

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTA

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono: 601-3532666 ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DE LA DECISION

Decidir la acción de tutela interpuesta por la señora **NELLY SOFIA MORENO FUENTES**, contra la **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** y el **MINISTERIO DE DEFENSA**. Se vinculó al **DISPENSARIO MEDICO GILBERTO ECHEVERRY MEJIA**, al **DISPENSARIO MEDICO DEL NORTE** y al **DISPENSARIO MEDICO SUROCCIDENTE**.

HECHOS

1°. La señora **NELLY SOFÍA MORENO FUENTES**, relató que fue vinculada al **Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar**, mediante Resolución 0931 del 31 de agosto de 2006, como Profesional Especializado asignada al **Dispensario Médico Gilberto Echeverry Mejía**, como Médico General, pero le agendaban atenciones en su especialidad de ginecología y obstetricia.

2°. Mediante Resolución 0625 del 14 de Julio 2021, fue declarada insubsistente su nombramiento del cargo de servidor misional código 2-2 , Grado 14, sin tener en cuenta que está en edad de pre pensión, interrumpiendo la posibilidad fija de seguir cotizando para su pensión, poniendo en riesgo su estabilidad laboral, su salud, ya que padece de Hipertensión Arterial, Hipotiroidismo clínico y Síndrome de Apnea del Sueño, diagnósticos que se exacerbaron y afectan su modus vivendi y el de su familia, hechos por los cuales inició una acción de tutela, fallada a favor mediante decisión de 30 de noviembre de 2021, proferido por la Sección Primera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3°. La Dirección de Sanidad Militar reiteradamente incumplió la orden emitida, por lo cual dio inicio a incidente de desacato y luego de quince meses, ordenaron su reintegro, pero no al **Dispensario Médico Norte**, sino al **Centro Médico Suroccidente**, bajo la Dirección de la misma Coronel (TERESA LILIANA LEYVA QUINTERO) quien fue la que la acosó durante los últimos años y en contra de quien había formulado una queja por extralimitación de funciones ante la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, allí continuó la persecución, pues la directora del Dispensario Médico Suroccidente decidió agendarle citas como médico general, labor para lo que no está capacitada ya que es médico especialista en el área de Ginecología y Obstetricia, asuntos que le ocasionaron una serie de afecciones

emocionales y anímicas, que dieron origen a que medicamento se le incapacitara y ordenara la ejecución de su labor de manera virtual, no obstante se continuó con la ejecución de conductas irregulares como formular requerimientos al Director de Sanidad Militar para pre constituir causales en su contra, hechos que desembocaron en la expedición de la Resolución 1003 del 27 de Julio de 2023, mediante la cual, la declararon insubsistente por abandono del cargo, sin abrir la posibilidad de defensa como lo establece la sentencia C-1189 del 2005.

4º. La declaratoria de insubsistencia ha causado perjuicio moral irreparable, económico, a la salud, a la familia, así como una afectación directa al derecho al trabajo, a las cotizaciones al sistema de seguridad social en especial aportes para pensión, no subsanables de otra manera que con la orden de reintegro, en atención a que se han interrumpido con la declaratoria de insubsistencia y solamente la tutela, amén de su edad es el camino viable para restablecer los derechos conculcados por la entidad accionada, evitando así tal perjuicio irremediable.

Esta actuación se recibió de la oficina judicial, mediante el aplicativo web, el 20 de noviembre de 2023.

DERECHOS Y PRETENSIONES QUE SE INVOCAN

Se pidió la protección de los derechos al: Debido Proceso, Defensa, Salud, Estabilidad laboral reforzada, Prepensionada, a Percibir el ingreso que devengaba, al Buen Nombre desconocidos por la Dirección de Sanidad Militar.

Las pretensiones son las siguientes:

“SEXTA: DECLARAR la ineficacia de la declaratoria de abandono del cargo contenida en la resolución 1003 del 27 de Julio de 2023 y como consecuencia, ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR además del reintegro el pago de todos los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir entre la terminación de su contrato y la fecha de la tutela de mis derechos, así como la indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, conforme con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

CONTESTACIÓN DE LA TUTELA

Ninguna de las entidades accionadas dio respuesta, en el término otorgado de traslado, del pasado 21 de noviembre de 2023, a pesar de que se les reiteró la solicitud el martes 28 de noviembre de 2023.

PRUEBAS

1º. Junto con la demanda de tutela se anexaron los siguientes documentos:

*Copia de la Resolución 1003 del 27 de Julio de 2023, de la DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, por medio de la cual la accionante fue retirada por abandono del cargo.

*Constancia de notificación de la Resolución 1003 del 27 de julio del 2023, a la accionante, sin su firma.

*

*Recomendaciones de trabajo virtual en casa para la accionante, por trastorno de ansiedad, por parte de la Psiquiatra MARIA DEL PILAR MANCERA, de fecha 19 de abril del 2023,

*Comunicación del 03 de octubre del 2023, por medio de la cual, la DISAN le responde a la accionante, a su solicitud de revocatoria directa, que no revoca la resolución 1003 del 27 de Julio de 2023.

CONSIDERACIONES

➤ Problema jurídico

Determinar si la acción de tutela es la vía procesal idónea para ordenar la revocatoria de una resolución de retiro del servicio por abandono de cargo.

DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

De conformidad con el 86 de la Constitución, este principio implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de manera tal que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa de carácter judicial, se ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹:

“... cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo o eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.”

La primera hipótesis se refiere al análisis de la idoneidad y eficacia del medio de defensa judicial ordinario previsto en la ley a favor del afectado, el cual no puede realizarse en abstracto, sino que debe comprender el estudio de las situaciones particulares que sustentan el caso concreto. De esta manera, el juez podría advertir que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados².

De otra parte, la segunda hipótesis tiene el propósito de conjurar o evitar una afectación inminente o grave a un derecho fundamental, por lo que la protección es temporal de acuerdo

¹ Sentencia T-146 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

² Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

con lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991¹. La concesión del amparo bajo dicha modalidad de protección exige la acreditación de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo².

Finalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS:

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer los medios de control contenidos en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ante la respectiva jurisdicción y como medida preventiva solicitar dentro de ésta la suspensión provisional del acto que causa la transgresión.

Se hace necesario precisar que el artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En síntesis, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está

¹ “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”

² Sentencias T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteradas en la Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Sentencias T-163 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-136 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras

atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.

Por manera que, la acción de tutela, debido a su carácter subsidiario, no es procedente en principio para controvertir los actos administrativos que deciden situaciones de servidores públicos. Sin embargo, en aras de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, se debe considerar que cuando los mecanismos judiciales para alegar dichos asuntos, siendo idóneos, no resulten eficaces para la protección de los derechos constitucionales, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio con el fin de salvaguardar los derechos y evitar un perjuicio irremediable, lo cual se presenta cuando se afectan en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Estas situaciones deben ser analizadas bajo un criterio de orden constitucional por tratarse de un problema legal que trasciende a uno de relevancia para el ordenamiento jurídico, dada la afectación de los derechos fundamentales.

➤ DEL CASO CONCRETO:

Pretende la señora NELLY SOFIA MORENO FUENTES, que el juez constitucional deje sin efectos el acto administrativo: Resolución 1003 del 27 de Julio de 2023: *“por medio de la cual se retira del servicio por abandono de cargo a una funcionaria de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General de Sanidad Militar, al servicio de la Dirección de Sanidad del Ejército”*, porque según su criterio, se dio en contravía de sus derechos fundamentales.

En este caso, la desvinculación de la accionante dispuesta mediante Resolución enunciada, se dio por el abandono del cargo, en razón a su inasistencia por tres días, luego de terminada una incapacidad médica, por parte de la accionante, no por las razones aludidas por la señora demandante: (i) por sus problemas de salud (ii) por la presunta persecución laboral (iii) por el no pago de los emolumentos salariales para el cargo que desempeñaba.

Según la resolución mencionada, la accionante no prestó su servicios durante tres días del mes de abril de 2023, sin que allegara justificación alguna, a pesar de que le fuera solicitada, actuación administrativa que fue de conocimiento de la involucrada, por ende, contrario a sus argumentos, el debido proceso le fue respetado, pues se repite, no solo se le dio la oportunidad de defensa y contradicción en el devenir procesal, sino que se le notificó en debida forma, sin que interpusiera los recursos viables para agotar vía gubernativa, sino revocatoria directa.

En cuanto a la sentencia C-1189 del 2005 de la CORTE CONSTITUCIONAL, citada por la accionante, es necesario precisar que en dicha jurisprudencia se indica que la aplicación de la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, no requiere previamente el adelantamiento de un proceso disciplinario, ya que no constituye una medida sancionatoria. Al respecto, se indicó lo siguiente:

“La causal de retiro del servicio por abandono del cargo, consagrada en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no tiene proyección hacia el derecho disciplinario, sino que se enmarca dentro de las medidas administrativas que tienden a dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal.”

“Si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de

presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), previa expedición del acto administrativo de retiro del servicio. ..Cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, antes de que ésta se produzca” – resaltado fuera de texto -.

En ese orden, al tratarse de un procedimiento administrativo, pretender controvertir la resolución de retiro del servicio por abandono de cargo, mediante la acción de tutela, es improcedente, como quiera que para este tipo de situaciones existe otro medio de defensa judicial idóneo, y es demandar el acto administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, máxime cuando no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable, distinto al perjuicio que puede causar la pérdida de un empleo.

➤ **SINTESIS:**

En ese orden de ideas, con fundamento la causal primera del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, se declarará improcedente el amparo deprecado por la existencia de otro medio de defensa judicial y la no demostración de la existencia de un verdadero perjuicio irremediable, la cual establece lo siguiente:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...”

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela interpuesta por la señora **NELLY SOFIA MORENO FUENTES** contra la **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR** y el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, en la que se vinculó de oficio a los dispensarios médicos **GILBERTO ECHEVERRY MEJIA, NORTE Y SUROCCIDENTE**.

SEGUNDO: DISPONER que en caso de no ser impugnada la sentencia, dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 –tres días siguientes a la notificación-, se remita la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico.

La notificación a las partes, se debe hacer a los siguientes emails:

ACCIONANTE:

sofymorenofuentes@hotmail.com

ACCIONADO Y VINCULADOS :

DISAN MILITAR: notificacionesDGSM@sanidad.mil.co
disan.juridica@buzonejercito.mil.co

MINDEFENSA : notificacionestutelas@mindefensa.gov.co

DISPENSARIO GILBERTO ECEHEVERRY MEJIA: juridicadmgem30@gmail.com

DISPENSARIO NORTE: carolina.calderon@sanidadfuerzasmilitares.mil.co

DISPENSARIO SUROCCIDENTE: disan@buzonejercito.mil.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ.