



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, cuatro (4) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

ACCIÓN:	TUTELA.
ACCIONANTE:	LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ ROMERO.
ACCIONADO:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS
RADICADO:	70-001-23-33-000-2016-00269-00
INSTANCIA:	PRIMERA.

ASUNTO A DECIDIR.

Procede el Tribunal, a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor **LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ ROMERO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales de petición y debido proceso.

I. ANTECEDENTES.

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA.

El señor **LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ ROMERO**, formula acción de tutela, invocando la protección de sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso, los cuales estima vulnerados por el ente accionado. En amparo constitucional de sus derechos, **PRETENDE** que se le protejan los derechos invocados y como consecuencia se le ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO-BATALLÓN DE INFANTERÍA No. 27 DEL MAGDALENA**, que basados en la ficha médica unificada debidamente diligenciada de fecha 21 de agosto de 2015 y exámenes de laboratorio se le realicen los exámenes de retiro de conformidad con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000.

Como **fundamentos fácticos** expresa que el día 04 de junio de 2015, presentó retiro al servicio activo de las Fuerzas Militares-Ejército Nacional –Batallón de Infantería de Marina No. 27 -Magdalena.

Expone el actor que, el día 21 de julio de 2015 recibió la orden administrativa de personal No 1810 de retiro de la institución, por lo que el 21 de agosto del mismo año presentó ficha médica unificada debidamente diligenciada, exámenes de laboratorio y copia de la cédula de ciudadanía ante el Director de Sanidad del Ejército Nacional para la realización de los exámenes definitivos del retiro del servicio según el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000.

Por último comentó que han pasado más de 15 días sin recibir respuesta del Director de Sanidad del Ejército Nacional.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el día 20 de septiembre de 2016 y por reparto que hiciere la oficina judicial le correspondió conocerla a esta Corporación¹.

Mediante auto del 21 de septiembre se admitió (folio 16) y se ordenó la notificación de las partes, concediendo a las accionadas el término de (2) días para que ejercieran su derecho de defensa.

En cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo del auto admisorio, las partes fueron debidamente notificadas vía correo electrónico de la Corporación el día 23 de septiembre de 2016, (fol. 17 a 21).

1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

La entidad accionada conforme nota Secretarial obrante a folio 22 no se pronunció.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

De acuerdo a lo establecido por los artículos 86 de la Constitución Nacional, 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, el Tribunal Administrativo de Sucre, se declaró competente para conocer y proferir fallo en la acción de tutela impetrada.

¹ Folio 1 y 14.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala se circunscribe a determinar si *¿El Ministerio de Defensa Nacional- Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, vulneró los derechos de petición, debido proceso administrativo u otro derecho fundamental del actor al no darle trámite a la solicitud de valoración y practicarle los exámenes médicos de retiro de la Institución militar?*.

2.2.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La Constitución Política de 1991 en el artículo 86, creó la acción de tutela con el objetivo de proteger *derechos fundamentales* cuando los mismos resultaren *amenazados o vulnerados por acción u omisión* de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una *orden* para que, aquél respecto de quien se solicita la tutela, *actúe o se abstenga de hacerlo*.

Es necesario para efectos de proteger un derecho y ordenar a una autoridad o a un particular actuar o abstenerse de hacerlo que, previamente exista un derecho fundamental atribuido a quien solicita el amparo y, además, que la entidad demandada, teniendo la obligación de satisfacer el derecho, actúe o se abstenga de hacerlo generando una vulneración o amenaza al mismo.

Lo expuesto, es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, pues a) si no existe un derecho atribuido al accionante, la entidad accionada no podría atentar contra el mismo; o b) constatándose un derecho en cabeza del demandante, si la entidad accionada no ha efectuado ninguna conducta -acción u omisión- que trasgreda el derecho, no habría así un acto de reproche que obligara al juez ordenar una protección.

