

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13001-33-33-006-2023-00010-01
Accionante	BRIDING BERRICK PÁJARO
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD NAVAL (DISAN)
Tema	Revoca por no cumplirse el requisito de subsidiariedad – El proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor no ha culminado, por lo que este dispone de los recursos administrativos dentro del trámite y eventualmente cuenta con mecanismos judiciales para atacar las decisión o calificación definitiva resultante, en caso de no estar de acuerdo.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la parte accionante¹, contra la sentencia del veintisiete siete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)², proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, el señor Briding Berrick Pájaro, elevó las siguientes pretensiones:

“Tutélese mi derecho Fundamental al debido proceso, a la salud, vida digna, diagnóstico médico, mínimo vital, seguridad social vulnerados con ocasión de las actuaciones omisivas, irresponsables, e injustas, realizadas en contra de mi persona por el señor JHON OSWALDO SANCHEZ ANZOLA, en su calidad de DIRECTOR DEL HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA específicamente en las acciones u omisiones propias de su cargo.

Se le ordene a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA DIRECCION DE SANIDAD ARMADA NACIONAL-SUBDIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL, que sin más dilaciones, incluya a mi proceso medico laboral de retiro, el diagnóstico DE MONONEUROPATIA DEL NERVIO MEDIANO IZQUIERDO, con el propósito de poder obtener una evaluación justa que me permita tener claro mi porcentaje de perdida de la capacidad laboral.”

¹ Fols. 3 – 13, archivo digital 14.
² Fols. 1 – 12, archivo digital 12.
³ Fol. 9, archivo digital 01.

3.2 Hechos⁴.

El actor relató que, se vinculó a la Armada Nacional desde el 15 de enero de 2007, seguidamente, el día 29 de abril de 2022 le fue notificada la Resolución No. 0277 del 24 de marzo del mismo año, mediante la cual se le retiró del servicio por motivos médicos, que disminuyeron su capacidad laboral.

Explicó que, de manera oportuna y atendiendo a la continuidad procedió a gestionar su ficha médica por retiro. Una vez enviada a la Dirección de Sanidad de la Armada, se ordenó la expedición de varios conceptos médicos que sirvieran para la calificación de las patologías y posterior determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Sostuvo que, para el 19 de noviembre de 2022 recibió vía email, el Oficio No. 20220031200461931 del 11 de noviembre del mismo año, donde se relacionaban las patologías a calificar en el proceso de retiro del actor, a su vez, se le solicitó aportar historia de atenciones y tratamientos recibidos durante el servicio activo por patologías no soportadas en expediente médico laboral, e informes administrativos por lesiones, a fin de definir la viabilidad de incluirlos en el proceso de retiro. En cumplimiento de ello, el día 02 de diciembre de 2022 presentó escrito de petición relacionado los padecimientos y quebrantos de salud, así como las evidencias médico-científica que soporta los mismos.

El 15 de diciembre de 2022, vía email recibió Oficio No. 20220031190506231 del 13 de diciembre de 2022, por medio del cual se le informó que serían tenidos en cuenta los diagnósticos de hipertensión, lumbago, escoliosis y vértigo, pero el padecimiento mononeuropatía del nervio mediano izquierdo (túnel carpiano), no se incluiría por cuanto su diagnóstico correspondía a fecha posterior al retiro de la institución, específicamente, el 02 de junio de 2022. Al respecto, aclaró que el diagnóstico le fue realizado a solo un mes del retiro (29 de abril de 2022) y dentro de sus tres meses siguientes, cuando seguía gozando de los servicios médicos propios del personal militar activo, siendo que el proceso de retiro finaliza cuando al miembro de la institución se le realiza la junta médica de retiro, la cual dentro del asunto no se ha llevado a cabo.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 Hospital Naval Nivel III Cartagena⁵.

