|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180031400** |
| DEMANDANTE | **EDWARD FABIAN SOTO ACOSTA** |
| DEMANDADO | **TRIBUNAL MEDICO LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

EDWARD FABIAN SOTO ACOSTA actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la TRIBUNAL MEDICO LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA con el fin de proteger su derecho fundamental de debido proceso, defensa, minimo vital, seguridad social, trabajo y acceso a la administracion de justicia.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al Director del TRIBUNAL MEDICO LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA y/o a quien corresponda que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a revocar y/o suspender la decisión del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de la Policía que lo declaró no apto para la actividad policial y sin lugar a reubicación laboral.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

*“1. Me vincule a la Policía Nacional desde el 1 de mayo de 2006 en calidad de Patrullero.*

*2. De esta manera inició una comprometida y denodada labor de defensa de los intereses de la nación, carrera en la que me he destacado por la entrega y cumplimiento de las órdenes y labores que se me han asignado.*

*3. Actualmente estoy en unión libre, tengo dos hijos de tres y siete años respectivamente, además mi señora madre depende económicamente de mí profesión como patrullero de la Policía Nacional, actualmente prestando mi servicio Policial en Facatativá municipio del departamento de Cundinamarca (Colombia).*

*4. Debido al excelente desempeño cuento con una hoja de vida intachable, en la que no me figuran sanciones de orden penal ni disciplinario.*

*5. De la misma manera, cuento con 7 condecoraciones entre menciones honoríficas, distintivos y medallas, además de tener en mi folio de vida 20 felicitaciones debido a capturas por extorsión y en general por efectividad en el cumplimiento de tareas asignadas y alto rendimiento, profesionalismo y desempeño laboral, así como por participación en diferentes operativos, destacándose aquellos contra la minería ilegal y explotación de recursos naturales, que dan cuenta de mi responsabilidad, compromiso y vocación de servicio.*

*6. Debido a una lesión de ligamento cruzado anterior en la rodilla derecha y a una meniscoplastía en la misma extremidad, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional me realizó Junta Médico Laboral 4015 del 24 de septiembre de 2014, notificada el 10 de octubre de 2017 con la que se me valoró por la especialidad de ortopedia.*

*7. En la Junta Medico laboral se concluyó que las afecciones o secuelas son: 1) POP (post operatorio) DE LESION DE LCA (ligamento cruzado anterior), MAS MENISCOPLASTIA DE RODILLA DERECHA.*

*8. Se declaró que el suscrito era APTO.*

*9. La Junta Médico Laboral calificó la afección con siete índices, que a su vez generó una disminución de la capacidad laboral del 17%. Aclarando en Nota: observación: el funcionario debe continuar el proceso de rehabilitación.*

*10. De tal manera proseguí con mi carrera policial, aceptando las asignaciones y los traslados que se me realizaran.*

*11. Debido a que dicha afección es degenerativa y de evolución negativa, empecé a sufrir de dolores y de dificultades para el servicio de vigilancia y del trabajo de campo.*

*12. En tal sentido, convoqué a la segunda instancia para que revisara el acta de junta médico laboral por la causal de modificación de secuelas. Con la intención de que se reconociera la circunstancia de NO APTITUD para el servicio y que en consecuencia se considerara mi reubicación laboral.*

*13. Una vez es autorizada la convocatoria, el 14 de agosto de 2018 me presento a la valoración médica ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en la cual me ratifico de manera verbal en la causal de no aptitud y la solicitud de reubicación laboral, tal como se había solicitado por escrito en la convocatoria. Manifesté verbalmente después que me pusieron de presente mi solicitud; como consta en el consecutivo 75159 hoja N°3 continuación Acta Tribunal Médico Laboral que; en atención a mi condición médica y; en caso de ser declarado No apto, en esta instancia; se tenga en cuenta ser reubicado en atención a mis capacitaciones, como instructor; sea por lo que lo permite y se evidencia por mi patología y secuela actual. Ya que no es solo determinar un concepto de NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL; más si, debe tenerse en cuenta que hay actividades de instrucción, en la cual como reubicado estaría aportando a mi Institución, actividad que estoy realizando en la actualidad.*

*14. El TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISIÓN MEDICO MILITAR Y DE POLICIA, sin mayor fórmula de juicio, sin ordenar un examen actualizado, y sin tener en cuenta que el pronunciamiento de la primera instancia estaba viciado de falsa motivación, toda vez que se había apoyado en un concepto de ortopedia ya vencido para la época de mi calificación médico laboral, si se tiene en cuenta que este ya tenía más de 2 meses de expedido para la fecha en que se me valoró y sobre todo para la fecha en que se me notificó, convino en que el grado de mi afección se encontraba dentro de las causales de no aptitud y así lo declaró, contrariando con esto la disposición legal contenida en el artículo 7 del decreto 1796, que dispone en relación con el procedimiento para determinar la disminución de la capacidad sicofísica, aplicable al personal de la Policía Nacional, que los exámenes que permiten establecer la capacidad sicofísica del personal de la Policía Nacional tienen una validez de 2 meses.*

*Así se lee en la citada norma:*

*"ARTICULO 7o. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXÁMENES DE CAPACIDAD PSICOFISICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 1o. del presente decreto, tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados.*

*15. De tal manera, sin apoyo de una experticia, pues lo integrantes del Tribunal Médico Laboral ninguno tiene la especialidad de ortopedia, me negó la posibilidad de ser calificado objetivamente, y de esa manera no pudieron reflejar mi realidad sicofísica, ratificando el número de índices para mi afección, número de índices que con toda seguridad es mayor a la de 4 años atrás.*

*16. En este orden de ideas, de una lectura desprevenida de la convocatoria que se realizó al Tribunal Médico Laboral se notará que dicho cuerpo colegiado miró con desdén las solicitudes procesales y probatorias que se le pusieron de presente, sin que les haya merecido motivar su negación tácita a practicar un examen actualizado.*

*17. Al margen de esta situación vulneradora, me califican como NO APTO, circunstancia que no obstante la falta de objetividad de dicho cuerpo colegiado, si coincide con mi realidad clínica. Naciendo en ese momento del proceso la obligación para el Tribunal Médico Laboral de entra a considerar la viabilidad de mi reubicación laboral.*

*18. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía está adscrito funcionalmente a la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional. En aras de un debido proceso le correspondía a esa segunda instancia de calificación entrar a revisar mi folio de vida, donde constan mi trayectoria laboral, mi experiencia y mi formación; para lo cual por tratarse la Policía Nacional de una entidad que forma parte del Ministerio de Defensa Nacional, le era dable solicitarle a la institución dicho documento y de una sencilla revisión de este hubiese podido determinar que mi reubicación laboral si era procedente. Caso contrario incurrió por negligencia en una omisión que vulnera el debido proceso.*

*19. En el mismo sentido, si por pura falta a sus funciones calificadoras quiere prescindir de tal prueba tan determinante en la definición de la vida de un policial y la de su familia, también en aras del derecho constitucional a la defensa, le cabía la posibilidad de decretar que de mi parte se arrimara a la foliatura la documentación necesaria que permitiera tener elementos de juicio para pronunciarse en derecho y en justicia sobre la reubicación rogada. Tan solo era necesario habérmelo hecho saber a la dirección física o a la del correo electrónico que se aportaron para notificaciones con el escrito de convocatoria, y en menos de un día les hubiese aportado las certificaciones académicas y de experiencia con las que cuento, que a las claras permiten dar viabilidad a la reubicación.*

*20. Pero no, dicho cuerpo colegiado instituido para la guarda de los interés jurídicos no solo de la Nación sino también de los integrantes de la fuerza pública, prefirió optar por el camino fácil y asumir e ignorar mi realidad laboral, mi trayectoria, mi experiencia y mi formación académica, decidiendo de tajo establecer que no procedía mi reubicación laboral, sin darme aviso, ni prevenirme de que estaban decidiendo mi futuro y el de mi familia; con lo que violentaron el derecho a la defensa y al debido proceso.*

*21. En efecto, cuento con una acción de formación de aplicación de herramientas ofimáticas, procesador de texto, hoja de cálculo y presentaciones electrónicas, certificado por el SENA, que me capacitan para desempeñarme en labores que requieran el uso de computador. (Obrante en el folio de vida que reposa en el Sistema Integrado de Administración del Talento Humano)*

*22. Así mismo cuento con un diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de 120 horas presenciales, recibido por la Universidad del Magdalena, que también me otorga campo de reubicación. (Obrante en el folio de vida que reposa en el Sistema Integrado de Administración del Talento Humano)*

*23. También recibí un Diplomado en Materia Ambiental, Minera y Salud de 120 horas, dictado por la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, Institución Universitaria, lo cual también me amplía el campo laboral. (Obrante en el folio de vida que reposa en el Sistema integrado de Administración del Talento Humano)*

*24. Adicionalmente, estoy cursando estudios para graduarme en el mes de diciembre en la cohorte 07 como Técnico Profesional en Control Ambiental, esto certificado por la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, Institución Universitaria, lo que amplía aún más mi horizonte de utilidad laboral.*

*25. Aunado a lo anterior de la lectura de mi extracto de hoja de vida, obrante en el sistema se desprende que cuento con formación, experiencia y desempeño satisfactorio como guía canino en detección de explosivos y sustancias alucinógenas, que es en la labor que me desempeño en el Grupo Policía Carabineros y Guías, desde el 15 de octubre de 2009 a la fecha.*

*26. El 21 de agosto de 2018, me notifican mediante correo electrónico del ACTA DE TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA No. TML18-1-639 MDNSG-TML-41.1 REGISTRADA AL FOLIO N°33 DEL LIBRO DE TRIBUNAL MÉDICO del 17 de agosto de 2018, por medio del cual me declara NO APTO, sin reubicación laboral, con un porcentaje de disminución de la capacidad laboral del 16.00% (…)”*

**ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 20 de septiembre de 2018 (folio 175 del Cuaderno Principal)
	2. Mediante providencia del 21 de septiembre de 2018 (folio 177 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado Director del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 24 de septiembre de 2018 (folio 179 del Cuaderno Principal), contestó:

*“ (…) En lo que concierne a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, es de indicar que el señor Patrullero EDWARD FABIÁN SOTO ACOSTA, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 04569 del 10 de septiembre de 2018, proferida por el señor Director General de la Policía Nacional de Colombia, por disminución de la capacidad sicofísica, de conformidad con lo establecido en los artículos 54 inciso 1 y 55 numeral 3 del Decreto Ley 1791 de 2000, con una disminución de la capacidad laboral del 16.0%.*

*Según el oficio No. S-2018-033342-MESAN de fecha 24 de septiembre de 2018, signado por el Jefe Grupo de Talento Humano de la Metropolitana de Santander, el citado acto administrativo se encuentra surtiendo el trámite de notificación por aviso, en el entendido que el accionante se negó a notificarse en forma personal.*

*El citado retiro se hizo con fundamento a lo dispuesto en el Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML-18-1-639 del 17 de agosto 2018 donde con relación al accionante se decidió, lo siguiente:*

VI. DECISIONES

**Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía decide por unanimidad MODIFICAR los resultados de la Junta Médico Laboral No. 4015 del 24 DE SEPTIEMBRE de 2014. Realizada en la ciudad de Santa Marta, y en consecuencia resuelve:**

(…)

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

**INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - NO APTA PARA ACTIVIDAD policial, por Articulo 68 Literal a del Decreto 094 de 1989. No se recomienda la reubicación laboral del calificado.**

**C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral**

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: DIECISÉIS punto CERO POR ciento (16.0%)

Total: DIECISÉIS PUNTO CERO POR ciento (16.0%)

*(*...). *(negrillas y subrayas fuera de texto).*

*Respecto a la reubicación laboral del accionante, el mismo Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, expuso lo siguiente:*

*“(…)*

V. CONSIDERACIONES

(...)

3. Con respecto *a* la reubicación laboral el Tribunal Médico Laboral determina que frente:

a) **Las habilidades del actor:** El calificado ostenta 12 años de servicio en la institución como patrullero de la Policía Nacional, es bachiller y técnico profesional en servicio policial, este último como consecuencia de la formación que recibe el personal que labora en el nivel ejecutivo para desarrollar la función operativa policial. Esta Sala evidencia que al momento de la realización de este Tribunal Médico Laboral el calificado no apoda certificados de estudios diferentes que acrediten Aptitud Ocupacional. Es necesario mencionar que si bien se evidencia que el calificado es bachiller académico y de técnico profesional en servicio policial este último como capacitación para la labor a operativa policial, estos no corresponden a PROGRAMAS DE FORMACION ACADEMICA (Decreto 4904 de 2009), ni tampoco a PROGRAMAS DE FORMACIÓN LABORAL de acuerdo a lo establecido por la Clasificación Nacional de Ocupaciones, que tiene por objeto preparar a las personas en áreas específicas de los sectores productivos y desarrollar competencias laborales.

b) Capacidad Física: El paciente presenta antecedentes de post operatorio de ligamento cruzado anterior y meniscoplastia de rodilla derecha con limitación funcional !o cual es acorde con el concepto del médico especialista en fisiatría 17 de enero del 2018 donde establece que el paciente presenta secuela dolorosa de la rodilla con limitación funcional, que se te incrementa con las posturas prolongadas en bipedestación, prolongadas y al subir o bajar escaleras y como consecuencia de esto le recomienda y restringe dichas actividades; lo anterior tienen como riesgo médico el poder generar mayor deterioro en la funcionalidad de su rodilla derecha al exponerse a tas diferentes actividades físicas, operacionales y/o administrativas cotidianas dentro de la actividad normal al interior de la fuerza que lo pueden llevar a generar desajuste ocupacional por las limitantes a la actividad laboral come consecuencia de ¡as actividades anteriormente descritas

**Por ello, no se evidencia que el paciente tenga fas capacidades físicas suficientes para *que* puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución policial, ya que para el desarrollo de la misionalidad *que* tiene a nivel constitucional la Policía Nacional, es necesario contar en sus filas con personal idóneo.**

(…)

**Por las razones expuestas anteriormente, este Organismo Medico Laboral no recomienda la reubicación laboral del calificado...",** *(Negrillas y subrayas fuera de texto).*

*La citada acta fue notificada al referido policial, el 21 de agosto de 2018. Vía correo electrónico.*

*Con relación a la disminución de la capacidad laboral del accionante (16.0%), es pertinente indicar, que el Decreto 094 de 1989, establece los requisitos y partidas para la liquidación y pago de las indemnizaciones por este concepto, determinado por las autoridades médico laborales, lo cual es resorte del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, en virtud del régimen especial que cobija al personal uniformado de la Policía Nacional.*

*De conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley 1796 del 14 de septiembre de 2000. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata la citada norma, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto, así:*

"Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones".

**"Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial *y* civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones"**

**Parágrafo.- esta Calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza *o* de la Policía Nacional autoricen para el efecto"** (negrillas y subrayas fuera de texto)

*Ante la situación médico laboral del accionante, descrita en renglones anteriores, a la Policía Nacional no le quedaba otro camino legal, que proceder al retiro del citado funcionario del servicio activo de la Policía, por disminución de la capacidad sicofísica, conforme a lo indicado en los artículos 54 inciso 1 y 55 numeral 3 del Decreto Ley 1791 de 2000, hecho que se materializó con la expedición de la Resolución No 04569 del 10 de septiembre de 2018, signada por el señor Director General de la Policía Nacional de Colombia.*

*La Policía Nacional no puede desconocer la decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, ni las restricciones u observaciones consideradas por dicho organismo; por tanto, no le es posible mantener en servicio activo a quien ha sido declarado NO APTO, SIN REUBICAC1ÓN LABORAL*

*Es pertinente tener en cuenta, que de conformidad con lo establecido en el artículo 218 de la Constitución Política de Colombia, la Policía Nacional cuenta con un Régimen Especial de Carrera, prestacional y disciplinario.*

*El régimen de carrera especial, se encuentra contenido en el Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales,* ***Nivel Ejecutivo****, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.*

*Es por ello, que el retiro del personal uniformado de la Policía Nacional, está regulado en el artículo 54 y siguientes, así:*

Art. 54.- Retiro, Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro se hará del nivel ejecutivo y agentes, por resolución ministerial facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional…” *(Negrillas fuera de texto),*

"Art. 55.- Causales de retiro. El retiro se produce por ¡as siguientes causales:

Por solicitud propia.

Por llamamiento a calificar servicios.

Por disminución de la capacidad sicofísica.

Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

Por destitución.

Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección Genera! de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo y los agentes

Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.

Por incapacidad académica

Por desaparecimiento

Por muerte". *(Negrillas fuera de texto).*

**"Art. 58.- Retiro por disminución de la capacidad sicofísica.**

El persona! que no reúna las condiciones sicofísicas determinadas en las disposiciones vigentes sobre la materia, será retirado del servicio activo': *(Negrillas fuera de texto),*

**"Art. 59. Excepciones al retiro por disminución de la capacidad sicofísica**. No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, se podrá mantener en servicio activo a aquellos policiales que, habiendo sufrido disminución de la capacidad sicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, siempre que por su trayectoria profesional lo merezcan y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción': *(Negrillas fuera de texto).*

*Así mismo., mediante Sentencia No. C-381 del 12 de abril de 2005, la Honorable Corte Constitucional, Referencia: Expediente D-5373, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 55 (parcial), 58 y 59 (parcial) del Decreto Ley 1791 de 2000, Actor: Amador Lozano Rada, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, resolvió entre otros aspectos, lo siguiente:*

"... Cuarto. *-* Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados en esta Sentencia, el numeral 3 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 y el resto del artículo 59 del mismo Decreto **en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción".**

*Con relación a la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica, el artículo 7° del Decreto Ley 1796 del 14 de septiembre de 2000, estipula:*

"Art. 7o, Validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica. Los resultados de los diferentes exámenes médicos., odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 1° del presente decreto, tienen una validez de dos (2) *meses,* contados a partir de la fecha en que le fueron practicados.

**El concepto de capacidad sicofísica, se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica...".** *(Negrillas y subrayas fuera de texto)*

*De conformidad con la norma en cita, la Policía Nacional* ***contaba con un término de tres (3) meses para todos los efectos legales****, a partir de la notificación de la citada Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, lapso durante el cual era válido el concepto de capacidad sicofísica del accionante, ya que a partir del vencimiento del término aludido, perdía su vigencia y validez, impidiendo a la Institución tomar decisiones administrativas al respecto.*

*Respecto a ¡a vigencia del concepto de capacidad sicofísica, el Consejo de Estado en sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", radicado número: 76001-23-31-000-2001-00051-01(0470-05) de! 28 de junio de 2007, se ha pronunciado respecto a la norma citada, en los siguientes términos:*

En cuanto a la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica, el artículo 4 del Decreto 94 de1989 consagra que" el concepto de capacidad psicofísica se considera válido para el personal por un término de noventa (90) días durante el cual dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales. Sobrepasado este término continua vigente el concepto de actitud hasta cuando se presenten circunstancias del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica", (Subraya la Sala).

Lo anterior significa, que el acto de retiro por la causal de disminución de la capacidad psicofísica, debe, en primer lugar, fundarse en el concepto médico de la Junta Médico Laboral que determine la respectiva disminución física *y,* la calificación de ineptitud para la prestación del servicio público y, en segundo termino, que el concepto médico que se utilice como fundamento debe estar vigente al momento de la expedición del acto de retiro, esto es, dentro de los noventa días siguientes a la expedición de la calificación médica. De tal manera que, si el acto de retiro se expide con base en un concepto médico vencido, su motivación no corresponde a la realidad, pues expirado el término de vigencia de dicho concepto, la Ley consagra como efecto inmediato el recobro de vigencia del concepto de aptitud, circunstancia que desvirtúa la causal de retiro. *(Subrayas y negrillas fuera de texto),*

Evidentemente, la facultad de retiro del nominador debe corresponder a la realidad y a causas ciertas; por tanto, si el acto de retiro del **servicio se** sostiene en hechos ineficaces, lo lógica indica Que éste debe correr la misma suerte de su fundamento.

*(…)", (negrillas y subrayas fuera de texto),*

*Así mismo, en el numeral 2.9 de la Sentencia de la Corte Constitucional No. T-362 del 16 de mayo de 2012, estipula:*

Finalmente considera que la Dirección General de la Policía Nacional no tenía competencia para expedir la resolución que lo retiró del servicio activo de acuerdo con lo normado en el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, el cual determina la validez y vigencia de los dictámenes de incapacidad sicofísica, durante un término de tres meses, es ese y no otro, el término durante el cual la institución tiene competencia para expedir actos administrativos válidos con fundamentos en tales exámenes. Al respecto señaló que el concepto de incapacidad sicofísica fue emitido por el Tribunal Médico Laboral el día 26 de octubre de 2010 y la resolución por medio de la cual la Policía Nacional decide retirarlo del servicio activo fue dictada el día 2 de marzo de 2011 *"es* decir cuando ya habían caducado o prescrito dichos conceptos médicos de capacidad psicofísica...”: *(Negrilla y subrayado fuera de texto).*

*Al margen de intenciones altruistas que pudieran considerarse en situaciones como las que nos ocupa, a la Institución no le es permitido, y por el contrario representa un riesgo, continuar utilizando un funcionario al que las autoridades médico laborales, no sugiere su reubicación laboral. Ello sin tener en cuenta múltiples consecuencias, que pudieran generarse de pretender mantener en servicio activo, un funcionario de la Policía Nacional, en tales condiciones.*

*Por lo anterior, la Policía Nacional no ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante de tutela, toda vez, que al expedir la Resolución No. 04569 del 10 de septiembre de 2018, su actuación se limitó al cumplimiento de la ley, acto administrativo que se origina en lo dispuesto por la autoridad médico laboral, y conforme al ordenamiento jurídico que regula el retiro del personal de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad sicofísica.*

*No se trata pues, de un gesto desconsiderado, o un acto ilegal de la Institución Policial, al retirar al señor Patrullero EDWARD FABIÁN SOTO ACOSTA, del servicio activo, sino que las circunstancias de hecho y jurídicas, que rigen la carrera institucional obligan a tomar tal determinación. Además, el accionante puede procurarse una nueva actividad laboral, pues no se encuentra en condiciones de gran invalidez que le impidan desarrollar otro empleo, u otras habilidades que permitan financiar su subsistencia.*

*Respecto a la solicitud del accionante, de ser reubicado en un cargo que le permita desempeñarse en labores de instrucción, será el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, quien responda directamente al Despacho Judicial, por tratarse de un asunto de su competencia.*

*En cuanto a la seguridad social que reclama el accionante, debido a sus problemas de salud, es importante traer a colación, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia1, el cual consagra que la salud es un derecho fundamental, cuya organización y dirección está a cargo del Estado.*

*De otra parte, es de indicar que la Ley 1751 del f 6 de febrero de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, y se dictan otras disposiciones, estipula en su artículo 4, lo siguiente:*

ARTÍCULO 4o. DEFINICIÓN DE SISTEMA DE SALUD Es ci conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones, competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud."

*De lo anterior se concluye, que la prestación del servicio público de la salud, está a cargo del Estado y es deber de este garantizarlo, en tal sentido, el Sistema de Seguridad Social Integral que presta el Estado Colombiano, es uno solo, pero de él se deriva el Decreto 1795 del 14 de septiembre de 2000, mediante el cual se creó la Estructura del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, sin perder la esencia del servicio púbico que lo caracteriza.*

*Por lo tanto. Si el señor Patrullero EDWARD FABIÁN SOTO ACOSTA, no cuenta con recursos económicos, que le permitan sufragar sus gastos asistenciales las características del Sistema General de Seguridad Social de Salud, le garantizará su atención, por lo que al respecto, se cita el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:*

"ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá tas siguientes características:

El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema Generalde Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaría o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;*" (subrayado lucra de texto original).*

*También, el artículo 157 de la norma ibídem, establece:*

“ARTICULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud;

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo.

*2 Los* afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias"', las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año. los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 55 años, tos discapacitado <persona en situación de discapacidad>, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

Personas vinculadas al Sistema

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos **de** incapacidad de **pago y** mientras logran ser beneficiarios del régimen **subsidiado** tendrán derecho a los servicios de atención **de** salud que **prestan las** instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con **el Estado.".**

*De lo anterior, se puede concluir que si bien es cierto, el señor Patrullero EDVVARD FABIÁN SOTO ACOSTA, fue beneficiario del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, no sólo por su condición de activo de la Policía Nacional, sino porque es un deber legal, también lo es que al ser desvinculado de la Institución, no quedará desamparado, como tampoco su núcleo familiar, toda vez que el Sistema General de Salud del Estado Colombiano, lo cubre bien sea en calidad de afiliado al régimen contributivo, o en su defecto., si no cuenta con recursos económicos, será del régimen subsidiado, presentando así una inexistencia de la vulneración de su derecho fundamental alegado.(…)”*

1. **LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Acta Junta Médico Laboral No. 4015 del 24 de septiembre de 2014 y notificación. (fl82-84c1)
* Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML18-1-639 MDNSG-TML-41.1 Registrada al Folio N°33 del Libro de Tribunal Médico del 17 de agosto de 2018 y notificación por medio de correo electrónico. (fl85-89c1)
* Copia certificado UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA diplomado en DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Agosto 17 de 2016. (fl90c1)
* Copia curso de acción y formación en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" de TRATAMIENTO PRIMARIO DE RESIDUOS SOLIDOS. Junio 29 de 2017. (fl91c1)
* Copia curso de acción y formación en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" de MANTENIMIENTO PREVENTIVO EN MOTORES DIESEL. Agosto 28 de 2017. (fl92c1)
* Copia diplomado de la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESCUELAS, INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA, en MATERIA AMBIENTAL, MINERA Y SALUD EN ATENCIÓN DE COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA CONVIVENCIA. Mayo 11 de 2018. (fl93c1)
* Copia presentación capacitación seminario AMBIENTE, MINERIA Y SALUD. Abril 19 de 2018.(fl94c1)
* Solicitud apoyo proceso de capacitación temática MINERIA ILEGAL SALUD Y AMBIENTE, por parte de la Jefatura Grupo Talento Humano MESAN. Mayo 19 de 2018. (fl95c1)
* Copia constancia dirigida al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, como capacitador temática MINERIA ILEGAL SALUD Y AMBIENTE, signada por la Jefatura Grupo de Carabineros y Guías Caninos MESAN. Septiembre 01 de 2018. (fl96c1)
* Copia extracto hoja de vida (condecoraciones, felicitaciones, sin registro de sanciones ni suspensiones). (fl97-101c1)
* Copia Formulario I Evaluación Del Desempeño Policial Y Formulario II Seguimiento año 2016. (fl102-141c1)
* Copia Formulario I Evaluación Del Desempeño Policial Y Formulario II Seguimiento año 2017.(fl142-174c1)
* Acta de declaración juramentada de dependencia económica de mi Madre.(fl22c1)
* Copia cédula de ciudadanía de mi Madre. (fl23c1)
* Acta de declaración juramentada de dependencia económica de mi Esposa y mis Hijos menores de edad. (fl24c1)
* Copia carné del subsistema de seguridad social de la Policía Nacional, pertenecientes a mis dos (02) hijos menores de edad. (fl26c1)
* Copia de mi cédula de Ciudadanía. (fl27c1)
* Copia Resumen de Historia Clínica. (fl28-79c1)
* Registro civil de nacimiento de mis dos hijos. (fl80-81c1)
1. **CONSIDERACIONES:**
	1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es el debido proceso, defensa, mínimo vital, seguridad social, trabajo y acceso a la administración de justicia, toda vez que la entidad accionada va a retirarlo del servicio en virtud de la decisión del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de la Policía que lo declaró no apto para el servicio y sin reubicación laboral.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derecho fundamentales del accionante ante la decisión del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de la Policía que lo declaró no apto para la actividad policial y sin lugar a reubicación laboral?**

Para responder esta pregunta debemos, tener en cuenta la esencia de la acción de tutela, su carácter residual o subsidiario, del cual se deriva que solo puede acudirse a ella ante falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho. En efecto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que es el procedente; o en caso opuesto, establecer si existió o no la violación del derecho y entrar en consecuencia a tutelarlo o a desestimar la pretensión; y si el caso puede ser ventilado por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela es la más indicada para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

El numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que: “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[[1]](#footnote-1)”* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos.

 Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, para lo cual deberá observar detenidamente los hechos y pruebas obrante en el expediente**,**  con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

Ciertamente, en el *caso sub examine* el actor cuenta con otro medios, como presentar demanda ante la jurisdicción para reclamar la declaratoria de nulidad y el restablecimiento de su derecho donde también puede alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos fundamentales y si lo considera solicitar medidas cautelares. Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

Así mismo lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia T-208-95 MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; al estudiar una acción de tutela “(…) *Si a lo anterior se agrega que el Código Laboral caracteriza a la entrega de ZAPATOS y VESTIDO DE LABOR como PRESTACIÓN (Capítulo 4º) y que "queda prohibido a los patronos pagar en dinero las prestaciones establecidas en este Capítulo",* ***habrá que concluir que no se trata de un derecho fundamental constitucional y que la dotación es una prestación que se puede demandar judicialmente, no siendo viable la reclamación por la via de tutela.*** *(…) (negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, el medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que el demandante padezca un perjuicio irremediable como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos ciertas situaciones “*…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa[[2]](#footnote-2).”*

Es decir, para que proceda la tutela transitoria se requiere que el daño aún no se haya causado y que de causarse no pueda remediarse.

Cabe anotar que el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de caso no obran pruebas de donde se infiera la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción, pues según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por **EDWARD FABIAN SOTO ACOSTA**  por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante y a los accionados.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

LMAT/JBR

1. Según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (**Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**).

La definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional así:*“...es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. ...la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. para evitar un perjuicio irremediable cuando concurran los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (****Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.)*** [↑](#footnote-ref-1)
2. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-2)