En todo caso, no sobra señalar que una vez se verifica la existencia de estos dos presupuestos (atribución de un derecho fundamental al accionante y conducta vulneratoria del mismo por parte del accionado), es deber del juez constitucional analizar si dicha actuación constituyó un atentado contra el referido derecho fundamental, para de este modo sustentar su orden o no de amparo. Así, es necesario para la procedencia de la acción de tutela verificar la existencia de una acción u omisión de las autoridades o de un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental y su actualidad e inmediatez.

2.2.2.DERECHO A LA SALUD Y AMPARO CON RELACIÓN A LOS RETIRADOS DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICÍA NACIONAL.

El derecho fundamental de la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la seguridad social y a su vez estos con los postulados y beneficios del sistema de seguridad social creados para satisfacer los derechos prestacionales a la población beneficiaria.

De allí que el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la seguridad social son constitucionalmente exigibles al Estado, pues las instituciones de que se vale para cumplir los fines previstos en la Constitución, deben inclinarse por la materialización del mismo, máxime cuando se encuentra frente a casos particulares de atención especial como lo son los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados de la institución por disminución en sus capacidades laborales por deficiencias físicas adquiridas durante la prestación del servicio, lo que automáticamente los enmarca dentro del sector de vulnerabilidad en donde se encuentran los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, casos de tal trascendencia social que la misma Corte Constitucional en muchos de sus pronunciamientos ha dicho que al ser estos sujetos de especial protección jurídica, son acreedores de la acción positiva del Estado para la satisfacción de sus necesidades, lo que constituye no solo el deber que le atañe al Estado de protegerlos sino también el deber de marcar las pautas para corregir las desigualdades que ostentan debido a la incapacidad adquirida.

Queda claro entonces que si bien es cierto el derecho a la Salud, la seguridad social y los beneficios que se materializan a raíz de la prestación eficiente de estos son derechos amparados por el Estado para la población en general, también lo es que se pueden presentar situaciones particulares como es el caso de los retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que ostentan un trato diferencial con relación al oficio que prestan y los riesgos que se pueden ocasionar con ocasión a la práctica de este, de ahí que al abordarlos se debe de observar desde una óptica distinta a la del sujeto particular mayormente cuando por causa de la prestación del servicio han adquirido una enfermedad profesional o han tenido un accidente de trabajo que los deja en condición de discapacidad física o psíquica. Al respecto el máximo Tribunal en lo Constitucional ha manifestado:

"Existe pues todo un plus constitucional en relación a la protección de los derechos a la salud, a la integridad y a la dignidad de los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, toda vez que los mismos pueden resultar seriamente comprometidos en atención

a las labores que realizan, las cuales demandan e implican una amplia gama de esfuerzos y riesgos físicos y psíquicos, propios de una actividad peligrosa, por lo mismo como persona y ciudadano colombiano, el soldado es portador de una primigenia dignidad que lo hace acreedor a recibir del Estado atención eficaz y pronta de su salud y su vida, desde el momento mismo que es reclutado y puesto a disposición y órdenes de sus inmediatos superiores, más aún cuando el soldado presta sus servicios a la patria de la mejor buena fe. Así las cosas, vistos los elementos fácticos del caso a resolver, los derechos cuyo amparo se invoca y el amplio marco jurisprudencial, es diáfano para esta Sala que en el presente asunto el mecanismo judicial adecuado y efectivo, para buscar la protección de los derechos fundamentales del actor, es la acción de tutela, sin que ello implique desconocimiento y vulneración al principio de la regla de la subsidiariedad, por ende se dará paso al desarrollo de cada uno de los temas que sirven de sustento a la solución del caso concreto.”²

En la misma providencia, manifiesta:

*"Esta Corte reiteradamente ha sostenido que no es aceptable que el Estado a través de las Fuerzas Militares se niegue a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, ostentaba unas excelentes condiciones de salud y a su desacuartelamiento le persisten unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar, o dolencias que se evidenciaron estando vinculado a la institución. Por ello, **ha precisado que los miembros de la fuerza pública tienen derecho a que se les brinde y garantice, a costa del organismo correspondiente, la atención en salud que requieran para tratar sus lesiones o afecciones de salud, aún después del retiro, (i) cuando éstas sean producto de la prestación del servicio o (ii) cuando las mismas, siendo anteriores a éste, se hayan agravado durante su prestación.** En el caso objeto de estudio, procede el amparo del Derecho Fundamental a la Salud del accionante, advirtiendo que la efectiva prestación de este derecho a los militares, aún después del desacuartelamiento en las condiciones anotadas, es independiente de la indemnización o pensión, y demás prestaciones, a que legalmente tengan derecho"(Destacado de la Sala).*

Dentro de la normativa que rige el sistema de salud y seguridad social del personal de las fuerzas militares y de la policía nacional, contenida en el Decreto 1795 de 2000, en su artículo 2º **define la sanidad militar y policial como un servicio público esencial de la logística militar y policial inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios.**

Nótese que la norma no es excluyente del personal en retiro, y que la cobertura está dada para todo el personal perteneciente a la institución sin excepción alguna.

Al respecto el artículo 5 del Decreto 1795 de 2000, dispone:

"ARTÍCULO 5o. OBJETO. Prestar el Servicio de Sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios." (Subrayas de la Sala).

Del mismo modo, el artículo 6 que establece:

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-862 de 2010. MP. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

"ARTICULO 6o. PRINCIPIOS Y CARACTERISTICAS. Serán principios orientadores para la prestación del servicio de salud del SSMP los siguientes:

i) CALIDAD. Los servicios que presta el Sistema se fundamentan en valores orientados a satisfacer las necesidades y expectativas razonables de los usuarios de tal.

(,,,)....

ii) PROTECCION INTEGRAL. El SSMP brindará atención en salud integral a sus afiliados y beneficiarios en sus fases de educación, información y fomento de la salud, así como en los aspectos de prevención, protección, diagnóstico, recuperación, rehabilitación, en los términos y condiciones que se establezcan en el plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, y atenderá todas las actividades que en materia de salud operacional requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el cumplimiento de su misión. En el SSMP no existirán restricciones a los servicios prestados a los afiliados y beneficiarios por concepto de preexistencias."(Negrillas y Subrayas de la Sala).

Cabe resaltar lo que expresa la Ley 352 de 1997 que subroga el Decreto 1795 de 2000.

"ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS. Además de los principios generales de ética, equidad, universalidad y eficiencia, serán orientadores de la actividad de los órganos que constituyen el SSMP, los siguientes:

(,,,)....

i) Equidad. El SSMP **garantizará servicios de salud de igual calidad a todos sus afiliados y beneficiarios, independientemente de su ubicación geográfica, grado o condición de uniformado o no uniformado, activo, retirado o pensionado**. Para evitar toda discriminación, el SSMP informará periódicamente a los organismos de control, las actividades realizadas, detallando la ejecución por grados y condiciones de los anteriores usuarios;"(Negrillas fuera del texto original).

La H. Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 2006, sobre la protección del sistema de seguridad social en salud de las fuerzas militares, consideró que:

"..., si bien esta Corporación ha sostenido que en materia de atención en salud la regla general es que aquella debe brindarse con carácter obligatorio mientras la persona se encuentra vinculada a la institución castrense, es posible que, en ciertos casos, la obligación se extienda más allá del momento en que se produce el desacuartelamiento. Esta regla encuentra su excepción en aquellos eventos en los que el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad que adquirió por razón del servicio y que de no ser atendida de manera oportuna, haría peligrar la salud o integridad personal del afectado."

2.2.3. DE LOS EXÁMENES MÉDICOS DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA Y LA POLICÍA NACIONAL

El Decreto 1796 de 2000, *"por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica 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"*, en su artículo 8 sobre el examen de retiro establece:

"EXAMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.

Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad psicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación".(subrayas fuera del texto)

La finalidad de estos exámenes médicos es establecer, la aptitud psicofísica del personal activo de la fuerza pública ante su salida de la institución castrense y determinar con ello la existencia de posibles lesiones sufridas en el servicio, la pérdida de la capacidad laboral por la prestación del mismo y si es procedente o no el reconocimiento de alguna prestación.