La entidad sostuvo que, la calificación de la capacidad laboral y la reunión de la Junta Médico Laboral del actor, debe ser previamente autorizada por la Dirección de Sanidad Naval (en adelante DISAN), pues la competencia del centro asistencial se reduce a la atención médica. En virtud de lo anterior, hizo un recuento de las etapas del proceso médico laboral, manifestando que cumplió con las competencias y trámites que le son asignadas en atención a

⁴ Fols. 1 – 5 archivo digital 01.

⁵ Fols. 2 – 6 Archivo. Digital. 11

13001-33-33-006-2023-00010-01

la autorización de servicios y diagnósticos expedida por la DISAN, respetando a los derechos fundamentales del accionante y los servicios requeridos por este, en consecuencia, alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Seguidamente, expuso que, la DISAN emitió respuesta de fondo frente a la petición de inclusión de patologías en el proceso de retiro del accionante.

3.3.2 DIRECCIÓN DE SANIDAD NAVAL⁶

La accionada indicó que, el accionante inició el proceso médico laboral de retiro con cuatro especialidades y posteriormente, le fueron adicionadas tres más, dentro de las cuales no se autorizó la adición de neuropatía del nervio mediano izquierdo, por ser posterior al retiro, pues a su juicio, las Juntas Médico Laborales solo califican patologías adquiridas en el servicio, agregando que, en caso de existir inconformidades con la decisión adoptada, el accionante debía presentar recursos contra la misma ante el Tribunal Médico Laboral, así como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no estando cumplido el principio de subsidiariedad ni demostrado un perjuicio irremediable.

Determinó que las secuelas deben estar registradas en la historia clínica y corresponder al tiempo al cual estuvo vinculado con la armada, es decir, que las únicas patologías que dan derecho a indemnización son las adquiridas en servicio, no siendo posible que estas sean posteriores. Además, ordenar que se adicione al proceso médico laboral, patologías que no están en un soportadas en una historia clínica de servicio constituye no solo un detrimento patrimonial para la Entidad sino también una violación a su debido proceso, y una violación al derecho de igualdad para el personal del proceso médico laboral que soportan sus patologías en historia clínica

Agregó que, las Juntas Médico Laborales tienen un carácter indemnizatorio y califican secuelas, motivo por el cual la tutela no es el escenario para debatir el reconocimiento o no de erogaciones económicas, máxime cuando el accionante viene recibiendo una asignación de retiro, estando así, garantizados todos sus derechos. Finalmente, insistió en que la entidad no vulnera los derechos fundamentales del accionante, motivo por el cual debía declararse su improcedencia.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del 27 de enero de 2023 amparó los derechos fundamentales invocados, pues encontró acreditado que la DISAN vulneró los derechos al debido proceso y seguridad social del señor Briding Berrick Pájaro y ordenó a dicha entidad a incluir dentro del proceso de medicina laboral por retiro de la institución, el diagnóstico de neuropatía del nervio mediano izquierdo túnel carpiano.

⁶ Fols. 3 – 14 Archivo digital 10.

⁷ Fols. 1 – 12 Archivo. digital.12

13001-33-33-006-2023-00010-01

Como sustento de su decisión resaltó la importancia de la realización del examen de retiro, precisando que cuando el ciudadano sale de la institución y se le niega o dilata el tiempo para practicar el examen se le vulnera el derecho al debido proceso administrativo, a la salud e incluso a la seguridad social, pues la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la fuerza pública tiene el deber de especial protección tanto al personal incorporado a las filas como ante quienes son separados de sus funciones, traducándose este en la necesidad de valorar y definir la situación médico laboral a través de un examen de valoración en forma objetiva e integral del estado de salud psicofísica del personal saliente y a partir de ahí determinar si esto es causa del ejercicio de sus funciones en dicha entidad.

Lo anterior, porque revisada la historia clínica anexada a la petición presentada por el actor ante la entidad accionada para la adición de las patologías a tener en cuenta dentro de su trámite médico laboral, y allegada igualmente al plenario, encontró que la impresión diagnóstica realizada el 02 de junio de 2022 registró en su acápite COMENTARIOS lo siguiente: Electromiografía y neuro conducciones de miembros superiores ANORMAL, estudio indicativo de; 1. Mono neuropatía el nervio mediano izquierdo a través del túnel del carpo de leve expresión.

Esto quiere decir que solo con un mes y 4 días después de la desvinculación del actor — 29 de abril de 2022— se identifica una condición física que venía afectando al mismo según lo manifestado por este, por lo cual se deben realizar los exámenes de rigor para determinar si se trata de una enfermedad causada en ejercicio del servicio, y no descartarlo de plano, sobre todo teniendo en cuenta que es una enfermedad cuyos síntomas se presentan gradualmente, y que, atendiendo el cumplimiento de sus funciones como almacenista que desempeñaba en servicio activo, puede ser no ajena a este.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸.

La entidad accionada, DISAN, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación. En síntesis, estimó que la acción de tutela era improcedente por no haberse vulnerando los derechos del accionante ni estar demostrada la subsidiariedad, además, a su juicio no es dable ordenar la inclusión de una nueva patología al proceso medio de retiro, cuando esta fue diagnosticada en fecha posterior al retiro.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 09 de febrero de 2023⁹, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por el accionado contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto

⁸ Fols. 3 – 13 Archivo digital 14

⁹ Fols. 1 – 2 Archivo digital 15

13001-33-33-006-2023-00010-01

efectuado el 13 de febrero de 2023¹⁰, habiéndose requerido a la impugnante mediante proveído de la misma fecha¹¹ y posteriormente, se dispuso su admisión por auto del 16 del mismo mes y año¹².

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿En el presente asunto, se cumplen los requisitos que determinan la procedencia de la acción de tutela?

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

¿El Ministerio de Defensa – DISAN, vulneró los derechos fundamentales del accionante al no incluir la patología de neuropatía de nervio mediano izquierdo (túnel carpiano), dentro del proceso de valoración médico laboral, bajo el argumento de que su diagnóstico fue en fecha posterior al retiro?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, por considerar que dentro del asunto no se cumple el requisito de subsidiariedad, presupuesto de procedencia de la acción de tutela que permite al juez constitucional realizar un pronunciamiento de fondo, por cuanto, el proceso de calificación de la capacidad laboral del actor no ha culminado, es decir que este, dispone de los recursos administrativos dentro del trámite de calificación medico laboral, para ejercer su defensa, y eventualmente cuenta con mecanismos judiciales para atacar las decisión o calificación resultante, en caso de no estar de acuerdo, no siendo posible mediante esta acción constitucional sustituir o

¹⁰ Fol. 1 Archivo digital 17

¹¹ Fols. 1 – 2 Archivo digital 18

¹² Fol. 1 Archivo digital 23

13001-33-33-006-2023-00010-01

desplazar las competencias propias de las autoridades competentes ni del juez natural para anticipar decisiones de calificación de pérdida de capacidad laboral.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; y (ii) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación, y los argumentos expuestos en la impugnación corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela:

- (I) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del señor Briding Berrick Pájaro, por ser el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, pues fue este quien presentó la petición del 02 de diciembre de 2022¹³, con el objeto de que se le incluyeran distintas patologías dentro de su examen de retiro, entre ellas, el diagnóstico de mononeuropatía de nervio mediano izquierdo (túnel carpiano), habiendo obtenido respuesta negativa frente a la misma.
- (i) Legitimación por pasiva: La ostenta el Ministerio de Defensa – Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional, por ser la entidad encargada de expedir las autorizaciones por cada diagnóstico y especialidad para el desarrollo médico laboral y convocar a la Junta Médico Laboral, además fue quien negó la inclusión de la patología solicitada por el actor en su proceso médico laboral por retiro, mediante Oficio del 13 de diciembre de 2022¹⁴.
- (ii) Inmediatez: Encuentra esta judicatura que, de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, el accionante presentó petición ante la Subdirección de Medicina Laboral – Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional, el día 22 de noviembre de 2022, con el objeto de obtener la inclusión de distintas patologías dentro del proceso médico laboral de retiro, habiendo obteniendo respuesta negativa el día 13 de diciembre de 2022¹⁵. Por su parte, la acción de tutela fue interpuesta el día 13 de enero de 2023¹⁶, a menos de dos (2) meses de haberse emitido la respuesta y dentro de los seis (6) meses siguientes, término razonable dispuesto por la jurisprudencia constitucional¹⁷, por lo que resulta evidente el cumplimiento de este requisito.
- (iii) Subsidiariedad: Como se observa, en el *sub examine* el tutelante pretende la inclusión de la patología pluricitada dentro del proceso médico laboral de retiro. Al respecto, se debe aclarar que el oficio del 13 de diciembre de 2022, mediante el cual se negó la inclusión de dicha patología en el examen de retiro por parte de la DISAN, es un acto

¹³ Fols. 1 – 2 Archivo Digital 04

¹⁴ Archivo digital 05

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Fol. 1 Archivo digital 07

¹⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-461-19.htm>



13001-33-33-006-2023-00010-01

administrativo de mero trámite, pues no cumple con las características propias de un acto definitivo, como quiera que no crea, extingue ni modifica la situación jurídica concreta del accionante; adicionalmente, se observa que el proceso de valoración de pérdida de capacidad del señor Berrick Pájaro, aún no ha finalizado, pues el mismo se encuentra en estado de “consecución de los concepto médicos definitivo” por parte del Establecimiento de Sanidad Militar¹⁸, es decir, que hasta el momento no existe acto definitivo por medio del cual se haya calificado su capacidad laboral y determinado el origen de las contingencias, por cuanto del expediente no se extrae dictamen médico en firme ni decisión administrativa mediante la cual se le haya reconocido alguna indemnización o prestación dada por su condición y en atención de su retiro.

En ese sentido, se precisa que solo una vez culmine por completo la valoración médico laboral del accionante, este podrá manifestar sus inconformidades contra la calificación obtenida mediante la utilización de los recursos correspondientes, para que el Tribunal Médico Laboral, ratifique, modifique o revoque lo dispuesto por la Junta, tal como lo ha venido haciendo el actor con los dictámenes médicos anteriores¹⁹; y en caso de no obtener decisión favorable, podrá demandarla en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así las cosas, esta Magistratura considera que le asiste razón a la entidad accionando al sostener que la tutela debe declararse improcedente por requisito de subsidiariedad, pues el actor dispone de los recursos administrativos dentro del trámite de calificación médico laboral, para ejercer su defensa, y eventualmente cuenta con mecanismos judiciales para atacar las decisión o calificación resultante, en caso de no estar de acuerdo, no siendo posible mediante esta acción constitucional sustituir o desplazar las competencias propias de las autoridades competentes ni del juez natural para anticipar decisiones de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Adicionalmente, la presente acción también resulta improcedente debido a que el objeto de esta tutela es que se le califiquen unas patologías que puedan conllevar a una mejor indemnización en favor del actor, circunstancia que escapa al ámbito de esta acción constitucional, como quiera que los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y a la seguridad social del señor Berrick Pájaro están garantizados con los servicios de salud prestados por parte de la accionada, por gozar de una asignación de retiro, afirmación esta que no fue cuestionada por el tutelante.

¹⁸ Según se desprende de la contestación de la DISAN.

¹⁹ Fols. 19 – 31 y 36 – 50 Archivo digital 10.

13001-33-33-006-2023-00010-01

Bajo las consideraciones anteriores, esta Sala de Decisión **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia y en su lugar, **DECLARARÁ** la improcedencia de la presente acción por no demostrarse el cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena. En su lugar, **DECLARAR** la improcedencia de la presente acción de tutela, por las consideraciones aquí expuestas.

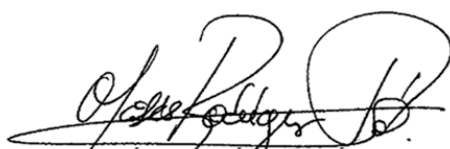
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 015 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