción e imparcialidad, con la garantía de que las decisiones se emitan con acatamiento de las etapas y los procedimientos señalados en las disposiciones pertinentes, para que sus actos no resulten en contravía de éstas, ni del ordenamiento superior (en ese sentido, puede consultarse la sentencia CSJ STP, 08 Ago. 2012, Rad. 61485, entre otras).

Del mismo modo, en decisión T-571 de 2005, dijo la Corte Constitucional que:

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que la administración al adelantar una actuación o al expedir un acto propio de esta naturaleza, desconozca alguno de los procedimientos establecidos y con ello vulnere el debido proceso. Para esta clase de situaciones, el ordenamiento jurídico ha previsto medios ordinarios de defensa para atacar esas decisiones y restablecer los derechos que hayan sido afectados, de lo cual se deriva la subsidiariedad de la acción de amparo en cuanto a las actuaciones de la administración se refiere. La competencia del juez de tutela se limita, en esos casos, al examen y verificación del acto por el cual se presume, son violadas o amenazadas las garantías superiores.

Así, cuando el demandante en tutela cuenta con medios ordinarios de defensa o no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debe declararse improcedente el amparo constitucional, atendiendo al carácter residual de la acción de tutela.

2. Análisis del caso concreto.

En el presente evento, ABRAHAN DE JESÚS MELGUIZO TÉLLEZ cuestiona por vía de tutela el resultado de la Junta Médico Laboral practicada el 22 de agosto de 2016, en la que se determinó una pérdida de la capacidad laboral del 12.50%⁴, pues considera que el porcentaje debe ser superior.

Al respecto, la Corte considera, acorde con lo señalado por la primera instancia, que si el actor no se encontraba conforme con las conclusiones de la Junta Médico Laboral, podía solicitar la convocatoria al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a efecto de que dicha instancia verificara si era procedente el aumento de la pérdida de la capacidad laboral.

Dicha convocatoria se le informó al accionante al momento de notificarse del resultado de la Junta Médico Laboral, -24 de agosto de 2016-, sin que hubiera hecho uso del aludido mecanismo de defensa.

Adicionalmente, advierte la Sala que MELGUIZO TÉLLEZ también podía acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela

la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵, el cual no fue acreditado en este evento, pues el accionante se limitó a señalar que el hecho de haberse emitido decisión contraria a sus intereses lo perjudicó.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por ABRAHAN DE JESÚS MELGUIZO TÉLLEZ era el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 1796 de 20006, quien previa demanda –si lo estima pertinente– podía decretar la nulidad de la decisión confutada y reestablecer su derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 20117, actuación en la que era viable el decreto de medidas cautelares⁸, respecto de las cuales ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente:

En materia de la efectividad del amparo que pueda conceder el decreto de una medida cautelar al interior de un proceso contencioso administrativo, es importante resaltar que el artículo 234 establece las medidas cautelares de urgencia, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

A partir de la normatividad expuesta, es posible concluir que las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art. 86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran

los elementos que demuestran la existencia del perjuicio irremediable. (CC T-733/14).

Entonces, se le advierte al demandante que la acción constitucional no se encuentra instituida para curar la omisión o incuria en que ha incurrido al no acudir a los mecanismos de defensa con los que contaba, lo que da al traste con su pretensión impugnatoria.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones ajenas que no le están permitidas conocer frente a la legalidad de la cuestionada Junta Médico Laboral; pues era ante el juez natural, donde el demandante podía plantear su inconformidad, expresar las razones de su desacuerdo frente a la decisión emitida por la autoridad de sanidad y ejercer su derecho de contradicción a través de los recursos de ley.

En ese orden, lo que se pretende es reabrir un debate en torno a la calificación médico laboral obtenida inicialmente, por lo que no es procedente el amparo invocado.

Adicionalmente, acorde con lo señalado por el A quo, el actor puede acudir a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y solicitar una nueva valoración médica, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, criterio que ha sido acogido por esta Sala de Decisión⁹, en cuanto se requiere que:

(i) exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro.

De conformidad con lo explicado en cuanto al carácter irrevocable de los dictámenes del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, debe mediar la consideración del tipo de patología y su potencialidad de empeoramiento progresivo, mucho más cuando ésta

ha tenido como origen un hecho propio del servicio. (Subraya fuera de texto). CC T- 590 de 2014.

Sobre el particular, el actor no señaló haber acudido a las demandadas con tal propósito ni allegó a la actuación exámenes médicos realizados con posterioridad a la realización de la Junta Médica Laboral, que permitan determinar que su patología es de carácter progresivo.

Así mismo, no se advierte la afectación de los derechos a la vida, salud y seguridad social, pues MELGUIZO TÉLLEZ se encuentra afiliado a Coomeva EPS en calidad de cotizante¹⁰, entidad que le debe suministrar los servicios médicos que requiera.

Finalmente, en relación con el pago de la indemnización a que indicó tener derecho el accionante, se tiene que se trata de una pretensión de carácter meramente económico sin afectación aparente a los derechos fundamentales del actor, -indemnización por disminución de la capacidad laboral-, respecto de la cual, se le recuerda que «[l]as controversias por elementos puramente económicos, que dependen de la aplicación al caso concreto de las normas legales -no constitucionales- reguladoras de la materia, exceden ampliamente el campo propio de la acción de tutela, cuyo único objeto, por mandato del artículo 86 de la Constitución y según consolidada jurisprudencia de esta Corte, radica en la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos constitucionales fundamentales, ante actos u omisiones que los vulneren o amenacen»¹¹.

Por lo tanto, tampoco es procedente el amparo en dicho aspecto, máxime que ABRAHAN DE JESÚS MELGUIZO TÉLLEZ no manifestó haber acudido a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con el objeto de solicitar el pago de dicha indemnización.

Así las cosas, se confirmará la negativa del amparo invocado, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL -

SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 De acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía n°. 1.033.733.565, obrante a folio 8 del cuaderno de primera instancia.

2 Folio 93 y ss del cuaderno de primera instancia.

3 Si bien esa disposición fue modificada mediante Decreto 1983 de 2017, en lo que se refiere a las reglas de reparto de la acción de tutela, se precisó en el artículo 3º de la novedosa normatividad que solo será aplicable «a las solicitudes de

tutela que se presenten con posterioridad al 30 de noviembre de 2017. Las solicitudes de tutela presentadas con anterioridad a esta fecha serán resueltas por el juez a quien hubieren sido repartidas, así como la impugnación de sus fallos».

4 Cuya acta obra a folio 16 y ss del cuaderno de primera instancia.

5 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional «(...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados».

6 «Artículo 22. Irrevocabilidad. 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». (Subraya fuera de texto).

7 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8 «Artículo 230. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un

procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. 3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer».

9 CSJ STP, 6 nov. 2013, rad. 70281, CSJ STP, 22 jul. 2014, rad. 74629 y CSJ STP 7006, 24 Nov. 2015, rad. 82858, entre otras.

10 Folio 3 del cuaderno de la Corte.

11 C.C. T-114/2013.