En ese orden, el examen se constituye en obligatorio para todos los miembros que estén prestos a solicitar su baja de la Institución. No obstante esa obligatoriedad, no conlleva que los costos en la realización del examen sean asumidos por la fuerza policial, pues bien enseña la norma reguladora, que si pasados dos (2) meses de la expedición del acto de retiro, este no se ha realizado por causa imputable al retirado, el mismo debe asumir los costos de su realización, norma que se considera dentro de los criterios de razonabilidad.

Visto lo anterior, la Sala considera pertinente tener en cuenta como antecedente jurisprudencial los criterios expuestos en la Sentencia T-948 de 2006³ de la Corte Constitucional y reiterados por la misma Corporación en la sentencia T-020 de 2008⁴.

En la sentencia antes señalada la H. Corporación consideró:

"2.3. Obligación del Ejército Nacional de practicar el examen de retiro al personal que deje de pertenecer a dichas Fuerzas Militares

El artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, señala que este examen es de carácter definitivo para todos los efectos legales, lo que significa que al ingreso como al retiro del personal del Ejército, se le debe realizar dicho examen. El artículo 8 dice:

*"EXÁMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, **siendo de carácter obligatorio en todos los casos.** Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de*

³ .Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁴ Magistrado Ponente. Jaime Araújo Rentería.

capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.”

*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.

Así las cosas, existe una obligación cierta y definida, en cabeza del Estado, de garantizar la debida prestación de los servicios médicos asistenciales a los soldados cuya salud se vea afectada mientras ejercen la actividad castrense o con ocasión de la misma^[7]. También esta Corporación ha admitido que en determinados eventos resulta no sólo admisible, sino constitucionalmente obligatorio, extender la cobertura de la atención en salud de los soldados con posterioridad al desacuartelamiento” (Destacado de la Sala).

Igualmente en la sentencia T-107 de 2000, se dijo:

“(…) no es justo que el Estado, a través de las Fuerzas Militares, se niegue a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, ostentaba unas óptimas condiciones de salud y a su desacuartelamiento le persisten unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar”.

La Corte agregó que es obligación del Estado brindar a las personas y ciudadanos que prestan el servicio en las Fuerzas Militares una atención eficaz y pronta en la salud. Al respecto, en la Sentencia T-534 de 1992, se dijo:

“...como persona y ciudadano colombiano, el soldado es portador de una congénita dignidad que lo hace acreedor a recibir del Estado atención eficaz y pronta de su salud y su vida, desde el momento mismo que es reclutado y puesto a disposición y órdenes de sus inmediatos superiores. La ausencia de ceremonias simbólicas no puede ser alegada como eximente, menos aún cuando el soldado presta sus servicios a la patria de la mejor buena fe.”[8]

En casos similares[9], entre ellos, el analizado en la Sentencia T-107 de 2000[10], esta Corporación manifestó:

“... no es justo que el Estado, a través de las Fuerzas Militares, se niegue a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, ostentaba unas óptimas condiciones de salud y a su desacuartelamiento le persisten unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar”.[11] (subrayas fuera de texto)

En este caso[12] se trató de un soldado regular del Ejército que sufrió una caída mientras realizaba labores propias del servicio que le ocasionaron lesiones en la clavícula y a quien, una vez desacuartelado, se le negó la atención médica que solicitó. La Corte Constitucional señaló:

(...)

Para la Corte Constitucional, es claro que las personas que prestan el servicio militar tienen derecho a acceder a los servicios médicos en salud a costa de las instituciones de la Fuerza Pública, de acuerdo con las siguientes reglas:

“(i) Durante todo el tiempo de prestación del servicio militar mientras se encuentre vinculado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional; (ii) Aún después de su desacuartelamiento, cuando se trate de afecciones que sean producto de la prestación del

^[7] Ver Sentencia T-810 de 2004.

servicio o (iii) cuando el padecimiento, siendo anterior a éste, se haya agravado durante su prestación, siempre que se cumplan las dos condiciones anteriormente señaladas, esto es, que la información suministrada al momento de la evaluación médica de ingreso haya sido veraz, clara y completa respecto del estado de salud del conscripto y que la lesión preexistente se hubiere agravado de forma sustancial en razón de las actividades desarrolladas durante la prestación del servicio y debido a las deficiencias de los servicios médicos de la unidad militar en la que se encontraba.” [13] (subrayas fuera de texto)

Por lo anterior se puede concluir que para que pueda extenderse la cobertura del servicio en salud a los soldados aún después de su desacuartelamiento, cuando han sufrido accidentes o lesión física o mental durante la prestación del servicio[14], es requisito fundamental la realización del examen de retiro.”

3. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, el señor Rodrigo Antonio Cortes Pérez ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional. En ejercicio de sus funciones sufrió un accidente en la noche del 11 de Mayo de 2003 al amanecer del 12 de mayo de 2003 durante desplazamiento ordenado por el comando de la Fuerza de Tarea Orión desde la Vereda Morro Azul hacia el corregimiento de Puerto Venus ambos del Municipio de Nariño Antioquia, el mencionado soldado recibió lesión en la cabeza por desprendimiento de una roca desde un barranco.

(...)

Por lo anterior, la Sala observa que a pesar de haber transcurridos tres (3) años de la ocurrencia del accidente, las secuelas dejadas por el mismo han empeorado con el tiempo la salud del señor Cortés, secuelas que no le han permitido desarrollar una vida digna; muy por el contrario, le están afectando la visión, el oído y el movimiento de la parte izquierda de su cuerpo, circunstancia que no le ha permitido conseguir trabajo u otro medio de subsistencia con el cual pueda costear y continuar con su tratamiento, siendo evidente la amenaza de su derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

(...)

El Ejército Nacional argumenta su negativa en el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, negativa con la cual considera esta Sala, no existe razón o excusa alguna por parte de esta Institución cuando es claro, que sea la razón que fuera, es decir, a solicitud propia o que se haya dado de baja al soldado por parte del Ejército, se debe cumplir con lo señalado en la norma, artículo 8, que dice: “El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos.”. Orden que no se cumple en el presente caso, ya que desde el accionante fue desvinculado del Ejército a la fecha de interpuesta la acción de tutela, el Ejército Nacional no ha emitido autorización alguna para que se le realice dicho examen al señor Cortes Pérez, pese a que ha sido probado suficientemente por el accionante que su estado de salud es cada vez más grave.”⁵(Destacado fuera de texto).

Sobre la obligatoriedad de los exámenes médicos de retiro en las fuerzas militares, el H. Consejo de Estado no ha sido ajeno y en sede de tutela ha manifestado:

“Según las pruebas allegadas al proceso, el accionante, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la realización del examen médico de retiro omitido al momento de la baja ocurrida el 7 de abril de 2004 y la realización de la Junta Médico Laboral que determine la pérdida de la capacidad laboral y el posible otorgamiento de una indemnización como consecuencia de las secuelas siquiátricas dejadas por el ataque ocasionado por un compañero soldado en marzo de ese año.

El Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones,

⁵ Disposiciones estudiadas por el CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION “B”. sentencia del nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012).C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

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 100 de 1993" en su artículo 8 establece los exámenes para retiro, su obligatoriedad y el término para su realización con el siguiente tenor literal:

"EXAMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.

Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación."

Respecto de la realización de la Junta Médico Laboral que califica el estado de salud del funcionario que se retira, los artículos 15 y 16 ibidem, establecen: (...)

De conformidad con la normatividad en cita el tutelante por ser soldado retirado del Ejército tiene derecho a que se le practique el examen médico de retiro con el fin de que se establezcan las posibles lesiones sufridas en el servicio y se determine la pérdida de la capacidad laboral por la prestación del mismo para efectos de determinar si es procedente o no el reconocimiento de alguna prestación.

En este orden de ideas no es de recibo aplicar el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, que establece el término de prescripción de las prestaciones a las que se refiere la normatividad en cita pues el examen de retiro no puede ser considerado como una prestación sino como un derecho que tienen los retirados del servicio. El tenor literal del artículo es el siguiente:

"Las prestaciones establecidas en el presente decreto prescriben:

- a. Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años.*
- b. Las demás prestaciones en el término de un (1) año".*

En este caso no se trata del reconocimiento de una prestación sino de la realización de un examen médico de retiro que es obligatorio en todos los casos, que no depende exclusivamente del funcionario y del cual sí se podría derivar el reconocimiento de una prestación.

