JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 13 de agosto de 2018 **SENTENCIA DE TUTELA No. 102**

Accionada: POLICÍA NACIONAL
Accionante: JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO
Derechos Invocados: vida digna, mínimo vital e igualdad
Radicado: 110013335-017-**2018-00269**-00
Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO, en nombre propio, contra la POLICÍA NACIONAL por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales: vida digna, mínimo vital e igualdad. No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refirió el señor JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO que en el año 2002 tomó la decisión de ingresar a la Policía Nacional como Patrullero del Nivel Ejecutivo en la Escuela Gabriel González del Espinal - Tolima.

Para poder ingresar le practicaron exámenes médicos, sicotécnicos y sicológicos y se desempeñó en el nivel operativo en "Ditra", en la Unidad de Tránsito y Transporte de la Metropolitana de Bogotá, posteriormente ingresó a la Unidad como integrante de la patrulla de vigilancia en el Aeropuerto Internacional el Dorado hasta el 3 de mayo de 2018.

El 29 de octubre de 2012, se encontraba en el servicio en el Aeropuerto Internacional el Dorado ejerciendo sus labores, cuando sintió un dolor muy fuerte en la espalda, directamente en la parte lumbar y de inmediato se reportó al oficial de servicio y se trasladó al hospital de la Policía Nacional, al servicio de atención de urgencias, donde le diagnosticaron lumbago de origen no especificado y le otorgaron 3 días de incapacidad y le formularon medicamentos. Desde esa fecha siguió visitando el servicio de urgencias del hospital porque el dolor y la incomodidad en su columna estaban afectando las coyunturas y articulaciones y no lo dejaban laborar, impidiéndole hasta poder caminar y, en muchas ocasiones le tocó acudir a médicos particulares por la dilación del procedimiento médico en el hospital de la Policía.

El 4 de febrero de 2015, en el hospital le dieron las respectivas órdenes para la atención de especialistas por fisiatría, fisioterapia, terapia física, reumatología, neurocirugía, ortopedia, medicina interna, siquiatría.

El 21 de agosto de 2015, le realizaron Junta Médico Laboral y fue diagnosticado con osteoartrosis con compromiso espinal y periférico, enfermedad crónica degenerativa con calificación de la disminución de la capacidad laboral 10.00% con literal a) y (4) índices con incapacidad permanente parcial no apto, con reubicación laboral.

El 18 de enero de 2018 fue realizada la Junta médica Tribunal Laboral, donde lo notifican que no es apto para la actividad policial.

El 3 de mayo se encontraba en servicios médicos por siquiatría y recibió una llamada telefónica por parte del señor Subintendente Ronal Cogua, encargado de la Oficina de Talento Humano de la Estación Aeroportuaria a la cual estaba inscrito, quien le informó que tenía que firmar una notificación de presentación a la oficina principal de talento humano de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Al terminar la cita médica, le dieron incapacidad por 30 días, desde el 3 de mayo de 2018 al 30 de mayo de 2018, con prórroga hasta por 90 días.

Se trasladó para la oficina de Talento Humano y allí le hicieron entrega de la Resolución 01826 del 19 de abril de 2018, que lo retiraba del servicio activo de la Policía. En ese momento informó que tenía una incapacidad vigente, la cual no se tuvo en cuenta para proferir la Resolución 01826.

El 4 de abril de 2018, fue atendido por el servicio de urgencias del hospital central de la Policía con diagnóstico colitis ulcerativa vs carcinoma con orden médica para valoración por gastroenterología, pero hasta la fecha no fue atendido por ningún especialista.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. El soporte de los derechos fundamentales invocados es la sentencia T-1048 de 2012, de la cual hizo transcripción.

