

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA / OMISIÓN EN LA PRÁCTICA DEL EXÁMEN DE RETIRO A MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA / MEDIDA PROVISIONAL CON CARÁCTER PERMANENTE - Restablecimiento de los servicios de salud

Respecto de la obligación que tienen las Fuerzas Militares de realizarle el examen de retiro a sus miembros una vez son retirados del servicio, dicho derecho no prescribe, y que con las pruebas allegadas al expediente queda claro que dicho deber no fue cumplido por parte de las Fuerzas Militares, se ampararán los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al debido proceso del actor en el sentido de ordenar la realización del mismo, para que luego el tutelante tenga la oportunidad de solicitar nuevamente la convocatoria de la Junta Médico Laboral y determinar la disminución de la capacidad laboral derivada de la prestación del servicio como miembro de las Fuerzas Militares y de ser el caso acuda al Tribunal de Revisión Médico Laboral (...) Visto lo anterior, resulta evidente que el [actor] no cuenta con los servicios de salud adecuados para tratar sus patologías, además, de los documentos obrantes en el expediente parece lógico inferir que dichas patologías sean ocasionadas por los accidentes que sufrió durante el tiempo que estuvo en servicio (...) Por lo anterior, la Sala de decisión hará permanente la medida provisional consistente en que se le restablezcan en su totalidad los servicios de salud prestados por las Fuerzas Militares hasta que se defina en forma definitiva su situación médico laboral y se le paguen las indemnizaciones a que haya lugar.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1796 DEL 2000 - ARTÍCULO 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03703-00(AC)

Actor: FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETÁ Y OTROS

Procede la Sala a resolver la solicitud que formuló la accionante en contra del Tribunal Administrativo del Caquetá, del Juzgado Tercero Administrativo de Florencia, del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 26 de mayo de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ** solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la salud, al mínimo vital y móvil, y al trabajo que considera vulnerados por las mencionadas entidades por los siguientes hechos.

1.1. Hechos de la acción

a) El 15 de agosto de 2010 el tutelante se vinculó al Ejército Nacional de Colombia, como Soldado Profesional. Estando en servicio fue víctima de un ataque, perpetrado por el frente 21 de las FARC, donde sufrió heridas en la zona abdominal, causadas por las esquirlas de la explosión de un artefacto.

b) Una vez se recuperó, fue reubicado laboralmente y se le asignó la labor de estafeta, en cumplimiento de sus funciones fue atropellado por una volqueta, que le ocasionó nuevas lesiones que obligaron a que fuera inducido en coma por 5 días¹.

c) Indicó, que se le realizó Junta Medico Laboral que determinó una disminución de la capacidad laboral del 36.84%, pero que allí, únicamente, se evaluaron las lesiones ocasionadas por el ataque del frente 21 de las FARC, sin tenerse en cuenta las heridas sufridas en el siniestro con la volqueta, pues dicha revisión se llevó a cabo antes de que sucediera el segundo accidente.

d) Ante la inconformidad con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, mediante apoderado, solicitó la convocatoria del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía, con el fin de que se le tuvieran en cuenta las nuevas lesiones; sin embargo, aduce que hasta el momento no se ha resuelto dicha petición.

e) El 21 de octubre de 2014, se profirió la "*orden administrativa de personal No. 2209 de la jefatura de desarrollo humano del Ejército Nacional*", en donde se ordenó el retiro del actor, por disminución de capacidad psicofísica.

f) Señaló que el acto administrativo que lo retiró del servicio no estaba motivado, e infringe la ley, por lo que considera que fue despedido injustamente, además sin ningún tipo de indemnización, y con el respaldo de un diagnóstico médico que no correspondía a la actual realidad. Consecuencia de esta decisión fue desvinculado de los servicios de salud a pesar de los padecimientos que lo aquejan, y que fueron por causa y ocasión del servicio.

g) Agregó que las lesiones le ocasionaron daños psicológicos, que lo han llevado a vivir prácticamente como un "indigente", pues adopta decisiones de las cuales

¹ Agrega que con ocasión de dicho accidente estuvo internado en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

no es consciente, en ocasiones tiene momentos de lucidez y después padece de “lagunas mentales” que duran, incluso, varias semanas, en donde sin darse cuenta vende y regala sus pertenencias, y aparece en lugares distintos del país, sin saber cómo llegó.

i) Manifestó que presentó, hace más de dos años, acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, para que se declare la nulidad de los actos con los que se retiró del servicio, sin que hasta la fecha se haya siquiera admitido la demanda.

1.2 Sustento de la vulneración

Expuso que la ausencia de los servicios médicos, han permitido que las lesiones ocasionadas por el tiempo que prestó servicio hayan empeorado de manera “estrepitosa”. Además, señaló que el hecho de que no se le haya hecho un reconocimiento pecuniario lo dejó en una situación económica precaria que no le permite subsistir de una manera digna, pues en su actual condición no puede conseguir trabajo.

1.3 Pretensiones

Solicitó que se tutele:

1. “El derecho al mínimo vital y móvil; derecho a la vida en condiciones dignas; derecho a la seguridad social en salud, derecho al trabajo, y a la igualdad frente a la Ley y se ordene al Ejército Nacional y al Ministerio de Defensa Nacional me proporcione un servicio de salud digno sometiéndome a los tratamientos médicos a que haya lugar a fin de recuperar mi salud física y mental, para poder ser una persona útil y poder valerme por mi propios medios, y con ello recuperar mi familia.
2. Que se ordene la protección al derecho fundamental al debido proceso y al derecho a la defensa y oportunidades o igualdad que me han sido soslayados por el Ejército Nacional de Colombia al utilizarme y desecharme mediante una orden médica donde no se determinó mi real situación física y mental ni tampoco se me hizo ningún tipo de reconocimiento pecuniario, como indemnización, pensión a que tengo derecho o reintegro.”

2 Trámite y contestaciones de la demanda

Inicialmente con auto de 5 de mayo de 2016², el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela de la referencia y ordenó notificar esta decisión al Ejército Nacional.

² Folio 20

Luego, con fallo del 17 de mayo de 2016³, el Tribunal Administrativo del Tolima rechazó por improcedente la petición de amparo del señor **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ**, por cuanto en el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia Caquetá, se adelanta proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que lo pretendido es lo mismo que en la presente acción constitucional.

Frente a la anterior decisión el tutelante presentó impugnación, de la cual conoció la Sección Segunda de esta Corporación, mediante auto del 28 de septiembre de 2016⁴ decretó la nulidad de todo lo actuado por cuanto no se vinculó al Juzgado Tercero Administrativo de Florencia – Caquetá, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Hospital Federico Lleras Acosta.

Posteriormente, mediante auto del 24 de octubre de 2016⁵ el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela y procedió a vincular a las referidas autoridades, pero allegada la contestación del Juez Tercero Administrativo de Florencia, el ponente advirtió que era necesario vincular al Tribunal Administrativo del Caquetá, por conocer del proceso ordinario al que alude al actor. Por esta misma razón concluyó que carecía de competencia para resolver la tutela y la remitió al Consejo de Estado.

Finalmente, el expediente pasó al Despacho de la ponente el 6 de diciembre de 2016. Mediante auto de 15 de diciembre de 2016⁶ se dispuso vincular al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y se le ordenó que certificara si ya había resuelto el recurso de apelación interpuesto por el tutelante contra el Acta No. 66860 de la Junta Médico Laboral, y se decretó como medida provisional que se le restablecieran los servicios de salud de las Fuerzas Militares hasta que se resuelva esta acción.

Las contestaciones de la tutela de las autoridades vinculadas se dieron de la siguiente manera:

2.2 Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

Solicitó que se rechace la presente acción por improcedente por cuanto no hubo vulneración de los derechos fundamentales del tutelante por parte de esa entidad, ya que si bien tiene a su cargo la valoración de la actitud psicofísica de los militares, la decisión de retiro del servicio, corresponde al Comandante General del Ejército Nacional.

Señaló que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional tiene la función de valorar en primera instancia, la aptitud psicofísica de los militares, y que en el presente caso realizó todos los procedimientos cumpliendo con las garantías para proteger los derechos constitucionales del actor.

³ Folio 25

⁴ Folio 38

⁵ Folio 48

⁶ Folio 123

Añadió que la tutela no es mecanismo idóneo para resolver las pretensiones de esta acción, el actor tiene la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para acusar la legalidad de la decisión de la Junta Medico Laboral de Actitud Psicofísica y la Orden Administrativa de Personal.

Finalmente, señaló que frente a la prestación de los servicios médicos, el actor conoce el protocolo médico laboral que contempla el Decreto 1796 de 2000, por lo que **tiene conocimiento del proceso que debía seguir para definir su situación de sanidad y le fueron pagadas las indemnizaciones a las que tenía derecho** y como fue retirado mediante disposición No. 2209 de fecha 21 de octubre de 2014, **debía presentarse a la realización del examen de retiro dentro de los 60 días siguientes a esa fecha y como no lo hizo, prescribieron las indemnizaciones a las que tuviera lugar y también cesó su derecho a recibir los servicios médicos de las Fuerzas Militares.**

2.3 Tribunal Administrativo del Caquetá

El magistrado ponente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2016-00136-00 que incoó el tutelante contra la OAP 2209 de 21 de octubre de 2014, por medio de la cual se le retiró del servicio, informó que “mediante auto de fecha **4 de noviembre de 2016**, (SIC) el suscrito Magistrado, ordena devolver el proceso al Juzgado Administrativo que venía conociendo del presente asunto, por cuanto la cuantía no supera los 50 s.m.l.m.v necesarios para que de él conozca esta Corporación en primer grado.”.

2.4 Comando de Personal del Ejército Nacional

El Director de Personal del Ejército Nacional, señaló que no es cierto que al actor se le haya retirado arbitrariamente del servicio activo, pues, en su caso, se surtió un procedimiento administrativo, en donde se tuvo en cuenta su valoración médico laboral, cuyo resultado fue el reconocimiento y pago de una indemnización por \$22.316.325, por lo que apuntó que las aseveraciones del tutelante son “infundadas exageradas y fuera de toda realidad”.

Con base en lo anterior, solicitó que se declare “la carencia actual de objeto e inexistencia del hecho”.

2.5 Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía

La asesora jurídica en cargo de la entidad, señaló que revisada la solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral hecha por el tutelante, se determinó que estaba incompleta, por lo que con Oficio No. OFI15-185 el 5 de enero del 2015, requirió al abogado OSCAR EDUARDO CHAVARRO RAMÍREZ, apoderado del accionante, para que complementara la solicitud.

Indicó que el abogado del accionante no subsanó, en su oportunidad, el requerimiento, mediante Oficio No. OFI16-29388 del 25 de abril de 2016, le

informó que se entendía que había desistido de la solicitud de convocatoria, tal y como lo señala el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011.

El Juzgado Tercero Administrativo de Florencia - Caquetá y el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., pese a ser notificados de la presente tutela, guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la tutela instaurada de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, en el numeral 2º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 y en el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Generalidades sobre la acción de tutela

Conforme lo preceptúa el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

Su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

En ese orden de ideas, resulta palmario que el mecanismo de amparo demanda la concurrencia de determinados presupuestos procesales que le son inherentes, como son la subsidiariedad, la inmediatez y, si es del caso, la inminencia de un perjuicio irremediable, sin los cuales no le es dable al juez constitucional inmiscuirse en determinada controversia y, mucho menos, acometer las diferentes subreglas dispuestas por la jurisprudencia en torno a asuntos como el sub examine.

Lo anterior tiene como objetivo salvaguardar de un uso inadecuado, que podría desnaturalizar su valor preeminente y especial dentro del ordenamiento jurídico y, de contera, atentar contra el fin superior que el Constituyente le confirió.

3. Asunto bajo análisis

En el presente caso se tiene que la acción de tutela se fundamenta en i) la inconformidad del actor frente a la actuación que antecede a su retiro, ii) a que demandó en nulidad y restablecimiento del derecho el acto de retiro y aún no lo han admitido y iii) que no cuenta con servicios de salud.

Así las cosas, la Sala procederá a resolver cada uno de los puntos señalados en el mismo orden:

3.1 Frente al Acto que ordenó su retiro

El actor considera vulnerados sus derechos con la OAP No. 2209 del 21 de octubre de 2014 que lo desvinculó del Ejército Nacional de Colombia, porque en su sentir:

- Fue indebidamente notificado.
- El porcentaje de la pérdida de capacidad laboral con la cual se justificó su retiro no corresponde a la realidad de las heridas sufridas mientras prestó servicio.
- Presentó recurso de apelación frente al Acta de la Junta Médico Laboral y hasta la fecha no esa autoridad no la ha resuelto.

De los antecedentes y pruebas que reposan en el expediente se advierte que la presente acción de tutela deviene en improcedente, frente a esta pretensión, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

Frente a este requisito esta Sala ha sostenido que la tutela fue estatuida por el constituyente con el objeto de proveer una protección inmediata de los derechos fundamentales conculcados, lo que supone su amparo rápido, urgente, actual y eficaz.

Ha señalado la jurisprudencia constitucional que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos, en principio, por las vías ordinarias -jurisdiccionales-, de manera que únicamente ante la inexistencia de dichas alternativas o cuando estas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

El carácter subsidiario de la tutela impone al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales, de los cuales debe hacer uso con diligencia, pues la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

En ese sentido esta Sección ha manifestado que:

“(…) no le es dable al accionante, motu proprio, suplir los procedimientos y trámites preestablecidos con el sólo pretexto de que la tutela se tramita con agilidad, en forma prevalente y que se resuelve en menor tiempo que la acciones ordinarias, pues la solicitud de amparo se convertiría en vía

expedita para acusar toda clase de discrepancias frente a las que el legislador ha previsto otro trámite jurisdiccional, y que además, como en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, están provistas de medidas cautelares a partir de las cuales puede solicitarse la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”⁷.

De igual manera en un caso con supuestos fácticos similares al presente con sentencia del 10 de marzo de 2016, dentro del proceso 2015-04624, esta misma Sala indicó que:

“A este punto, para la Sala es claro que por vía de esta acción constitucional, no es viable debatir la legalidad de la Resolución No. 6374 de 28 de julio de 2015, adoptada por el Ministro de Defensa y con la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional al accionante porque se tiene que para este efecto el actor cuenta con la posibilidad de ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

De igual forma la Corte Constitucional⁸ ha expresado:

“Según esta exigencia, entonces, **si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.** Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.” (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, se tiene que la mencionada orden tiene la naturaleza de acto administrativo, el cual es susceptible de ser demandado en nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto ya lo hizo el actor, trámite que se adelanta en el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia – Caquetá bajo el número de radicado 73001-23-33-001-2016-00329-00.

Así las cosas no existe razón para que este juez constitucional interceda con la presente acción a estudiar los reproches presentados contra la OAP No. 2209 del 21 de octubre de 2014, pues como ya se dijo antes, corresponde al juez del proceso contencioso administrativo estudiarlos.

⁷ Sentencia de 10 de agosto de 2012. Radicado: 25000-23-26-000-2012-00917-01(AC) M.P: Susana Buitrago Valencia.

⁸ Sentencia T-406 de 2005.

3.2 Respecto el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra el acto de retiro

Respecto este punto se tiene que el tutelante aduce que no le han admitido la acción ordinaria ejercida desde el 21 de mayo de 2015.

Al respecto el Tribunal Administrativo del Caquetá en su contestación de tutela señaló que:

- “Auto del **15 de diciembre de 2015**, por el cual el mentado Juzgado Tercero Administrativo de Florencia avoca conocimiento del presente asunto y, previo a resolver sobre la admisión de la demanda, solicita a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, allegar en el término de 8 días, copia auténtica de la OAP No 2209 de fecha 21 de octubre de 2014.
- Auto del **30 de marzo de 2016**, por el cual el Juzgado en precedencia inadmite la presente demanda a efectos de que sea subsanada en cuanto a la discriminación correcta de la cuantía de las pretensiones, a fin de establecer la competencia e individualizar en debida forma las pretensiones de la demanda, integrando todos los actos administrativos que conforman el acto complejo demandado.
- Presentado escrito de subsanación de la demanda, el Juzgado Tercero Administrativo profiere auto el 16 de junio de 2016, mediante el cual se decide declarar la falta de competencia y, en consecuencia, ordena remitirlo a la Oficina de Apoyo Judicial para que sea repartido entre los Despachos del Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, correspondiéndole el conocimiento al suscrito, en calidad de Magistrado del **DESPACHO SEGUNDO**; expediente que ingresó el 28 de junio de 2016.
- Finalmente, mediante auto de la fecha **4 de noviembre de 2016**, el suscrito Magistrado, ordena devolver el proceso al Juzgado Administrativo que venía conociendo del presente asunto, por cuanto la cuantía no supera los 50 s.m.l.m.v necesarios para que de él conozca esta Corporación en primer grado. En la actualidad se encuentra en trámite de notificación y ejecutoria dicho proveído.”

En ese sentido una vez revisada la página Web de “consulta de procesos” de la Rama Judicial la Sala encuentra que el mencionado expediente se encuentra desde el 26 de noviembre de 2016 al Despacho del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Florencia – Caquetá, pendiente de proferir auto admisorio de la demanda⁹.

La Sala resalta que según lo dispuesto por el artículo 120 del Código General del Proceso¹⁰, aplicable por integración normativa al procedimiento contencioso

⁹ <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocessos/>

¹⁰ **Artículo 120. Términos para dictar las providencias judiciales por fuera de audiencia.**

administrativo contaba con el término de diez (10) días hábiles para proveer sobre la admisión de la demanda el cual a la fecha se encuentra vencido.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala exhortará al Juzgado Tercero Administrativo de Florencia - Caquetá para que en cumplimiento de los principios de celeridad y eficacia que deben llevar inmersos los procesos judiciales, dé pronto trámite al proceso contencioso administrativo No. 18-001-33-33-902-2015-00045-00 iniciado por el tutelante.

3.3 Frente a la obligatoriedad de realizar el examen de retiro

Respecto de la obligación que tienen las Fuerzas Militares de realizarle el examen de retiro a sus miembros una vez son retirados del servicio se tiene que el artículo 8º del Decreto 1796 del 2000, regula el procedimiento de la siguiente manera:

“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 psicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación”.

En ese sentido se tiene que dicho examen tiene como fin establecer las condiciones psicofísicas en las que la persona es retirada del servicio, pues una vez se contrasta ese resultado con el del examen de ingreso que se le realiza una vez se va a vincular a la institución, **se puede determinar en qué grado la Administración debe responder por la disminución de la salud del soldado retirado.**

Por lo tanto, recae en las Fuerzas Militares la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para que dicho examen se lleve a cabo en el menor tiempo posible, tal como lo ha señalado esta Corporación, *“es deber de la entidad, en todos los casos, velar porque el mismo se realice tal y como lo hace en el caso del examen de ingreso en el que realiza una valoración completa que incluye el estado de salud mental”*¹¹.

En las actuaciones que se surtan por fuera de audiencia los jueces y los magistrados deberán dictar los autos en el término de diez (10) días y las sentencias en el de cuarenta (40), contados desde que el expediente pase al despacho para tal fin.

(...)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00120-01

Sobre este tema la Corte Constitucional, en sentencia T-020 de 2008, en la que se reitera la posición asumida en la T-948 de 2006, que la Sala tiene como criterio de interpretación para el caso concreto, consideró:

“El examen cuando se produce el retiro es obligatorio como lo dice expresamente la norma citada. Las Instituciones Militares no pueden exonerarse de esta obligación argumentando que el retiro fue voluntario. Igualmente, si no se hace el examen de retiro no es posible alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo. La omisión del deber de realizar el examen impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba servicio a las Fuerzas Militares.

Por tanto, si no se le realiza el examen de retiro esta obligación subsiste por lo cual debe practicarse dicho examen cuando lo solicite el ex-integrante de las Fuerzas Militares. Por otra parte, las Fuerzas Militares deben asumir las consecuencias que se derivan de la no práctica del examen médico de retiro.”

Así las cosas, en el *sub judice* está probado que al señor, no se le realizó el examen de retiro, pues de la respuesta de la dirección de Sanidad del Ejército Nacional¹², en donde señaló que:

“Por consiguiente, teniendo en cuenta que el señor **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ adquirió la calidad de retirado desde octubre de 2014**, como único interesado, tenía el deber legal de realizar los procedimientos ya descritos con el fin de permitir a esta Dirección conocer su deseo de iniciar definición médico laboral por retiro y dar trámite a su solicitud dentro de los términos establecidos, sin embargo no lo hizo y por el contrario dejó pasar el tiempo. En consonancia deberá darse aplicación a las disposiciones de los artículos 8 y 47, literal b del Decreto 1796 de 2000, para establecer que el término que otorga la ley **para realizar los exámenes de retiro se encuentran prescritos**”. (Subrayas de la Sala)

En vista que es una obligación de la Administración realizar el examen de retiro, que dicho derecho no prescribe, y que con las pruebas allegadas al expediente queda claro que dicho deber no fue cumplido por parte de las Fuerzas Militares, se ampararán los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al debido proceso del actor en el sentido de ordenar la realización del mismo, para que luego el tutelante tenga la oportunidad de solicitar nuevamente la convocatoria de la Junta Médico Laboral y determinar la disminución de la capacidad laboral derivada de la prestación del servicio como miembro de las Fuerzas Militares y de ser el caso acuda al Tribunal de Revisión Médico Laboral.

Visto lo anterior, resulta evidente que el señor **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ** no cuenta con los servicios de salud adecuados para tratar sus patologías, además, de los documentos obrantes en el expediente parece lógico inferir que dichas patologías sean ocasionadas por los accidentes que sufrió durante el tiempo que estuvo en servicio.

¹² Folio 71 - 78

Por lo anterior, la Sala de decisión hará permanente la medida provisional consistente en que se le restablezcan en su totalidad los servicios de salud prestados por las Fuerzas Militares al señor **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ**, hasta que se defina en forma definitiva su situación médico laboral y se le paguen las indemnizaciones a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela contra la OAP No. 2209 del 21 de octubre de 2014, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, de conformidad con el numeral 3.1 de la presente providencia.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Juzgado Tercero Administrativo de Florencia – Caquetá, para que dé pronto trámite a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2015-00045 iniciada por **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ** contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

TERCERO.- AMPARAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al debido proceso del señor la **FERNEY ESQUIVEL RAMÍREZ** para convertir en permanente la medida provisional decretada en el auto del 15 de diciembre de 2016 relativa al restablecimiento en su totalidad los servicios de salud prestados por las Fuerzas Militares hasta la definición de su situación médico laboral y el pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

CUARTO.- ORDENAR A la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que dentro de las próximas (48) horas, cite al actor para que se le realicen los exámenes de retiro.

QUINTO.- NOTIFIQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuere impugnada esta decisión **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional al día siguiente para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera