

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Oralidad)
LISTADO DE ESTADO

ESTADO No. **044**

Fecha: 12/04/2016

Página: **1**

| No Proceso | Ponente | Clase de Proceso | Demandante | Demandado | Descripción Actuación | Fecha Auto | Cuad. |
|----------------------------|------------|--|-------------------------------------|---|---|------------|-------|
| 180012333002 2013 00231 | Conjuez 11 | ACCION DE NULIDAD Y REESTABLECIM IENTO DEL DERECHO | ALVARO CHAVARRO ROJAS | RAMA JUDICIAL | Auto fija fecha audiencia y/o diligencia | 11/04/2016 | 2 |
| 180012333003 2013 00251 | Conjuez 11 | ACCION DE NULIDAD Y REESTABLECIM IENTO DEL DERECHO | LUIS GUILLERMO ALVAREZ SARMIENTO | NACION -RAMA JUDICIAL -DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL | Auto fija fecha audiencia y/o diligencia | 11/04/2016 | 2 |

DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ART. 321 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES DE LAS

ANTERIORES DECISIONES, EN LA FE 12/04/2016 Y A LA HORA DE LAS 8 A.M., SE FIJA EL PRESENTE ESTAD

TERMINO LEGAL DE UN DIA SE DESFIJA EN LA MISMA A LAS 6:00 P.M.


CLAUDIA GARCÍA LEIVA
SECRETARIO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAQUETÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

Florencia, once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR : LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN
DEMANDADO : DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR DEL EJÉRCITO NACIONAL –
TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DEL SERVICIO MILITAR
RADICACIÓN : 18-001-23-33-001-2016-00057-01
SENTENCIA No. : 12-04-75-16/AT. 07-01
ACTA No. : 021 DE LA FECHA

MAG. PONENTE: EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS.

Procede la Sala a decidir en sentencia de primera instancia sobre la acción de tutela presentada por el señor **LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN** en contra de la DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR - EJÉRCITO NACIONAL y el TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DEL SERVICIO MILITAR, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, la vida y la seguridad social.

1. POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA.

El señor LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.658.534 de Florencia, Caquetá, por conducto de apoderado judicial, presenta acción de tutela en contra de la DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR - EJÉRCITO NACIONAL y el TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DEL SERVICIO MILITAR, con el objeto de obtener la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad de la vida, la dignidad humana e integridad física, debido proceso, estabilidad laboral reforzada y a la protección especial que gozan las personas con disminución de su capacidad psicofísica.

Aduce que el día 9 de octubre de 2008, en calidad de soldado profesional en desarrollo de la una misión militar fue víctima de un artefacto explosivo que le género, como consecuencia de las esquirlas y estrés postraumático, la pérdida de su capacidad laboral del 33.9%, conforme se le dictaminó en Acta de Junta Médica Laboral del 9 de abril de 2015, en las que además se indicó que no era apto para la actividad militar y no se recomendaba su reubicación laboral.

Posteriormente, mediante Acta de Tribunal Laboral de fecha 11 de febrero de 2016, se determina la disminución de la capacidad laboral de un 33.9 a 31.98%, y nuevamente se indica que no se recomienda la reubicación laboral por su incapacidad permanente parcial y no ser apto para la actividad militar, razón por la que mediante OAP No. 1120 del 18 de febrero de 2016 fue retirado del servicio, por disminución de la capacidad psicofísica.

Señala que la conducta de las accionadas ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, estabilidad reforzada y la protección especial de que gozan las personas en situación de disminución de sus

condiciones físicas, como consecuencia del retiro arbitrario del servicio activo de las Fuerzas Militares, sin que se hubiese tenido en cuenta su grado, excelente comportamiento y los estímulos recibidos, máxime que también se afectó el derecho a la seguridad social, mínimo vital y estabilidad económica de su esposa, hijos y su madre, toda vez que dependían económicamente de él.

2. POSICIÓN DE LA PARTE ACCIONADA.

El Ministerio de Defensa – Secretaría General – Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (fl. 90-96): expone que el accionante acudió con anterioridad ante la instancia de Revisión Médico Laboral y como consecuencia de ello fue expedida el Acta No. TML15-1-673 del 11 de febrero de 2016, en la cual quedó definida su situación médico – laboral, razón por la que no es viable un nuevo pronunciamiento respecto a la solicitud de reubicación laboral, ya que por disposición legal del artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, *"las decisiones contenidas en el acta que emite este Organismo Médico Laboral, son irrevocables y obligatorias y contra ellas solo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes"*.

Manifiesta además, que las razones médicas por las cuales se sustenta la decisión de no reubicar laboralmente al actor, se apoyan en su estado médico actual, los antecedentes médicos laborales, la documentación aportada por él, el concepto del especialista, y la Junta Médico Laboral No. 76880 del 9 de abril de 2016, resaltando que el accionante presenta una patología de tipo mental, que se traduce en un trastorno de estrés postraumático, lo cual impide que se desempeñe en labores administrativas u operativas.

Respecto al alcance de procedibilidad de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, cita la sentencia número T-103 de 2014 de la Corte Constitucional, en la que se establece que en ningún momento puede usarse como un mecanismo simultaneo, paralelo, acumulativo o alternativo de procedimientos ordinarios, al existir otro medio de defensa judicial efectivo, como lo es acudir ante la jurisdicción de los Contencioso Administrativo, y no por vía de tutela como se pretende, razón por la que se solicita se declare improcedente la presente acción, al no existir condiciones fácticas y jurídicas que demuestren que se vulnerado derecho fundamental alguno por parte de la entidad.

3. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció.

4. CONSIDERACIONES.

4.1. COMPETENCIA.

Es competencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá dictar el fallo con fundamento en el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000 por tratarse de un acto proveniente de una autoridad del orden nacional, se procede a ello por cuanto no existen hechos que invaliden lo actuado y existe legitimación en la causa e interés en las partes.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se vulneran los derechos fundamentales al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del señor CARVAJAL BARRAGAN, al desvincularlo del servicio activo del Ejército Nacional como soldado profesional, al sufrir una pérdida de la capacidad laboral del 31.98%?

4.3 TESIS.

La acción de tutela resulta improcedente cuando existen medios de defensa judicial idóneos al alcance de la persona afectada y no se advierte perjuicio irremediable para su uso como mecanismo transitorio.

4.4 LA ACCION DE TUTELA Y EL ARTÍCULO 86 DE LA C.P.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo procesal específico y directo cuyo objeto es la protección eficaz, concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos consagrados por la ley.

Dicha acción es un medio procesal específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales afectados de manera actual e inminente, siempre que éstos se encuentren en cabeza de una persona o grupo determinado de personas y conduce, previa la solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento, enderezados a garantizar su protección, con fundamento constitucional.

La acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública o de particulares, cuando éstos violen o amenacen violar derechos fundamentales, a fin de evitar un atentado contra la dignidad de la persona humana.

Señálese que en su consagración constitucional se dirige a establecer un procedimiento, o eventualmente un conjunto de procedimientos judiciales autónomos, específicos y directos, de garantía inmediata de protección de los derechos considerados como fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la concreta acción o la omisión de una autoridad pública o por un particular en los términos señalados por la ley.

4.5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA- REINTEGRO DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS – ESTABILIDAD REFORZADA.

Respecto de la procedencia de esta acción constitucional el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, señala:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en

cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante." (Destacamos)

De la norma precitada se infiere que, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, ésta procede únicamente si se está ante un desconocimiento evidente de la Constitución y de la ley, propenso a vulnerar derechos fundamentales.

La Corte Constitucional por su parte respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos en los que los se busca el reintegro de los trabajadores que se encuentran disminuidos en sus condiciones físicas, psíquicas o mentales, ha señalado:

"3.2.1. Estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados. Reiteración de jurisprudencia.

En virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela sólo procede (i) cuando no existe ninguna otra acción judicial por la que se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental; (ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección de tales derechos; (iii) cuando aún existiendo acciones ordinarias, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.¹

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido, por regla general, la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo para solicitar el reintegro laboral, toda vez que existen otros mecanismos idóneos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o en la contencioso administrativa, según sea la forma de vinculación laboral del interesado.

Sin embargo, la Constitución Política de Colombia en su artículo 13, dispone que el Estado deberá propender para la realización de la igualdad material, es decir, deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, estableciendo en cabeza suya la obligación de adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados, en especial de aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta.

En relación con los sujetos que presentan algún tipo de discapacidad, ha considerado la jurisprudencia que son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, con el cual se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral.²

En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Carta se refiere a las personas discapacitadas, al establecer que el Estado tiene el deber de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

¹ Sentencia T-434 del 7 de mayo de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

² Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Es así como, mediante la expedición de la Ley 361 de 1997, se ordenó el diseño de una política pública orientada a lograr su rehabilitación, integración social y a procurarles la atención especializada que de acuerdo a sus necesidades demanden.

El artículo 26 de la mencionada ley consagró:

En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

En desarrollo de estos conceptos, la Corte Constitucional, en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000³, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el pago de una indemnización al trabajador discapacitado no convierte el despido en eficaz, si éste no se ha hecho con la previa autorización del Ministerio del Trabajo. Por tal motivo, el despido hecho a un trabajador discapacitado sin el cumplimiento de este trámite resulta ineficaz.⁴

Es por ello que, en casos excepcionales, como los de las personas en estado de debilidad manifiesta o aquellos que ostentan, por mandato constitucional, una estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para obtener el reintegro del trabajador despedido. En este sentido, ha señalado la Corte:

Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

(...)

No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o

³ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Sentencia T-677 del 28 de septiembre de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.^{5''6}

Así las cosas la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario e idóneo para obtener el reintegro del trabajador, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, ello con el fin de propender por la igualdad real y efectiva de los ciudadanos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta por su condición física y mental y el deber estatal de adelantar políticas de previsión y rehabilitación e integración de las personas con disminución física, psíquica y sensorial, como medida de protección especial, sin embargo, esta postura debe analizarse a la luz de las nuevas disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establecen las medidas cautelares en los procesos declarativos de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

4.6. DERECHO A LA REUBICACIÓN DE LOS SOLDADOS CON DISCAPACIDAD.

El Decreto 1793 del 2000 "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", en sus artículos 7 y 8 establece:

"RETIRO.

ARTÍCULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

3. <Numeral INEXEQUIBLE>

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.

2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.

3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones." (Destacamos)

Por su parte, el artículo 10 de la misma normatividad respecto del retiro por disminución de la capacidad psicofísica, señala:

⁵ Sentencia T-576 del 14 de octubre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Sentencia T-503 del 17 de junio de 2010. M. P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, **podrá ser retirado del servicio**" (Destacamos)

El Decreto 1796 del 2002⁷, establece que habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico deben reunir las personas para ingresar y permanecer en la Fuerza Pública, en consideración a su cargo, empleo o funciones, la cual debe ser valorada por las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares, calificándolas con los conceptos de apto, aplazado y no apto, en virtud de las funciones que les han sido encomendadas como son:

1. Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
2. **Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.**
3. Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.
4. Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
5. Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.
6. Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

A si las cosas de conformidad con las normas precitada en principio le viable el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, como es el caso de los soldados profesionales, de ser retirados en aquellos eventos en los que disminuya su capacidad psicofísica luego de ser valorada y calificada la misma por autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares, sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia T-459 de 2012, en relación con la reubicación de los soldados con disminución física, psíquica y sensorial, al respecto ha señalado:

"4.2. De esta manera, queda claro que los soldados profesionales deben contar con plena capacidad psicofísica con el fin de cumplir con la función que les ha sido asignada. Sin embargo, no se puede concluir que el Estado puede retirar a quienes han servido en la fuerza pública y han sufrido un menoscabo en sus aptitudes físicas, en detrimento de sus garantías a la vida, a la salud y a la integridad.

En este sentido, la sentencia T-470 de 2010 estableció que:

"Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (ii) es la causa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía, las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica."

Lo anterior, con el fin de proteger los derechos fundamentales de quien hubiere sido desvinculado de la fuerza pública, garantizando la continuidad

⁷ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"

en el servicio de salud para este individuo. Como bien lo mencionó la sentencia T-081 de 2011, en materia de seguridad social en salud no solamente estarán cubiertos "aquellos miembros de la fuerza pública que se encuentren en servicio activo, sino también aquellos que hayan sufrido una lesión o enfermedad durante la prestación del mismo, por ello no deberá entenderse que dicha obligación se extingue con la desvinculación."

De otro lado, en la sentencia T-503 de 2010, la Corte sostuvo que la estipulación referente al retiro del servicio de los soldados profesionales se encontraba amparada por la presunción de constitucionalidad y legalidad, en tanto no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado. No obstante, al analizar el caso de un ex miembro del Ejército Nacional, quien fue desvinculado debido a que su capacidad laboral disminuyó en un 28.25%, este Tribunal acudió a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, argumentando que al aplicarse dicha norma en el caso concreto, se transgredían los derechos fundamentales del accionante.

En dicha sentencia, se reconoció que si bien "se requiere la plena capacidad sicofísica de un soldado profesional, al mismo tiempo, no debe perderse de vista, tal como se explicó, que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como es el caso de los soldados profesionales." Por ello, este Tribunal ordenó la reincorporación del soldado.

La misma posición fue adoptada en la sentencia T-081 de 2011, en la que se estudió el caso de un soldado profesional que fue víctima de una mina antipersona cuando se encontraba prestando el servicio. A raíz de dicho accidente, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 32.57% que llevó a la declaratoria de no aptitud para continuar en la institución. En esa ocasión, este Tribunal decidió ordenar el reintegro del actor a uno de sus programas, tomando en cuenta para ello su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

Dicho pronunciamiento resaltó que "que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo⁸ en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser "útiles" en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado".

En este punto, vale la pena señalar que la reincorporación no tiene que ser necesariamente al mismo cargo que desempeñaba el individuo, sino que éste debe "ser reubicado en una actividad que pueda desempeñar,

⁸ Convenio 159 del O.I.T sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra 1983; aprobado por la Ley 82 de 1988 y promulgado mediante Decreto 970 de 1994.

*teniendo en cuenta tanto su grado de escolaridad así como sus habilidades y destrezas*⁹.

En este orden de ideas, se puede observar la importancia que cobran tanto la estabilidad laboral reforzada respecto a los miembros de la fuerza pública, quienes se encuentran en situación de incapacidad, como la protección preferente en materia de empleo a las personas con limitaciones. De esta forma, aun cuando existe un régimen especial para los soldados profesionales que incluye la disminución de la capacidad psicofísica dentro de las causales para el retiro del servicio, la Corte ha considerado que en algunos casos la aplicación de esta causal puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado."

De las normas y jurisprudencia precitadas, se observa que la discapacidad sufrida por los miembros de la Fuerza Pública, se encuentran amparados de una estabilidad laboral reforzada y por ende les asiste en principio el derecho a ser reubicados atendiendo su nivel de escolaridad, habilidades y destrezas, sin que ello implique riesgo para su salud, pues se deben tener en cuenta los preceptos de integración social establecidos por la OIT, pues no hacerlo puede transgredir derechos fundamentales como el de la vida, la salud y la integridad.

4.7. CASO CONCRETO.

En el caso bajo estudio, el accionante señala que debe dejarse sin efecto la OAP No. 1120 del 18 de febrero de 2016, mediante la cual se le retira del servicio activo militar, que se sustentó en la pérdida de su capacidad laboral permanente y su no reubicación laboral, puesto que él ostenta idoneidad profesional suficiente que le permite aprovechar su capacidad laboral residual en labores administrativas y/o instrucción de interés institucional, teniendo en cuenta que con posterioridad a los hechos que le generaron sus lesiones en calidad de soldado profesional el 1 de abril de 2009, cumplió a satisfacción el cargo de auxiliar de archivo de la sección tercera desde el año 2011, desestimándose así los argumentos esbozados por la Junta Médico Laboral del 9 de abril de 2005 y el concepto del Tribunal Médico Laboral del 11 de febrero de 2016, en las que se expone que existe no concepto favorable de reubicación laboral por la incapacidad permanente para actividad militar.

Resalta que la accionado ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, estabilidad reforzada y la protección especial de que gozan las personas en situación de disminución de sus condiciones físicas, por el retiro arbitrario del servicio activo de las Fuerzas Militares, sin que se hubiese tenido en cuenta su comportamiento y los estímulos recibidos durante su permanencia en la institución militar, solicitando por ello la reubicación laboral.

De acuerdo con las pruebas aportadas dentro de la presente acción de tutela, probado se encuentra que:

- Que el señor LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN prestó sus servicios a las fuerzas militares durante el período comprendido entre el 30 de octubre de 1998 al 28 de enero de 2016 (f. 27).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 2010.

- Que el día 9 de octubre de 2008 cuando se encontraba en cumplimiento de la Operación Orteguzza, misión táctica ORION 34-60, en la zona de Yurayaco del municipio de San José del Fragua, Caquetá, el SLP ROJAS ARTUNDUAGA, activo un artefacto explosivo improvisado sembrado en el camino y debido a la onda explosiva fue expulsado y cayó sobre el soldado profesional CARVAJAL BARRAGAN, generándole lesiones en su pierna derecha, según se expone en el Informativo Administrativo por Lesiones No. 26173 (fl. 17).
- Que mediante Acta de Junta Médica laboral No. 76880 del 9 de abril de 2015, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional le determinó:

"B. Clasificación de las Lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PEMANENTE PARCIAL.

NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR - NO SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TREINTA Y TRES PUNTO NUEVE POR CIENTO (33.09%)

(...)

MOTIVACIÓN SOLDADO PROFESIONAL DE 14 AÑOS CON ANTECEDENTES DE TRAUMA EN RODILLA QUE GENERO DOLOR CRÓNICO DE RODILLA DERECHA QUIEN ADEMÁS CURSA CON PATOLOGÍA MENTAL LIGADO A EVENTO TRAUMÁTICO EN SU HABER LABORAL ACTUAL, SU PERMANENCIA EN EL SERVICIO IMPLICARÍA EXPOSICIÓN CONTINUA A EVENTOS DETONANTES QUE PODRÍAN EXACERBAR SÍNTOMAS Y AGUDIZAR CUADRO CON ACCIONES DE HETEROAGRESIVIDAD PONIENDO EN RIESGO INTEGRIDAD DE PACIENTE Y/O ENTORNO, POR ESTAS RAZONES NO SE CONSIDERA PERTINENTE REUBICACIÓN LABORAL" (Destacamos)

Notificada el 9 de abril de 2015. (fls. 18-19).

- Mediante Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML-15-1-673 MDNSG-TML-41.1 del 11 de febrero de 2016, se establece:

"V. CONSIDERACIONES

(...)

7. Respecto a la recomendación de reubicación laboral esta instancia evidencia y considera que: en concordancia a lo anteriormente expuesto las secuelas que presenta el calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado al ejército nacional, su patología mental la cual ha requerido dos hospitalizaciones, controles periódicos y farmacológico continuo por psiquiatría no son compatibles con la vida militar aunado a que por los factores estresores propios de la vida militar el acceso a las armas colocan en riesgo su vida la de sus compañeros y la comunidad mandada a proteger constitucionalmente llevando además cerca de 7 años sin actividades operativas, por lo tanto la sala No Recomendando su Reubicación.

B. Clasificación de las Lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR según artículo 68 Literal a y b. No se recomienda reubicación laboral.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de la capacidad laboral

Actual: TREINTA Y UNO PUNTO NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (31.98%)

Total: TREINTA Y UNO PUNTO NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (31.98)

(fls. 20-26)". (Destacamos)

- Orden Administrativa de Personal No. 1120 del 18 de febrero de 2016, mediante la cual es retirado del servicio por disminución de la capacidad psicofísica (f. 15 frente y vto), decisión que fue notificada el 15 de marzo de 2016 (f. 16).
- Formato de Registro de Actuaciones y Desempeños Significativos del señor CARVAJAL BARRAGAN, para los años 2011, 2014-2015, como auxiliar de archivo de la Sección Tercera del Batallón Juanambu y Sección Primera de la Unidad u Organización Compañía B, respectivamente (fl. 28 a 37).
- Soportes de hoja de vida del accionante de los estudios y formación (fls. 43-54).
- Registro civil de matrimonio del señor LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN y la señora ANA DE JESÚS PENAGOS MOLINA (fl. 60).
- Que el señor CARVAJAL BARRAGAN es padre del menor JUAN DAVID CARVAJAL PENAGOS (fl. 61).

Se destaca que el señor CARVAJAL BARRAGAN, sufrió las lesiones que le generaron su pérdida de capacidad laboral el 9 de octubre de 2008, cuando se encontraba en cumplimiento de una misión militar como soldado profesional, cuando su compañero al accionar una mina antipersonal sembrada en el camino, como consecuencia de la onda explosiva, cae sobre el accionante, provocándole lesiones en su rodilla derecha, además de estrés postraumático por el suceso. Que el SLP, continuo vinculado a la institución militar, realizando actividades como auxiliar de archivo, según se relaciona en el registro de actuaciones y conceptos positivos y de felicitaciones consignados en el formato de folio disciplinario para los años 2011, 2014-2015, destacándose por su labor.

Posteriormente el Ejército Nacional, de conformidad con su reglamentación, procedió el 9 de abril de 2015, a calificar mediante Junta Médico Laboral del el grado de incapacidad del accionante inicialmente en un 33.09% y, en consecuencia, lo declaró no apto para el servicio activo; decisión que fue posteriormente confirmada el 11 de febrero de 2016, por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el que se le establece la pérdida definitiva del 31.98%, sin concepto favorable para reubicación laboral, razón por la que mediante OAP No. 1120 del 18 de febrero de 2016, se decide por parte de la accionada retirarlo del servicio por pérdida de la capacidad psicofísica.

Que el actor, manifiesta que tanto él y su familia compuesta por su esposa e hijo dependían económicamente del ingreso de su salario como soldado profesional, además de su madre, quebrantándose el derecho al mínimo vital, seguridad social y estabilidad económica de su núcleo familiar, además de advertir la discriminación por parte de la entidad al proceder a retirarlo de la institución militar sin tener en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección por su incapacidad psicofísica y el refuerzo de estabilidad laboral del que goza constitucionalmente.

Adicionalmente, señala que su desvinculación es injusta, arbitraria y discriminatoria puesto que desde la fecha de la determinación de la disminución de su capacidad laboral y la fecha en la que fue retirado del servicio activo permaneció laborando dentro de la entidad, desempeñándose en funciones administrativas, debido a que se ha preparado académicamente para cumplir funciones dentro de la institución que no están propiamente relacionadas con actividades de misión operacional.

Por su parte, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en la contestación de la acción de tutela, señala que el accionante dispuso de los recursos administrativos legales existentes para controvertir la decisión adoptada por la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el que se determinó que no era apto para actividad militar y no se recomendaba su reubicación laboral, debido a sus antecedentes de tipo mental, según se expuso en las consideraciones de los galenos especialistas, quienes especificaron que de acuerdo a los controles periódicos y farmacológico del actor por psiquiatría le eran incompatibles con la vida militar, aunado a factores estresores propios de la vida militar por el acceso a las armas que colocaban en riesgo su vida y la de sus compañeros. Aclara también, que el actor tiene la obligación de controvertir los actos administrativos que determinaron su pérdida de capacidad laboral a través del medio de control pertinente, acudiendo a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo y no por vía de tutela como se pretende.

Procede la Corporación a precisar en el sub lite, en primer lugar, a advertir que la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario cuya finalidad radica en la protección efectiva de los derechos fundamentales, y opera ante la inexistencia de acciones judiciales eficaces, según lo ha señalado la jurisprudencia Constitucional, siempre y cuando se cumpla con los siguientes presupuestos: **(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;** **(ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales;** y, **(iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.**¹⁰ (Destacamos)

Colofón de lo expuesto, se avizora que en virtud de la expedición de la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2011. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de lo Contencioso Administrativo", el señor CARVAJAL BARRAGAN, tiene la posibilidad de solicitar con fundamento en los artículos 229 y 230 las medidas cautelares, bien sea, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso declarativo de Nulidad y Restablecimiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, según se observa:

"ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda **o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.**

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los ~~procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 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 Ponente 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. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender 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.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o

Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar."

Como se desprende de las normas en cita, el actor cuenta con un amplio esquema legal de posibilidades en el proceso contencioso administrativo para solicitar medidas cautelares preventivas, anticipativas y de suspensión en aras de garantizar sus derechos fundamentales, esto sin embargo no es óbice para que aún en el evento contar con un medio idóneo, pueda la Corporación analizar si se dan los supuestos para prevenir la configuración de un perjuicio irremediable que habiliten la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Como argumento de autoridad es válido citar algunas consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia SU-355 del 11 de junio de 2015, ponencia del Dr. Mauricio González Cuervo:

"(...) De acuerdo con lo anterior, a la exigencia de subsidiariedad se anuda (i) una regla de exclusión de procedencia que ordena declarar la improcedencia de la acción cuando el ordenamiento ha previsto un medio judicial para defenderse de una agresión iusfundamental. Esa regla se exceptúa en virtud de (ii) la regla de procedencia transitoria que exige admitir la acción de tutela cuando, a pesar de existir tales medios judiciales, ella tiene por objeto evitar un perjuicio irremediable. De lo dicho se sigue que el juez de tutela debe resolver dos cuestiones para definir la procedencia de la acción de tutela: en primer lugar, ¿cuándo existe un medio judicial idóneo que impida la procedencia del amparo? Y, en segundo lugar, ¿cuándo se configura un perjuicio irremediable que, a pesar de la existencia del otro medio, haga posible la procedencia transitoria del amparo?"

5.1.2. A fin de dar respuesta a la primera pregunta, relativa a la existencia de un medio judicial, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que ella será apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante. La obligación de la apreciación en concreto implica que la conclusión acerca de la presencia de un medio judicial demanda un juicio compuesto por un examen de aptitud abstracta e idoneidad concreta del medio.

En esa dirección, desde sus primeras decisiones esta Corporación destacó "que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos

Sentencia Tutela

Demandante: Luis Alexander Carvajal Barragan

Demandado: Dirección de la Sanidad del Ejército Nacional y Tribunal Médico de Revisión Militar

Rad. 18-001-23-33-003-2016-00057-00

constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela (...)” dado que, de lo contrario “se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” Así las cosas, concluyó este Tribunal “que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.

La respuesta a la pregunta sobre la existencia de un medio judicial idóneo, diferente a la acción de tutela, reviste un interés especial en tanto de concluir que no es así, el juez de tutela será competente para adoptar decisiones definitivas respecto de la cuestión sometida a su examen.

5.1.3. La segunda pregunta, relativa a la configuración de un perjuicio irremediable, tiene como punto de partida la vigencia de un medio judicial para plantear la controversia. Si tal es el caso y se comprueba que puede producirse un perjuicio de la naturaleza referida, será procedente la acción de tutela como instrumento transitorio de amparo; ello hace posible que el juez de tutela se ocupe del problema iusfundamental antes de producirse el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción ordinaria o especializada competente. La jurisprudencia constitucional ha señalado que 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.” Si se identifica la existencia de un medio judicial pero se pretende evitar un perjuicio que satisface las condiciones de inminencia, urgencia y gravedad, podrá el juez de tutela abordar el fondo del asunto para determinar si – transitoriamente- se confiere la protección. (...)5.4.1. Las circunstancias del caso examinado evidencian la idoneidad y eficacia del medio judicial empleado por el accionante ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esa conclusión, naturalmente circunscrita a los supuestos analizados en esta oportunidad, no implica una declaración general de improcedencia de la acción de tutela cuando se cuestione el contenido de actos administrativos por violar un derecho fundamental. El juez de tutela deberá adelantar siempre un juicio de subsidiariedad en el cual, además de aplicar las competencias de los jueces de tutela establecidas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, valore los esfuerzos legislativos y judiciales encaminados a optimizar la capacidad de las distintas jurisdicciones para materializar la obligación de proteger la supremacía de la Constitución y, en particular, los derechos fundamentales.

5.4.2. Al abordar esta materia, los jueces de tutela deberán tener en cuenta (a) lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, (b) la interpretación que haga la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las normas que allí regulan los medios de control judicial, incluidas las medidas cautelares, (c) lo prescrito por el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991 al señalar que la acción de tutela y las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son instrumentos que necesariamente se excluyan y (d) la jurisprudencia constitucional que ha explicado las relaciones entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción constitucional.

5.4.4. En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, **la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos.**

5.4.5. **El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales –incluyendo los de cautela– para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental. (...)**

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 4 de junio de 2015, en un caso análogo determinó de igual manera que necesariamente resulta improcedente la acción constitucional al existir procedimientos expeditos para proteger los derechos fundamentales que se consideran vulnerados, según se expone:

“Lo expuesto, le sirve a la Sala para afirmar que la pretensión elevada por el demandante resulta improcedente al existir procedimientos normales expeditos para proteger los derechos fundamentales que dice están siendo vulnerados por la entidad accionada, circunstancia que elimina la viabilidad de la acción de tutela puesto que ésta sólo puede ser utilizada, como ya se dijo, ante la carencia de mecanismos ordinarios.

9. **Afirmación que cobra importancia si en cuenta se tiene que como la pretensión última de ALEXÁNDER RUEDA SOLANO está dirigida a que el Juez de tutela deje sin efecto jurídico el Acta No. TML-14-0410 MDNSG-TML-41.1, fechada 09 de febrero de 2015, a través de la cual, el Tribunal Médico de Revisión Militar decidió ratificar al Acta de Junta Médico Laboral No. 69304 de junio 04 de 2014, en la que se le determinó incapacidad permanente parcial no apto para la actividad militar, no se recomienda ubicación y con disminución de la capacidad laboral en el equivalente al 13%, pues si a bien lo**

Sentencia Tutela

Demandante: Luis Alexander Carvajal Barragan

Demandado: Dirección de la Sanidad del Ejército Nacional y Tribunal Médico de Revisión Militar

Rad. 18-001-23-33-003-2016-00057-00

tiene, en los términos establecidos en el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000 y con los argumentos que quiere hacer valer en este trámite constitucional, puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento de derecho.

Instancia en la que además conforme a las previsiones establecidas en el Código Contencioso Administrativo, cuenta con la posibilidad de reclamar la suspensión provisional de la decisión que dice atenta contra sus derechos fundamentales, constituyéndose así en el medio idóneo para controvertir los actos administrativos proferidos por la entidad de mandada.

10. De otra parte, precisa la Sala que la alternativa de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, porque como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional:

"En términos normativos y de la jurisprudencia, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

"(...)

"De otro lado, en el presente asunto no se configura el perjuicio irremediable, porque (...) el peticionario podría obtener la suspensión provisional de los actos censurados sin perjuicio de la eventual nulidad. De tal forma, resulta improcedente conceder el amparo, al haberse podido acudir a otro mecanismo de defensa judicial considerado eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada, como lo ha reiterado esta corporación:

"... la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos". (C.C. T-766/2006).

11. Así, pues, la acción de tutela resulta manifiestamente improcedente porque lejos está de ser concebida como un procedimiento alternativo de los medios judiciales que la ley establece para la protección de los derechos fundamentales (...) ¹¹ (Destacamos).

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Radicado No. 79648 del 4 de junio de 2015.

Sentencia Tutela

Demandante: Luis Alexander Carvajal Barragan

Demandado: Dirección de la Sanidad del Ejército Nacional y Tribunal Médico de Revisión Militar

Rad. 18-001-23-33-003-2016-00057-00

Conforme a la normatividad y jurisprudencia en cita, al ejercitar las medidas cautelares al pretenderse el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez administrativo al advertir las condiciones debidamente sustentadas y probadas donde se pueda determinar la vulneración de los derechos reclamados, puede a través de ordenes preventivas, conservativas o anticipativas, adoptar las mismas medidas, o distintas de aquellas que en la actualidad solamente pueden ser decretadas en sede de tutela.

Se resalta que entonces que las medidas cautelares previstas en el CPACA surgen como una medida eficaz e idónea para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia dentro de los procesos declarativos que se tramitan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la misma forma en que lo solicita el accionante en la presente acción constitucional, enfatizándose en este punto que no se cumple con el primer presupuesto establecido por la Corte Constitucional para que excepcionalmente sea procedente la acción de tutela, como quiera que en el sub lite **existen otros medios judiciales de protección ordinarios al alcance del accionante**, que obedece al ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en conjunto con la solicitud de medidas cautelares, en la que se puede requerir la suspensión del acto administrativo que ordenó el retiro del servicio activo del actor por la pérdida de su capacidad psicofísica hasta que se resuelva de fondo el proceso por parte del juez de conocimiento.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso se acude a la acción de tutela dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses, establecido en el literal C del artículo 164 del CPACA para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de retiro tomada en la **OAP No. 1120 del 18 de febrero de 2016**, notificada al accionante el día 15 de marzo de 2016, resaltándose que desde dicha fecha empiezan a computarse los 4 meses para intentarla, los cuales fenecerán en el mes de junio de hogaño. Así mismo, se destaca que el accionante se encuentra actualmente dentro del término del lapso de tres (3) meses de alta, contados a partir de la fecha de retiro, conforme al artículo 164 del Decreto Ley 1211 de 1990, evidenciándose así que aún sigue activo en la institución de militar, desestimándose por tanto el argumento de afectación del mínimo vital, tiempo que es concordante además con el término para pretender el medio de control ordinario.

En consecuencia de acuerdo con las consideraciones indicadas anteriormente la Corporación encuentra que al existir en otro mecanismo de defensa judicial como son las medidas cautelares en conjunto con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, no resulta viable interponerse la acción de tutela como medida para pretender el reintegro por reubicación laboral de accionante respecto de los actos administrativos que ordenaron el retiro del soldado profesional del servicio militar del EJERCITO NACIONAL, razón por la cual se negará por improcedente el amparo tutelar pretendido.

5. DECISIÓN

El Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. RECHAZAR por Improcedente la acción de tutela promovida por el señor LUIS ALEXANDER CARVAJAL BARRAGAN, a través de apoderado judicial.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia a las partes y al Ministerio Público en forma personal, o por cualquier medio que resulte expedito.

TERCERO. ORDENAR que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.



EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS
Magistrado



JESÚS ORLANDO PARRA
Magistrado

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado
Ausencia Legal