ARGUMENTOS DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS. Dentro del término establecido en el auto de fecha 25 de julio de 2018, la **Dirección de Sanidad** rindió el informe indicando lo siguiente:

Revisado el antecedente médico laboral del demandante, se encontró que él definió la situación médico laboral por novedad de patología, mediante acta de junta médico laboral número 7150 del 21 de agosto de 2015, en la que de acuerdo con los conceptos médicos se determinó que era no apto por el artículo 68 A y B, reubicación: SI, DCL 10%. El accionante interpone recurso ante el Tribunal Médico Laboral y mediante acta 181010 del 18 de enero de 2018, se pronuncia y modifica: no apto, reubicación NO.

Aclara que el Tribunal Médico Laboral es el máximo organismo médico laboral, completamente independiente a la Policía Nacional – Dirección de Sanidad, como quiera que conoce en segunda y última instancia sobre las inconformidades que surjan en contra de las actas de las juntas médico - laborales tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional.

Indica que al accionante le fue reconocida una indemnización como consecuencia de dicha valoración; sin embargo pretende una nueva valoración por parte del Tribunal Médico Laboral para determinar el porcentaje final y definitivo, lo cual no es viable toda vez que el pronunciamiento sobre su pérdida de capacidad laboral fue plenamente definido y le fue determinado un porcentaje de pérdida total y definitiva de capacidad laboral. Informa que la modificación de secuelas ya valoradas es legalmente viable siempre y cuando el calificado se encuentre en servicio activo, lo cual no ocurre en el presente caso.

Expone que el demandante cuenta con la jurisdicción contenciosa administrativa para cuestionar los actos administrativos a través de los cuales se ordenó su retiro y la desafiliación del sistema de salud, y si estaba en desacuerdo con las conclusiones del acta del Tribunal, debió acudir a las acciones jurisdiccionales pertinentes, razón por la cual se desvirtúa la urgencia del accionante.

Hace unas consideraciones legales, respecto del proceso médico laboral y de la prestación de los servicios de salud y señala que como quiera que el actor se encuentra pendiente por definir su situación médico laboral por novedad de retiro, los servicios de salud se siguen suministrando hasta cuando culmine su proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Decreto 1796 de 2000.

Finalmente, indica que no se ha vulnerado derecho constitucional fundamental alguno, considerando que la acción de tutela es improcedente porque el demandante tiene servicio de salud y cuenta con la jurisdicción contenciosa administrativa para cuestionar los actos administrativos de retiro.

Por su parte, la **Policía Nacional** afirma que no existe vulneración o amenaza a los derechos fundamentales y aclara que, en primer lugar, no es la entidad competente para recomendar la reubicación laboral del accionante, sino que el órgano idóneo es el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, en segundo lugar, el acto administrativo de retiro tuvo como sustento el Acta No. TML 18-1-010 MDNSG – TML – 41.1 de fecha 18 de enero de 2018, en la que se describe que el actor no cuenta con la capacidad sicofísica para el servicio de Policía.

Señala que el Despacho judicial no puede desconocer el criterio médico del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, última instancia administrativa para determinar la aptitud policial del tutelante, dejando de lado que cuenta con el medio ordinario de defensa en el cual se pueden practicar y controvertir los medios de prueba.

Además, refiere que para la aptitud ocupacional se requiere haber cursado para la formación laboral una permanencia mínima de 600 horas y para la formación académica de 160 horas, en instituciones que ofrezcan el servicio educativo para el trabajo y el desarrollo humano, de las cuales el ex policial no aportó capacitaciones y certificaciones, para así permitir al máximo organismo médico laboral pronunciarse frente a una habilidad, destreza o aptitud.

Indica que la Junta Médico Laboral había conceptuado la viabilidad del tutelante para desempeñar labores administrativas; sin embargo, desde esa fecha se encuentra incapacitado totalmente del servicio, aspecto que denota su imposibilidad material de cumplir sus labores de manera eficiente y responsable, aunado a que la patología padecida por el accionante es de origen común, es decir no tuvo relación o causa con el servicio. Sobre la nueva patología (tumor maligno del colon) esta no fue dictaminada por los organismos médico laborales. Cita la sentencia C-381 de 2005 a través de la cual se declaró exequible condicionalmente el numeral 3º del artículo 55, considerando la reubicación de aquellos funcionarios que a pesar de haber sido declarados no aptos para el servicio, tuvieran capacidades para ser aprovechadas en labores administrativas, docentes o de instrucción, situación que no acontece con el accionante.

Expone que el accionante debe agotar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hace improcedente la presente acción, considerando que al ser desvinculado de la Policía Nacional no quedará desamparado, toda vez que el sistema General de Salud del Estado Colombiano, lo cubre bien sea en calidad de afiliado en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado. Finalmente, se refiere al precedente jurisprudencial y solicita no conceder las pretensiones incoadas en el escrito ante la improcedencia de la acción de tutela.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares. [1]

En el presente asunto la acción de tutela es presentada en nombre propio, en procura de la defensa de los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y a la igualdad.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto.

En el caso, la POLICÍA NACIONAL, quien actúa como accionado dentro del trámite de la referencia, pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional y, en esa medida, goza de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que la orden administrativa de retiro es de la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del sector descentralizado del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

2. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA

Inmediatez:

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas

[1] El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

Al respecto, la Resolución 01826, por medio de la cual se ordenó retirar del servicio al Patrullero por disminución de la capacidad psicofísica, data **del 19 de abril de 2018,** y la acción de tutela se interpone el día 25 de julio de 2018. Es decir, 3 meses después, lapso razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha considerado procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, como es el caso de la sentencia T-487/16, en la que refirió:

"(...) señala la Sala que atendiendo la condición de persona con discapacidad del accionante, ya que como se indicó previamente éste sufrió lesiones que le provocaron disminución laboral del veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%)(...), es importante anotar que frente a los sujetos de especial protección constitucional, como lo es el señor José Javier Rojas, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección, lo que la diferencia de las medidas cautelares, las cuales son por naturaleza transitorias y buscan conjurar situaciones urgentes, sin que necesariamente la controversia sea resuelta de fondo[2]. Así las cosas, cuando una persona ha sido desvinculada laboralmente del Ejército Nacional como consecuencia de su disminución de la capacidad laboral resulta procedente que a través de la acción de tutela se invoque la protección de sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral."

De igual manera en sentencia T-1197 de 2001, respecto a la protección constitucional de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía señaló que:

"En el ordenamiento jurídico colombiano es evidente entonces que las personas disminuidas en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales, cuentan no sólo con los derechos consagrados en general para todas las personas, sino, además, con una órbita de protección especial que los convierte en titulares de algunos privilegios previstos en el texto de la Carta. De otra parte, es oportuno explicar que esta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, síquicas y sensoriales. Es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personas que por la naturaleza de sus funciones y debido a las actividades que diariamente ejecutan, afrontan riesgos permanentes para su vida e integridad personal y que frecuentemente sufren lesiones severas, en muchos casos

[2] Sentencia T-376 de 2016.

irreversibles. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de seguridad social, a quienes de manera directa actúan para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades"(Subraya fuera de texto).

En consecuencia, como el presente asunto se trata de un miembro de la Policía Nacional con disminución de su capacidad sicofísica, es del caso hacer un estudio de fondo respecto de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

3. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

El tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales reseñados, al retirar del servicio al Patrullero del Nivel Ejecutivo, no reubicarlo en funciones que pueda desempeñar y, excluirlo del servicio de salud.

La entidad accionada manifiesta que la orden administrativa de Personal que retira del servicio al tutelante es legitima en sustento al acta del Tribunal Medico Laboral Militar del 18 de enero de 2018 que considera que la reubicación laboral del calificado, no es procedente toda vez que el calificado presenta patología osteoarticular permanente, crónica y degenerativa; que si bien fue reubicado inicialmente desde el año 2015, a la fecha de realización del Tribunal Médico Laboral y después de estudiar su historial médico y laboral se encuentra incapacitado totalmente para las actividades del servicio policial desde esa época lo cual ha ocasionado un desajuste ocupacional a la institución.

Refiere que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno teniendo en cuenta que aunque la Junta Médico Laboral había conceptuado la viabilidad del tutelante para desempeñar funciones administrativas, desde esa fecha se encuentra incapacitado totalmente, además de considerar que la tutela no es el mecanismo idóneo para oponerse al acta del Tribunal Médico Militar de Policía que dio origen a la orden Administrativa del 19 de abril de 2018 que retiró del servicio al accionante, por cuanto puede interponer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la acción de Nulidad y Restablecimiento para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos.

De acuerdo con la presentación de las tesis, en esta oportunidad corresponde determinar si se puede colegir que existe, por parte de la entidad accionada, vulneración del derecho fundamental invocado por el demandante.

Protección constitucional especial de las personas discapacitadas. Reiteración de jurisprudencia.

Colombia como estado social de derecho establece como postulados el respeto de la dignidad humana y frente a personas que se encuentran en condiciones de especial protección, la inclusión e igualdad[3] en aplicación de los tratados internacionales suscritos por Colombia, como la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre *"Normas Uniformes sobre la Igualdad de*

[3] Artículo 13 de la Constitución Política. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Oportunidades para las Personas con Discapacidad", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.[4]

Por otro lado, se han creado disposiciones especiales como la Ley 361 de 1997, "*por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*". Encaminadas a garantizar el acceso a la educación, facilitar la rehabilitación, promover el bienestar social y favorecer la integración laboral de las personas discapacitadas entre otros.

Estabilidad laboral reforzada de los integrantes de las fuerzas militares en situación de discapacidad por disminución de la capacidad psicofísica.

La H. Corte Constitucional ha desarrollado el tema de la estabilidad reforzada de los militares y policías que con ocasión a un accidente sufrido en servicio activo han disminuido su capacidad laboral y como consecuencia son retirados del servicio ha señalado que en el caso de personas con discapacidad se debe garantizar la permanencia en el empleo luego de haber sufrido la limitación.

Del mismo modo el H. Tribunal ha protegido los derechos de aquellos soldados profesionales que fueron retirados del servicio al ser calificados con pérdida de capacidad laboral y como no aptos para continuar en el servicio activo, ordenando el reintegro en programas que permitan desempeñar funciones de conformidad con sus habilidades y escolaridad.[5]

En igual sentido, el Consejo de Estado en sede de tutela y en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, ha protegido los derechos de los soldados retirados del servicio como consecuencia de la disminución de su capacidad física, armonizando las normas aplicables sobre el retiro con el derecho a la estabilidad laboral reforzada reconocido a las personas en situación de discapacidad.[6] Al respecto, ha sostenido:[7]

> "***La protección especial del soldado profesional que sufre de un trastorno grave de salud, con ocasión de sus funciones, se concreta en una estabilidad laboral reforzada, como lo han establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Protección que se materializa en el derecho del soldado profesional a ser reubicado para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas.***
>
> *Así las cosas, como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que « El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio», para la Sala, la administración debe ejercer esta facultad en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral."*[8] (Negrilla fuera de texto)

---

[4] sentencia T-198 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).
[5] Corte Constitucional. Sentencia T-437 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). Esta posición ha sido reiterada de manera pacífica en las sentencias T-081 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-910 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-459 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-1048 de 2012 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-843 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-928 de 2014 (MP: Gloria Ortiz Delgado), T-076 de 2016 (Jorge Iván Palacio Palacio) y T-141 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo).
[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC, y
[7] Sentencia T-597 de 2017- Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger
[8] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1 de diciembre de 2016, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC

Ahora bien en sentencia T-459 de 2012 se aborda la necesidad de la estabilidad laboral reforzada respecto de los miembros de las fuerzas militares, quienes se encuentran en condición de discapacidad, aun cuando existe un régimen especial que incluye la disminución de la capacidad psicofísica, la Corte considera que en algunos casos la aplicación puede acarrear vulneración de derechos fundamentales, reiterando que 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."

En caso similar, la sentencia T-141 de 2016 en la cual, además, se analizaron fundamentos fácticos casi idénticos a los que se advierten en este caso en tanto: (i) el accionante era un soldado desvinculado del servicio por haber sido calificado con una disminución del 13% de la capacidad laboral, como consecuencia de una caída durante la prestación del servicio militar (ii) el Tribunal Médico Laboral determinó que su diagnóstico no le permitía "desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, correspondiente a su cargo, grado, empleo o funciones", (iii) el accionante soportaba económicamente a su esposa, hijo y progenitora y (iv) el actor, después del accidente, ejecutó actividades no militares y pese a ello no se recomendó reubicación laboral.

Por otra parte, la H. Corte Constitucional en sentencia T-597 de 2017 señaló:

"5.2. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación en concordancia con su posición frente a la protección de las personas en situación de discapacidad, ha señalado que la facultad para retirar del servicio activo a los soldados profesionales cuando presenten disminución en su capacidad psicofísica no opera automáticamente en detrimento de sus garantías y derechos constitucionales. En estos casos, es necesario que se realice una valoración de las condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades del afectado, para establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución que permitan reubicarlo en otro cargo. De manera que sobre la reincorporación de los soldados que se encuentran en dicha situación, esta Corporación ha sostenido que el reintegro exige el desarrollo de labores compatibles con sus capacidades, teniendo en cuenta además, tanto su grado de escolaridad como sus habilidades o destrezas. Igualmente, se debe tener en cuenta si la discapacidad se adquiere con ocasión del servicio o como producto directo del mismo, aspectos que obligan a las Fuerzas Militares a hacerse cargo de la atención médica del afectado (Subrayado fuera de texto).

(...).

La Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales retirados del servicio activo como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica y la declaración de no aptos para desarrollar la actividad militar, al considerar que **la aplicación del artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 vulnera sus derechos fundamentales al no tener en cuenta las obligaciones del Estado de asegurar la protección de las personas en condición de discapacidad, y la de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección.** En ese contexto, este Tribunal ha ordenado **la reincorporación y la reubicación de dichos soldados profesionales en actividades acordes con sus habilidades, destrezas y formación académica, así como la prestación de la atención médica.**" (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se infiere que no aplicar los principios de protección a personas en situación de especial protección supondría un trato discriminatorio *"pues todos los discapacitados, cualquiera sea el contexto en el que se hallen o su situación frente al Estado o la sociedad, merecen ser tratados en condiciones de igualdad para efectos de que se les prodigue el trato deferente de que, por mandato constitucional, deben ser objeto"*.[9]

Seguridad social para los retirados de las Fuerzas Militares y la Policía.

El Decreto 1795 de 2000 estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional señalando en el artículo 5 el objetivo el cual es brindar el servicio integral de salud al afiliado y sus beneficiarios en áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación y el artículo 6 los principios orientadores para prestar el servicio de salud, calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad entre otros, y tal servicio deber cesar con el retiro de la persona., de ahí que se debe resaltar los principios de ética, solidaridad[10] y equidad que es claro al señalar "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**" (Negrilla fuera de texto)

Es de señalar que la H. Corte Constitucional en sentencia T-601 de 2005 del M.P Álvaro Tafur Galvis en acción dirigida contra la Armada Nacional, en la que el accionante sufrió afecciones psiquiátricas durante la vinculación por las cuales estuvo incapacitado en varias ocasiones hasta que una junta médica lo catalogó como no apto para la actividad militar y como consecuencia del retiro del accionante se había cesado la prestación del servicio médico por parte de la Armada, motivo por el cual solicitaba que se reanudara la atención por parte de las Fuerzas Militares, en razón de que las lesiones sufridas fueron en el servicio obligatorio, señaló:

"(...) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen la obligación de continuar prestando el servicio médico, a la persona que estando en retiro lo necesite, cuando i.) el afectado estaba vinculado a la institución en el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, **cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio** y ii.) Siempre que **el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección**, la cual reaparece después. Dicho servicio debe incluir asistencia hospitalaria y farmacéutica completa pues de negarse a ello se vulneraría el derecho de los afectados al restablecimiento de su salud y a la dignidad humana." (Negrillas fuera del texto)

Asimismo la H. Corte Constitucional en Sentencias, "T-654 de 2006[11], T-854 de 2008[12], T-516 de 2009[13], T-862 de 2010[14] y T-157 de 2012[15]; en las que se ha concedido el amparo del

---

[9] Corte Constitucional. Sentencia T-910 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
[10] PRINCIPIOS Y CARACTERISTICAS. Serán principios orientadores para la prestación del servicio de salud del SSMP los siguientes: (...)
b) ETICA. Es el conjunto de reglas encaminadas a brindar servicios de salud integrales en un marco de respeto por la vida y la dignidad humana sin ningún distingo.
e) SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre los Establecimientos de Sanidad de las Fuerzas Militares y Policía Nacional bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.
(...)

[11] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[12] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[13] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[14] M.P. María Victoria Calle Correa.
[15] M.P. María Victoria Calle Correa.

derecho fundamental a la salud de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía retirados, a quien les habían suspendido la atención médica como consecuencia de su desvinculación. En aquellas ocasiones estableció la Corte que: (i) las lesiones ocurrieron durante el servicio y (ii) el tratamiento ofrecido no había sido suficiente para lograr su recuperación. En consecuencia, se ordenó a la Dirección de Sanidad correspondiente garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud."[16]

Se cita además, 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."

Por lo antes expuesto, es claro que para la alta Corte en algunas ocasiones se vulnera el derecho a la salud de los accionantes que con ocasión a un accidente o enfermedad causada en cumplimiento de sus funciones fue retirado del servicio y en consecuencia suspendido el tratamiento médico, siempre que (i) las lesiones hayan ocurrido durante el servicio y (ii) el tratamiento ofrecido no haya sido suficiente para lograr su recuperación.

El caso concreto.

En el presente asunto se pretende que por esta vía se ordene el reintegro, reubicación del demandante en un cargo de acuerdo a sus capacidades y pago de las incapacidades del mes de mayo y junio, la prima semestral de 2018 y los salarios dejados de percibir hasta la fecha del reintegro, teniendo en cuenta que cuando fue retirado del servicio se encontraba con incapacidad.

Por su parte, la Policía Nacional señaló que la decisión adoptada en la Orden Administrativa de Personal que retiró al accionante, se fundamentó en el dictamen del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía N. TML18-1-010 MDNSG-TML-41.1 de fecha 18 de enero de 2018, instancia máxima en cuanto a los organismos y autoridades médico laborales militares y de policía al presentar disminución de la capacidad psicofísica de conformidad con el numeral 2, literal a, del artículo 8 del Decreto 1793 de 2000.

Manifiesta que en ningún momento la Policía Nacional vulnera derecho fundamental alguno del señor Patrullero ® Jhon Jairo Feria Quimbayo, por cuanto la decisión no solo es legítima sino que se encuentra fundada en una decisión adoptada por el Tribunal Medico Laboral Militar y de Policía, decisiones irrevocables y de obligatorio cumplimiento para las fuerzas militares de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000.

Añade que, frente a la reubicación el Tribunal se pronunció en el acápite "V. CONSIDERACIONES", en el que señaló que frente a la decisión de primera instancia relacionada con recomendar la reubicación laboral del calificado, no es procedente, toda vez que presenta patología osteoarticular permanente, crónica y degenerativa; que si bien fue reubicado desde el año 2015, a la fecha de realización del Tribunal Médico Laboral y después de revisar su historia se encuentra incapacitado totalmente para las actividades del servicio policial desde esa época.

---

[16] T-507/15; Referencia: Expedientes T-4.856.838 y T-4.881.554. Magistrada Ponente. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO del diez de agosto de 2015

Finalmente refiere que el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala que la tutela es improcedente cuando el accionante cuente con otros medios de defesa judicial y en el presente caso puede adelantar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho y atacar los actos administrativos de retiro, situación que no es posible adelantar por vía de tutela, por lo cual solicita se declare la improcedencia de la acción al no ser el mecanismo idóneo pues existen otros mecanismos de defensa judicial.

Ahora bien, en el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

1. El 21 de agosto de 2015 fue realizada Junta Médico Laboral en la cual se calificó la capacidad para el servicio como: capacidad permanente parcial – NO APTO- con reubicación laboral en labores administrativas (fs. 18 a 21).
2. De acuerdo con lo consignado a folio 22, el accionante mediante oficio radicado el 6 de junio de 2017, solicitó convocatoria del Tribunal Médico al presentar modificación de secuelas.
3. El 18 de enero de 2018, en sesión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía decidió modificar los resultados dela Junta Médico Laboras, así: Lesiones – afecciones – secuelas: osteoartrosis generalizada crónica degenerativa y depresión reactiva resuelta sin secuelas valorables; Clasificación de las lesiones y calificación de la capacidad para el servicio: incapacidad permanente parcial - NO APTO para actividad policial. No se recomienda la reubicación laboral del calificado; evaluación de la disminución de la capacidad laboral: presenta una disminución de la capacidad laboral actual: diez punto cero cero por ciento (10.00%); imputabilidad al servicio: en el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad común (fs. 57 a 59).
4. El 19 de abril de 2018, mediante Resolución Número 01826 se retira del servicio activo al Patrullero Jhon Jairo Feria Quimbayo por disminución de capacidad sicofísica de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 54 y numeral 3º del artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 y el acta del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía. (Fl.17 y vto.).
5. Aporta resumen de la historia clínica que data del 29 de noviembre de 2017 (f. 26 a 28)
6. Aporta prórrogas de incapacidades laborales desde el 30 de marzo de 2018 hasta 28 de abril de 2018, desde el 3 de mayo de 2018 hasta el 30 de mayo de 2018 y desde el 31 de mayo de 2018 hasta el 29 de junio de 2018 (fs. 30 a 32).
7. Aporta órdenes de servicio para colonoscopia total por diagnóstico de tumor maligno del colon, gastroenterología, otorrinolaringología y, audiología que datan del 4 de abril de 2018 y 14 de marzo de 2018 (fs. 33 a 36).

Ahora bien, de acuerdo con lo manifestado por la Dirección de Sanidad, al accionante le fue reconocida una indemnización como consecuencia de la valoración médico laboral y que como quiera que se encuentra pendiente por definir la situación médico laboral por novedad de retiro, los servicios de salud se siguen suministrando hasta cuando culmine su proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Decreto 1796 de 2000 (fs. 44 y 47).

Así mismo, la Policía Nacional aporta certificación en la que se señala que el tutelante no ha presentado demanda ante la jurisdicción contenciosa (f. 56)

En este orden de probanzas, debe señalar el Despacho que aunque el accionante tuvo pérdida de su capacidad sicofísica y fue retirado del servicio, la patología osteoarticular permanente, crónica y degenerativa es una enfermedad de origen común, es decir no fue

con ocasión del servicio activo, por lo tanto no es posible por esta vía ordenar el reintegro y reubicación solicitados por el accionante, para dicha pretensión el mecanismo idóneo es el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del cual es posible invocar medidas cautelares cuando se estimen pertinentes para conjurar un posible perjuicio, medidas que fueron reforzadas en el nuevo C.P.A.C.A. haciendo cada vez más extraordinaria la vía de tutela frente a este tipo de actuaciones.

Por las razones expuestas no se tutelarán los derechos invocados, dado que la Corte Constitucional de acuerdo con la jurisprudencia citada ha sido muy enfática y, así lo ha reiterado en múltiples providencias, que el retiro del servicio no opera automáticamente por pérdida de la capacidad laboral, pero la obligación, de reubicación y protección del derecho a la salud, del Estado surge cuando dicha perdida fue con ocasión a la prestación del servicio, presupuesto que en el presente caso no se cumple por ser una enfermedad de origen común.