Por lo anterior, no es acertada la interpretación que hace la entidad demandada para negar la realización de la Junta Médico Laboral, establecida para la calificación del estado de salud de los miembros de la Fuerza Pública, aludiendo la prescripción de una prestación que ni siquiera ha sido reconocida.

La culpa por la omisión del examen médico de retiro no puede atribuírsele sólo al funcionario retirado sino que también es deber de la entidad, en todos los casos, velar porque el mismo se realice tal y como lo hace en el caso del examen de ingreso en el que realiza una valoración completa que incluye el estado de salud mental.

(...)

La negativa de la realización del examen médico de retiro vulnera el debido proceso administrativo consagrado en la ley, pues el mismo no puede ser considerado como una prestación a la que se le pueda aplicar término de prescripción, sino que es un derecho que tienen todos los funcionarios de la Fuerza Pública que estén en situación de retiro.

Por las razones anteriores la Sala revocará el fallo que negó la acción de tutela y en su lugar tutelaré el derecho al debido proceso administrativo del señor Luis David Mejía Castañeda y ordenará al Ministerio de Defensa Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, fije fecha y hora para la realización del examen médico de retiro.⁶ (El destacado de la Sala).

De los antecedentes jurisprudenciales antes señalados, se destaca que es obligatorio e imperativo en todos los casos, la realización de un examen médico laboral al personal retirado de las Fuerzas Militares, motivo por el cual su omisión impide *“alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo”*, de manera que el Ejército Nacional debe adelantar las gestiones pertinentes para que dicho examen sea practicado en los términos señalados en el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 , y no limitarse a trasladar su responsabilidad al personal retirado⁷⁻⁸.

2.2.4. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso administrativo ha sido consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política, en los siguientes términos: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”*.

Sobre el derecho al debido proceso administrativo la Corte Constitucional en Sentencia T-555 de 2010 ha manifestado:

“..... Se exige de las actuaciones de las autoridades judiciales y de las autoridades administrativas, quienes deben ejercer sus funciones bajo el principio de legalidad. En tal virtud la Corte ha entendido que forman parte de la noción de debido proceso y se consideran como garantías constitucionales que presiden toda actividad de la Administración desde su inicio hasta su culminación, los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas, de publicidad, entre otros, los cuales se extienden a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

En la sentencia T- 982 de 2004, la Corte explicó que la existencia del derecho al debido proceso administrativo, como mecanismo de protección de los administrados, se concreta en dos garantías mínimas, a saber: (i) en la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación. En la misma Sentencia, se afirmó que el debido proceso administrativo se ha definido: “como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley. El debido proceso

⁶ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCION.SEGUNDA.SUBSECCIÓN “B”. Sentencia del dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009). C.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ.

⁷ En el mismo sentido puede apreciarse la sentencia emitida por la Subsección “B” el 3 de febrero de 2011, expediente 25000-23-31-000-2010-03448-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

⁸ Se puede consultar también sobre el tema, Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 2015. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4º y 122)."

2.2.5. DEL CASO CONCRETO.

En el sub examine, el actor esgrime que la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional**, no ha dado trámite a la solicitud de los exámenes definitivos de retiro de la Institución, que inició por medio del diligenciamiento de la ficha médica unificada de fecha 21 de agosto de 2015, por lo que pide que se ampare su derecho fundamental de petición y debido proceso, según lo establecido en el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, para la práctica del examen de retiro.

Al plenario fueron allegadas por el demandante las siguientes pruebas documentales⁹:

- Copia del formato de diligenciamiento de la Ficha médica unificada.
- Copia de la ficha médica unificada
- Exámenes de laboratorio
- Copia de la cédula de ciudadanía
- Copia de la notificación personal del acto administrativo del retiro del servicio activo
- Copia de la Orden Administrativa de Personal de Retiro No. 1810 del 21 de julio de 2015

De las documentales incorporadas al proceso, se puede extraer claramente que la entidad demanda está vulnerando el derecho a la salud y debido proceso del accionante, toda vez que, ha pasado más de un año desde que el actor se retiró de las Fuerzas Militares, y se le entregó la orden administrativa de retiro del servicio, sin obtener respuesta alguna por parte de la Institución Militar frente a lo solicitado.

Cabe reiterar en este punto, que tal como se dejó expuesto en los considerandos de esta providencia, a la luz de los antecedentes jurisprudenciales traídos a colación, que la negativa o la omisión de la realización del examen médico de retiro vulnera el debido proceso administrativo consagrado en la ley, pues el mismo conforme las previsiones legales del régimen de personal y seguridad social en salud de las fuerzas militares, citado en acápite anterior, muestra que

⁹ Folios 4 a 13.

el mismo debe ser practicado de manera obligatoria dentro de los dos meses siguientes al retiro de la fuerza militar, sin que a la fecha, se logre probar por la institución militar, razón alguna que justifique la mora en la realización del mismo.

Ello acompañado con la circunstancia, que genera la conducta procesal del ente accionando quien, por una parte pese a la necesidad del accionante no ha dado trámite al examen de retiro y por otro lado ha guardado silencio frente al requerimiento de esta Corporación, por lo que han de presumirse ciertas sus afirmaciones, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹⁰⁻¹¹.

En ese orden, accederá la Sala, al amparo solicitado por la vulneración al debido proceso administrativo y en tal sentido, se ordenará al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección de Sanidad, que adelante todas las gestiones pertinentes para que al accionante en el término perentorio de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, le sean practicados todos los exámenes de retiro a fin de que en el mismo plazo sea valorado por la Junta Médico Laboral.

Por último, frente a la presunta vulneración del derecho de petición que solicita el demandante, considera la Sala, no hay lugar a impartir una orden, pues por un lado, no existe una solicitud en el ejercicio de dicho derecho aportada al plenario, y por otro lado, al materializarse el amparo al derecho al debido proceso se satisfacen los requerimientos esgrimidos en la acción de tutela.

¹⁰ "ARTÍCULO 20: PRESUNCIÓN DE VERACIDAD: si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán por ciertos los hechos y se entrara a resolver de plano. Salvo que el juez estime necesario otra averiguación previa"

¹¹ Sobre la presunción de veracidad, ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL: "Quinta. Presunción veracidad como instrumento para superar el desinterés o la negligencia de una autoridad pública o un particular, según el caso. Reiteración de jurisprudencia.

Dispone el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que las entidades demandadas tienen la obligación de rendir los informes que les sean requeridos en desarrollo del proceso de tutela, dentro del plazo otorgado por el juez, pues de no hacerlo "se tendrán por ciertos los hechos".

Se erige así una presunción de veracidad, concebida como respuesta a la inacción, el desinterés o la negligencia de la autoridad pública o del particular contra quien se haya interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez requiere informes[16] y éstos no son suministrados dentro del plazo indicado.

La Corte Constitucional ha señalado que esa presunción de veracidad "encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias, bien que se dirijan a particulares, ya que **deban cumplirlas servidores o entidades públicas**"[17].

Dicha presunción obedece, de igual manera, al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a brindar eficacia a la protección de los derechos constitucionales fundamentales y al cumplimiento de los deberes que la carta política ha impuesto (cfr. artículos 2º, 6º, 121 e inciso segundo del 123 Const.)." CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-897/10, del 11 de noviembre de 2010.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO-. TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y debido proceso administrativo en favor del accionante, señor LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ ROMERO.

SEGUNDO-.En consecuencia, se ordena al **MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD**, que en el término perentorio de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, le sean practicados todos los exámenes médicos de retiro del servicio a fin de que en el mismo plazo sea valorado por la Junta Médico Laboral.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito a la entidad accionada, así como a la parte accionante, conforme a los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnado este fallo, envíese, al día siguiente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala según acta 167 de la fecha.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA