|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190026900** |
| DEMANDANTE | **MARÍA OLGA ORTIZ GÓMEZ como agente oficioso de JAIR PENAGOS ORTIZ** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

MARÍA OLGA ORTIZ GÓMEZ como agente oficioso de JAIR PENAGOS ORTIZ por medio de apoderado interpuso acción de tutela en contra del MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL con el fin de proteger su derecho fundamental de debido proceso, igualdad, confianza legítima, buena fe y seguridad social.

1. **LA DEMANDA:**

**La accionante solicita que se ordene al representante legal de la entidad demandada que proceda dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, a modificar la junta médica No. 90317 en el sentido de indicar que se trata de una enfermedad profesional y se valore integralmente para determinar el grado de disminución de la incapacidad laboral de JAIR PENAGOS ORTIZ.**

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

*“(…)2. la señora MARIA OLGA ORTIZ GOMEZ, informa que su hijo presto servicio militar en condiciones óptimas de salud y duro 2 meses, luego de obtener su libreta militar y fue entregado en buenas condiciones.*

*3. el joven JAIR PENAGOS ORTIZ, se presentó ante el ejército para ser SOLDADO PROFESIONAL, quien ingreso en buenas condiciones y actitudes físicas y mentales, paso al batallón todas las pruebas, lo radicaron en Puerto Palma, estando en la Brigada de Selva 22 BICAM No. 24, fue impactado por un rayo eléctrico por causa de la tormenta y estar en misión militar.*

*4. Conforme a los hechos se emitió INFORME ADMINISTRATIVO POR LESIÓN 012 POSTERIOR, EL 1 DE SEPTIEMBRE DE 20156, cuando los hechos fueron el 15 de septiembre de 2014, en el que emite los siguientes fundamentos válidos para la presente acción*

*(…)*

*LITERAL B \_X\_ En el servicio por causa y razón del mismo, es decir enfermedad profesional y/o accidente de trabajo (AT)*

*(…)*

*8. Al joven le realizaron exámenes superficiales y no le brindaron un tratamiento integral para su recuperación, por esta situación del TRAUMA se generó AFECTACIÓN EN SU CEREBRO, GENERA PERDIDA DE MEMORIA, AFECTA SU SIQUIS Y ESTADO ANÍMICOS, AFECTA EN SU MOVILIDAD DEPENDE DE UN BASTÓN, TODO SU CUERPO TIENE AFECTACIÓN EN MEDIO CUERPO AFECTADO, lo que inobservaron en sus valoraciones que realizaron en la Junta Médica y hasta afecta en su entendimiento para obtener coherencia en sus diálogos no puede sostener conversación por afectación, y sus movimientos con temblor en medio cuerpo,*

*9. Estando en esta situación que afecta su consentimiento y entendimiento fue notificado de su junta media realizada el 7 de diciembre de 2017, la cual fue notificado el 7 de marzo de 2018, sin ninguna orientación sobre sus derechos y sin comprender lo que se estaba generando en ese momento, por afectación en su integridad personal con baja autoestima y depresión como se observa que no fue valorado integralmente se refiere que afecto su cefalea tipo peso predominio perietoccipital izquierda intensidad 5/10 con fonofobia náuseas y lo relaciona con el temblor de sus manos, lo determinan que es una enfermedad común cuando riño por ser consecuencias del impacto del rayo que quemo órganos cerebrales y afecta todo su sistema motricidad en sus movimientos involuntarios y no poder coordinarlos, y su mente es igual.*

*(…)*

*16. Se busca es que le brinden un tratamiento integral de salud y se valore nuevamente ante JUNTA MEDICA PARA DETERMINAR SUS AFECTACIONES.*

*17. Obsérvese que en la Junta Medica se refiere a una reubicación e indica que se trata de un retiro, no apto con INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.*

*18. En la junta médica cuando se visualiza tanta afectación en su siquis y en su condición física afectada para su movilización, con movimientos involuntarios, afecta en su habla y afecta hasta su coordinación de sus diálogos que no son coherentes, le realizan una DISMINUCIÓN DE CAPACIDAD LABORAL DEL 18.09, no analizaron de forma integral sus afectaciones generadas en su cuerpo humano falto valoración integral.*

*(…) ”.*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
   1. La presente demanda fue radicada el 13 de septiembre de 2019.
   2. Con auto del 17 de septiembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado Ministro de Defensa y al Director de Sanidad del Ejército Nacional el 19 de septiembre de 2019, guardo silencio.

**4. LAS PRUEBAS:**

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

* Copia de cc. de MARÍA OLGA ORTIZ GÓMEZ y JAIR PENAGOS ORTIZ (folio 20 y 21 del cp).
* Copia de carné de servicios de salud de JAIR PENAGOS ORTIZ (folio 22 y 23 del cp).
* Copia del acta de junta médica laboral No. 99271 practicada a JAIR PENAGOS ORTIZ (folio 24 al 25 del cp).
* Copia de oficios relacionados con la prestación de servicio del soldado profesional JAIR PENAGOS ORTIZ y su historia clinica (folio 26 al 95 del cp).

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 debido proceso, igualdad, confianza legítima, buena fe y seguridad social toda vez que la entidad accionada en el Acta de Junta Médica Laboral practicada a JAIR PENAGOS ORTIZ califico su enfermedad como de origen común.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿es procedente la acción de tutela para ordenar a la entidad demandada que modifique Acta de Junta Médica Laboral?**

La respuesta al anterior interrogante es **negativa** por las siguientes razones:

Cabe resaltar el carácter residual o subsidiario de la acción de tutela, de modo que puede acudirse a ella a 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, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, 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.

En el caso sub examine, la accionante quien actúa en calidad de agente oficioso de Jair Penagos Ortiz, manifiesta que al señor Penagos Ortiz le fue practicada el Acta de Junta Médica Laboral en el cual le calificaron sus enfermedades como de origen común, por lo tanto, solicita que se realice una nueva valoración de manera integral y se modifique el acta indicando que se trata de una enfermedad de origen profesional.

Observa el despacho que el acto administrativo que le está causando la vulneración a los derechos fundamentales del accionante es el Acta de Junta Médica Laboral No. 99271 practicada a Jair Penagos Ortiz y que determinó que sus lesiones son de origen común. Sin embargo, considera este despacho que el actor contaba con la posibilidad de interponer los recursos de la vía gubernativa contra el acta que determinó la invalidez y acceder al Tribunal Médico Laboral.

Además, para impugnar los actos administrativos existe la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales, igualmente puede solicitar las medidas cautelares que considere necesarias; por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

El medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado “*…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 las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de ésta 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 MARÍA OLGA ORTIZ GÓMEZ como agente oficioso de JAIR PENAGOS ORTIZ por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia a la accionante MARÍA OLGA ORTIZ GÓMEZ como agente oficioso de JAIR PENAGOS ORTIZ, al Ministro de Defensa y al Director de Sanidad del Ejército Nacional y/o a quien haga sus veces.

**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

SLDR

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)