Sin embargo, con posterioridad a la evaluación del Tribunal Médico Laboral del 18 de enero de 2018, fue diagnosticado al accionante un tumor maligno en el colon y la orden para la colonoscopia data del 4 de abril de 2018, es decir, previo a la notificación del acto de retiro que ocurrió el 3 de mayo de 2018, por lo tanto y como no ha sido practicado el examen de retiro que ordena el artículo 8[17] del Decreto 1796 de 2000, se ordenará que este sea realizado dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia.

Además conforme con la sentencia del Consejo de Estado[18] de fecha 27 de abril de 2017, se ordenará una nueva valoración de la Junta Médico Laboral, atendiendo a las patologías presentadas y que no fueron tenidas en cuenta al momento del retiro.

De acuerdo con la sentencia citada "Al contrario, es con ocasión de la interpretación de los postulados constitucionales, que debe entenderse que las patologías originadas durante la prestación del servicio de quienes estuvieron vinculados a la entidad castrense, cuando presentan agravamiento, deben ser objeto de nueva valoración, pues de una parte, se trata de militares y policías que al momento de su vinculación a la entidad no contaban con ningún tipo de afiliación a EPS ni a Riesgos Laborales, diferente a la afiliación al Subsistema Especial de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.

Restringir la interpretación de los derechos fundamentales de los militares y policías retirados del servicio, para señalar que sólo pueden solicitar una nueva valoración médica por disminución de la capacidad sicofísica cuando las lesiones o patologías se tratan de aquellas originadas con causa y con ocasión del servicio, es una disquisición que desconoce el régimen "especial" de seguridad social en el que ellos se encuentran, pues por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993[19] se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social Integral".

---

[17] ARTICULO 8o. 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.

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Radicación número: 41001-23-33-000-2017-00053-01(AC)

[19] «**ARTICULO. 279.-Excepciones**. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley

Es así como, se concederá el amparo del derecho de acceso a la seguridad social, por lo cual se ordenará al Director General de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General HENRY ARMANDO SANABRIA CELY, o quien haga sus veces, (i) que realice el examen de retiro, conforme con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 y (ii) que adelante las diligencias necesarias para que se realice Junta Médico Laboral y Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, para realizar un dictamen de disminución de la capacidad médico laboral, al señor JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO, en el que se determine su actual estado de salud y las afecciones que padece. Los exámenes y consultas médicas para la realización del dictamen se realizarán a cargo del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, a efectos de no generar interrupciones y demoras en la realización del dictamen.

Se concederá un término máximo tres meses para la realización de la Junta Médica. De interponerse recurso o solicitud de convocatoria del Tribunal Médico, se otorgarán dos meses más para su realización, (El término se contará desde la interposición del recurso).

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCÉDASE el amparo del derecho a la seguridad social al señor JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO. En consecuencia, ORDENÁSE al Director General de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General HENRY ARMANDO SANABRIA CELY, o quien haga sus veces, para (i) que practique el examen de retiro, conforme con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 y (ii) que adelante las diligencias necesarias para que se realice Junta Médico Laboral y Tribunal Médico Laboral de Revisión y de Policía, que califique el estado de disminución de la capacidad médico laboral del señor JHON JAIRO FERIA QUIMBAYO, de acuerdo a las afecciones que padece.

1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.
Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401 **de 1995**
Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.
Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.
PARAGRAFO. 1°-La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.
Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.
PARAGRAFO. 2°- La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de su obligaciones pensionales.
PARAGRAFO. 3°- Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988 , continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.
PARAGRAFO. 4°- Adicionado por el art. 1, **Ley 238 de 1995**. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.»

Los exámenes y consultas médicas para la realización del dictamen se realizarán a cargo del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, a efectos de no generar interrupciones y demoras innecesarias, conforme a los lineamientos dados en la parte motiva.

Se concederá un término máximo tres meses para la realización de la Junta Médica, contado desde la notificación de esta providencia. De interponerse recurso o solicitud de convocatoria del Tribunal Médico, se otorgarán dos meses más para su realización, (El término se contará desde la interposición del recurso).SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE a las accionadas y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez