

Sentencia T-585/11

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el pago de incapacidades laborales

INCAPACIDAD LABORAL-Criterios para determinar cuándo el reconocimiento y pago son exigibles por tutela

Esta Corporación ha fijado algunos criterios para determinar cuándo el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales son exigibles a través de la acción de tutela. Estos se refieren básicamente: (i) cuando el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que está impedido para desempeñar sus labores, la cual constituye la única fuente de ingresos con que cuenta el trabajador para satisfacer su mínimo vital y el de su familia; (ii) cuando constituye una garantía para que el trabajador se recupere satisfactoriamente y pueda reincorporarse a sus labores a fin de obtener los recursos para su sostenimiento y el de su familia; y (iii) los principios de la dignidad humana e igualdad exigen que se brinden un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

DERECHO A LA INCAPACIDAD LABORAL-Se presume afectación del mínimo vital del trabajador y su núcleo familiar por el no pago de la prestación económica

Ante la ausencia de pago oportuno y completo de una incapacidad laboral, la acción de tutela resulta procedente para exigir su cancelación, siempre y cuando, con el no reconocimiento y pago se afecte el mínimo vital de una persona y la particularidad del caso exija de una protección urgente, por cuanto esta prestación constituye un elemento determinante “de estabilización de la situación económica del accionante en su periodo de recuperación, durante el cual, no puede desarrollar labores que le permitan recibir un ingreso”

REGIMEN LEGAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES-Decreto 1793 de 2000 Régimen especial

SOLDADOS PROFESIONALES-Situación de quienes sufren afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio

EXAMEN DE RETIRO DE LA FUERZA PUBLICA-Obligación del Ejército Nacional de practicarlo

A los soldados profesionales que salen del servicio se les debe hacer un examen de retiro, y si del mismo se concluye que presentan afecciones provenientes del servicio, se les debe garantizar el acceso a la salud y determinar si tienen derecho a la pensión de invalidez.

RETIRO DEL SERVICIO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Potestad discrecional no significa arbitrariedad

Como en todas las instituciones del Estado, la permanencia en el cargo debe estar sujeta a los principios de eficiencia y de moralidad, especialmente en las Fuerzas Armadas, encargadas de la defensa de la soberanía, la seguridad ciudadana, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Es por ello que en una institución de esta naturaleza, sus directivas tienen facultades de discrecionalidad para remover a sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar, o bien por otras razones que justifiquen su proceder, como incapacidades de carácter permanente o parcial que les impidan continuar prestando el servicio. No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no debe significar arbitrariedad. Es decir, las directivas de las Fuerzas Armadas tienen amplias facultades para remover a sus miembros, pero dichas facultades no pueden ser ejercidas en forma arbitraria en la desvinculación de un soldado del Ejército Nacional por razones del servicio, las cuales deben estar antecedida del informe del Comité de Evaluación, quien debe practicar un examen de fondo, completo y preciso de las razones que se invocan para el retiro, y de los elementos razonables y objetivos que permitan sugerir la desvinculación del soldado, más, cuando el afectado ha presentado antecedentes de cuadro psiquiátrico de estrés postraumático.

DERECHO A LA SALUD DEL SOLDADO RETIRADO-Orden a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para reintegrar al accionante quien sufre trastorno psiquiátrico

Referencia: expedientes T-2.797.513

Acción de Tutela instaurada por el señor Luis José Ochoa Ochoa contra el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Catorce del Circuito Administrativo de Bucaramanga, del 10 de junio de 2010, y confirmado por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 4 de agosto de 2010, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Luís José Ochoa Ochoa contra el Ejército Nacional.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010) escogió, para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

El señor Luís José Ochoa Ochoa, presentó solicitud de tutela contra el Ejército Nacional, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por el demandado, al negarle el reconocimiento y pago de los salarios comprendidos desde el mes de enero hasta abril del 2010 como soldado profesional del Ejército Nacional, período durante los cuales estuvo incapacitado.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

2. Manifiesta el señor Luis José Ochoa Ochoa, que en el año 2002 ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de soldado profesional después de prestar el servicio militar

obligatorio, estando en óptimas condiciones físicas y mentales, como así lo determinó el examen de ingreso a esa institución castrense.

1. Sostiene que su salud se fue deteriorando en el curso de los años 2008 y 2009, con problemas de respiración, disminución auditiva en un 90% en el oído izquierdo, problemas visuales, y además, presentó, lesión en la rodilla izquierda, para lo cual Sanidad Militar determinó "Paciente con sospecha lesión ligamento cruzado rodilla izquierda." Hechos que le generaron varias incapacidades.

1. Adicional, desde el 9 de mayo de 2009 está recibiendo tratamiento psiquiátrico, con recomendaciones de "Paciente incapacidad para cumplir con actividades de presión no armamento - no área - no camuflado - cuadro psiquiátrico."

1. Por todo lo anterior, dice que fue reubicado, de soldado profesional a un cargo en la Trigésima Brigada del Ejército Nacional, con funciones administrativas, donde afirma, fue discriminado por sus superiores, el Mayor Moscoso, comandante del BCG No. 46, y el SP Carlos Mario Ruiz Gutiérrez, jefe de personal de esa misma División.

1. Por lo anterior, presentó una tutela con el fin de amparar sus derechos fundamentales a la salud, la cual fue concedida y a la fecha, afirma, se le están suministrando los tratamientos y medicamentos que requiere.

1. Dice que el 23 de abril de 2010 presentó un derecho de petición al señor Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional, en el cual solicitó que se le cancelaran los salarios correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril, dado que para esas fechas

estaba incapacitado, y para demostrarlo, anexa las incapacidades laborales correspondientes.

1. En respuesta a lo anterior, el 10 de mayo de 2010 recibió un oficio fechado del 30 de abril del mismo año, donde se le informa que por competencia se le dio traslado a su petición a la Trigésima Brigada del Ejército Nacional, ubicada en la ciudad de Cúcuta. Esta Institución, mediante oficio del 20 de mayo del mismo año, le responde, "... que su solicitud fue remitida de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, a la Dirección de Personal, Sección de Nóminas de Soldados Profesionales ya que los salarios que usted pide se cancelen fueron deducidos de la nómina de soldados profesionales del batallón de contraguerrillas No. 46, con fundamento en la inasistencia del servicio presentada por usted y estos dineros se someten al presupuesto del Ministerio de Hacienda ..."

1. Concluye que se encuentra enfermo física y mentalmente y en estado de desamparo y que por tal razón requiere del pago de esos meses por la afectación al mínimo vital.

1. Fundamentos y pretensiones.

El actor solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por el demandado, por cuanto se le negó el pago de sus salarios como soldado profesional, utilizando argumentos de inasistencia en el servicio, ignorando las incapacidades que le fueron dadas por los profesionales en salud.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bucaramanga, admitió la tutela el 27 de

mayo de 2010, y requirió al Ejército Nacional – Trigésima Brigada Batallón de Contraguerrilla No. 46, para que informara sobre los hechos y pretensiones del accionante.

En el término del traslado, esa institución respondió señalando que las pretensiones del accionante son improcedentes y que al “ ... Soldado Profesional LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA, se le solicitó el retiro de las fuerzas militares por haber cometido la INASISTENCIA AL SERVICIO POR MAS DE DIEZ (10) DIAS SIN CAUSA JUSTUIFICADA, toda vez que ese soldado se ausentó de la base militar de Tibú el pasado 26 de diciembre de 2009, lo anterior siguiendo lo normado en el Decreto 1793 de 2000 (Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de la fuerzas militares), Capítulo III del Retiro, Artículo 12 RETIRO POR INASISTENCIA. ‘el soldado profesional que incurra en inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, será retirado del servicio, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente’. (...) Este hecho dio origen a los informes presentados por los señores C3 GARZON ACOSTA HERNAN Y SP RUIZ GUTIERREZ CARLOS quienes colocan en conocimiento la novedad.”

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Derecho de petición del 23 de abril de 2010, remitido por el señor Ochoa al Comandante de la Segunda División de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional, en el cual informa que se encuentra cumpliendo una incapacidad en su residencia y solicita le sean cancelados sus salarios correspondientes a los meses de enero hasta abril de 2010.

1. Copia de la respuesta del derecho de petición No. 4073 del 30 de abril de 2010, remitido por la Segunda División de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional, en donde se le informa que su derecho de petición fue remitida por competencia a la Trigésima Brigada del Batallón contra guerrilla No. 46 de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional.

1. Copia del oficio No. 5511 del 3 de junio de 2010, como respuesta al Juzgado Catorce Administrativo de Bucaramanga, Santander, que remite la Trigésima Brigada del Batallón contra guerrilla No. 46 de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional, en la cual informa que mediante OAP No. 1290 del 5 de mayo de 2010, fue retirado de las Fuerzas Militares al señor Luís Ochoa Ochoa, por “la presunta inasistencia al servicio” toda vez que el soldado se ausentó de la base militar de Tibú el pasado 26 de diciembre de 2009 sin justa causa.

1. Copia del Carné de servicios de salud de la Dirección General de Sanidad Militar del señor Luís José Ochos Ochoa.

1. Decisiones judiciales.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Catorce del Circuito Administrativo de Bucaramanga, del 10 de junio de 2010, resuelve negar por improcedente la petición de amparo, argumentando que “... el asunto sometido a controversia no puede debatirse a través de la acción de tutela por el procedimiento breve y sumario que la caracteriza porque para ello existe otro mecanismo ordinario de defensa judicial para lograr el pago de los salarios dejados de cancelar por parte de la entidad accionada por concepto del servicio prestado como soldado profesional del Ejército Nacional.”

1. Impugnación.

El señor Luís José Ochoa Ochoa, presenta, dentro del término legal, impugnación al fallo de primera instancia, manifestando que no se ajusta a los hechos que motivaron la tutela ni al derecho impetrado.

Manifiesta que el juzgado se funda en una interpretación errónea de la acción de tutela al considerarla improcedente por existir otros medios de defensa judicial. Sostiene que, si bien es cierta la existencia de otros medios para reclamar el pago de sus salarios, en el presente caso si procede la presente acción por cuanto se están vulnerando derechos fundamentales como son la vida digna y el mínimo vital de una persona que es sujeto de especial protección.

Agrega que esperar un proceso ordinario que dura de 4 a 5 años, es un tiempo muy largo dado que se encuentra discapacitado y no cuenta con otros medios de subsistencia. Por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia

1. Segunda Instancia.

Mediante fallo del 4 de agosto de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander, confirmó la primera instancia declarando la improcedencia de la tutela por existir otros medios para reclamar acreencias laborales, como es el proceso ordinario laboral.

Agrega además, que en el evento en que se quisiera aceptar la petición del actor, ésta no podría concederse teniendo en cuenta que el accionante elevó un derecho de petición ante la entidad y ésta no ha dado una respuesta de fondo, en el sentido de informar si concede o no la petición.

Por lo anterior, el Juez de tutela procedió a ordenar a la entidad castrense que por intermedio del Comandante General del Ejército Nacional, responda de manera clara y precisa sobre la petición del señor Luís José Ochoa Ochoa.

1. PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional con el fin de clarificar los hechos y la situación particular, solicitó al Ejército Nacional - Trigésima Brigada Batallón de Contraguerrilla No. 46, las siguientes pruebas:

1. Certificaciones de las incapacidades concedidas durante y después de la estadía en esa institución del señor Luís José Ochoa Ochoa.

1. Informar, si el accionante fue evaluado por la Junta Médica a fin de estructurar su estado de invalidez. En caso positivo, anexar el informe médico.

1. Señalar el motivo por el cual fue dado de baja y si la misma se dio cuando el accionante se encontraba disfrutando sus vacaciones o alguna incapacidad laboral.

Al término de la etapa probatoria, no se recibió información alguna por parte del Ejército Nacional - Trigésima Brigada Batallón de Contraguerrilla No. 46.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los presentes fallos de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los hechos expuestos en el presente trámite, la Sala plantea los siguientes problemas jurídicos:

Si existe una violación de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la igualdad del señor Luis José Ochoa Ochoa, por parte del Ejército Nacional - Trigésima Brigada Batallón de Contraguerrilla No. 46, al negarle el reconocimiento y pago de las incapacidades acaecidas entre los meses de enero y abril de 2010. Así mismo se analizará si la justificación que tuvo el Ejército Nacional al darlo de baja en el servicio sin

previos exámenes médicos fue suficiente, teniendo en cuenta que presentaba problemas psiquiátricos, que conllevó a creer que efectivamente se encontraba en vacaciones colectivas.

1. Para resolver los asuntos planteados, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales; segundo, situación de los soldados profesionales como miembros de la fuerza pública que sufren grave afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio; tercero, los actos de retiro del servicio de las Fuerzas Militares no pueden ser arbitrarios; por último se analizará el caso concreto.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales. Reiteración de la jurisprudencia.

La Constitución Política,¹ estableció garantías para que todos los ciudadanos tengan acceso a los servicios de la salud en forma integral, con el fin de preservar la calidad de vida de quien se ve disminuido en su salud y la de su familia.

En desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993 cuyo artículo 153 señaló:

“Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”.²

La misma Ley estableció la posibilidad de reclamar sumas líquidas de dinero reconocidas

como subsidio por incapacidad, que vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores.

En efecto, en su artículo 206 expresó:

“INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

En esta medida, se constituye el pago de las incapacidades laborales³ como una garantía para que el trabajador pueda recibir un ingreso económico durante el periodo en el cual no puede desempeñar sus labores habituales, ya sea generada por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

En ese sentido, la jurisprudencia de ésta Corporación señaló en sentencia T-311 de 1996, lo siguiente:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia.”⁴

Sin embargo, la Corte ha insistido que, en principio las controversias relacionadas con el pago de “acreencias laborales” deben ser resueltas por los procedimientos judiciales ordinarios, reglados para tal fin, razón por la cual, la acción de tutela en principio no es el medio judicial idóneo para obtener el pago de esta clase de prestaciones sociales.⁵

No obstante, esta Corporación ha admitido que este criterio no es absoluto, toda vez que frente a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente, cuando el no pago de la incapacidad afecte la vida digna, el mínimo vital y la dignidad humana del trabajador, por ser “la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor.”⁶

Frente a ello esta Corporación ha fijado algunos criterios para determinar cuándo el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales son exigibles a través de la acción de tutela⁷. Estos se refieren básicamente: (i) cuando el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que está impedido para desempeñar sus labores, la cual constituye la única fuente de ingresos con que cuenta el trabajador para satisfacer su mínimo vital y el de su familia; (ii) cuando constituye una garantía para que el trabajador se recupere satisfactoriamente y pueda reincorporarse a sus labores a fin de obtener los recursos para su sostenimiento y el de su familia; y (iii) los principios de la dignidad humana e igualdad exigen que se brinden un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.⁸

De lo anterior se presume que el no pago de la incapacidad quebranta el mínimo vital de una persona, cuando éste recibe un salario mínimo y no percibe ningún otro tipo de remuneración, más aún cuando del afectado depende su grupo familiar.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia T-772 del 25 de septiembre de 2007⁹ expresó:

“De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad (...) constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un

ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho “debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador”.

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte”¹⁰.

En igual sentido se pronunció esta Corporación en sentencia T-552 de 2010¹¹ al estudiar el caso de un trabajador quien había sufrido un accidente de trabajo que le generó una incapacidad laboral, para lo cual la aseguradora se negaba a cancelar. En ella expresó: “En ese sentido si no se cumple oportunamente con el pago de la prestación económica que se originó de la incapacidad laboral del empleado, se produce una afectación al mínimo vital, puesto que el trabajador no tendrá ningún ingreso para cubrir sus necesidades básicas ni las de su núcleo familiar.”

En consecuencia, ante la ausencia de pago oportuno y completo de una incapacidad laboral, la acción de tutela resulta procedente para exigir su cancelación, siempre y cuando, con el no reconocimiento y pago se afecte el mínimo vital de una persona y la particularidad del caso exija de una protección urgente, por cuanto esta prestación constituye un elemento determinante “de estabilización de la situación económica del accionante en su periodo de recuperación, durante el cual, no puede desarrollar labores que le permitan recibir un ingreso”¹²

1. Situación de los soldados profesionales como miembros de la fuerza pública que sufren afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, ha manifestado que los soldados son titulares tanto de los derechos reconocidos en la Carta Política, como también sujetos sometidos a limitaciones razonables para el ejercicio como consecuencia de las condiciones

propias que impone el servicio, bajo imperativos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las Fuerzas Armadas. Esta situación los enmarca dentro de la noción de relación especial de sujeción¹³.

Los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se encuentran regulados por el régimen de carrera a través del Decreto 1793 de 2000, que en el artículo 1° los define como “los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

Así mismo el citado decreto, determina en el artículo 8° las causales de retiro de los soldados profesionales de la siguiente manera:

ARTICULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva.

1. Por solicitud propia.
2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

a. Retiro absoluto.

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.
2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.
3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones.

Ahora bien, el artículo 10° de la citada norma determina lo siguiente:

“ARTICULO 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”

Concordante con lo anterior, el Decreto 1796 de 2000 define la capacidad sicofísica de la siguiente manera:

“ARTICULO 2. DEFINICIÓN. Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

Igualmente este decreto consagró la obligación por parte de las Fuerzas Militares, de realizar un examen médico laboral a los integrantes que van a ser dados de baja sin importar las causas que motivan el retiro. Así lo dispone el artículo 8° que establece:

“EXÁMENES 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 efecto, en ella establece que la valoración de la capacidad psicofísica se hará bajo criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para ello regula lo referente al procedimiento administrativo que se debe seguir al momento de calificar la capacidad psicofísica de un soldado profesional, a efectos de: (i) reclutamiento, (ii) comprobación, (iii) ascenso del personal uniformado, (iv) aptitud sicofísica especial, (v) comisión al exterior, (vi) retiro, (vii) licenciamiento, (viii) reintegro, y (ix) definición de la situación médico-laboral.

En tal sentido las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía son competentes para:

- i. Valoración y registro las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas;

- i. Clasificación del tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite;

- i. Determinación de la disminución de la capacidad psicofísica;

- i. Calificación de la enfermedad según sea profesional o común;

- i. Registro de la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe administrativo por lesiones;

i. Fijación de los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.¹⁴

Adicional a lo anterior, se debe dejar en claro que en el caso de los soldados profesionales, por la naturaleza de su cargo, estos deben ostentar una plena capacidad psicofísica como requisito para el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. Sin embargo, cuando estos hayan sufrido un menoscabo en su capacidad psicofísica en cumplimiento de su actividad, el Estado o las Fuerzas Militares deben garantizar su protección a fin de salvaguardar su vida, salud e integridad, y no optar simplemente por su desvinculación.

Respecto a lo anterior la Corte en sentencia T-393 de 1999, se refirió al derecho de los soldados que han prestado sus servicios al Estado, ingresando en óptimas condiciones de salud y que son retirados precisamente por lesiones psicofísicas imputables al servicio en cumplimiento de su actividad. En ella expresó:

“Con base en las premisas anteriores, la Corte ha determinado que, en materia de atención médica, la regla general consiste en que aquélla debe brindarse, con carácter obligatorio, mientras la persona se encuentra vinculada a las Fuerzas Militares. Por ende, tal obligación cesa tan pronto se produce el desacuartelamiento. Sin embargo, es posible aplicar una excepción a esta regla cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, cuya protección “se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho””.¹⁵

En sentencias posteriores, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que en algunas circunstancias se deberá inaplicar la regla general del régimen especial de las Fuerzas Militares, que establece que estarán cubiertos por el sistema de seguridad social a quienes se encuentran a su servicio, y que esta obligación cesa en el momento en que son desincorporados de la institución.

En efecto, la Corte ha estudiado tres situaciones en donde procede su inaplicación, las cuales han sido señaladas específicamente en la sentencia T-516 de 2009¹⁶ que revisó el caso de un soldado que presentó episodios de polineuropatía periférica, parálisis periódica hipocalémica y depresión franca, el cual fue retirado de las Fuerzas Militares, aplicándole la

regla general del régimen especial de la Institución. En ella se amparó el derecho a la seguridad social del accionante, para lo cual expresó:

“El primero de ellos se configura cuando la persona adquirió una lesión o enfermedad desde antes de incorporarse a las fuerzas militares, la cual representa una amenaza cierta y actual del derecho a la vida en condiciones dignas, y del derecho a la integridad física. En este caso, la dependencia correspondiente de sanidad militar debe continuar brindando atención médica integral (i) si la enfermedad o lesión preexistente no fue detectada en los exámenes psicofísicos de ingreso, debiendo hacerlo, y (ii) se agravó como consecuencia del servicio militar¹⁷.

El segundo tipo de excepciones se genera en los eventos en que la lesión o enfermedad es producida durante la prestación del servicio. Cuando ello ocurre, las fuerzas militares o de policía deben continuar haciéndose cargo de la atención médica si la lesión o enfermedad (i) es producto directo del servicio¹⁸; (ii) se generó en razón o con ocasión del mismo¹⁹; o (iii) es la causa directa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía²⁰. Por su parte, el tercer tipo de excepciones lo constituyen los casos en los cuales la lesión o enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida²¹.

En tal sentido, al presentarse tales situaciones se deberá materializar el principio de continuidad de la prestación del servicio y generar a favor de quienes sirven a la Nación, el derecho a seguir recibiendo atención médica integral por parte del sistema de salud de las fuerzas militares y de la policía, de modo que se salvaguarde su vida, salud e integridad, aunque hayan sido desincorporados de la respectiva institución.²²

Siguiendo el mismo planteamiento, esta Corporación estudió un caso en la Sentencia T-437 de 2009²³ donde un soldado profesional padre cabeza de familia, luego de ser indemnizado y desvinculado por la pérdida de su capacidad psicofísica del nueve por ciento (9%) es reincorporado por el Ejército Nacional por orden de la Corte Constitucional, bajo el argumento de que el Estado debe asegurarle una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio.

Igualmente en ella expresó que siempre que se dé concepto favorable de reubicación por

parte de Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía, y no haya intención de retiro voluntario, se deberá ejecutar teniendo en cuenta el desempeño de cada sujeto, en aras de garantizar en mayor medida la protección de cada individuo que ha sufrido una disminución psicofísica a causa de la prestación del servicio. Así mismo, se realizará periódicamente o cuando se estime necesario, nuevas valoraciones que determinen: (i) ya sea el avance en la recuperación de la lesión o enfermedad, ó (ii) la posibilidad de optar por una pensión por invalidez.

En conclusión, a los soldados profesionales que salen del servicio se les debe hacer un examen de retiro, y si del mismo se concluye que presentan afecciones provenientes del servicio, se les debe garantizar el acceso a la salud y determinar si tienen derecho a la pensión de invalidez.

1. Los actos de retiro del servicio de las Fuerzas Militares no pueden ser arbitrarios.

Como en todas las instituciones del Estado, la permanencia en el cargo debe estar sujeta a los principios de eficiencia y de moralidad, especialmente en las Fuerzas Armadas, encargadas de la defensa de la soberanía, la seguridad ciudadana, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Es por ello que en una institución de esta naturaleza, sus directivas tienen facultades de discrecionalidad para remover a sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar, o bien por otras razones que justifiquen su proceder, como incapacidades de carácter permanente o parcial que les impidan continuar prestando el servicio. No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no debe significar arbitrariedad.

En la sentencia C-179 de 2006,²⁴ al analizarla constitucionalidad de los artículos 4 de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, que contemplan el retiro por razones del servicio en forma discrecional tanto de los miembros de la Policía como de las Fuerzas Militares, esta Corte precisó que dicha facultad discrecional no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro. Aclaró en este sentido que:

“Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.”

Como la decisión de retiro de un miembro de las Fuerzas Militares debe estar precedida del concepto del Comité de Evaluación, la Corte ha entendido que esta recomendación, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución. Al respecto ha dicho la Corporación:

“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”.²⁵

Ahora bien, cuando el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado, debe tenerse en cuenta que el afectado, puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta.²⁶ Lo anterior, para establecer si se vulneran o no el debido proceso, teniendo en cuenta que la reserva se aplica frente a terceros pero no ante el eventual afectado.

De lo visto se puede concluir, que las directivas de las Fuerzas Armadas tienen amplias facultades para remover a sus miembros, pero que dichas facultades no pueden ser ejercidas en forma arbitraria en la desvinculación de un soldado del Ejército Nacional por razones del servicio, las cuales deben estar antecedida del informe del Comité de Evaluación, quien debe practicar un examen de fondo, completo y preciso de las razones que se invocan para el retiro, y de los elementos razonables y objetivos que permitan sugerir la desvinculación del soldado, más, cuando el afectado ha presentado antecedentes de cuadro psiquiátrico de estrés postraumático.

1. Del caso concreto.

Como quedó demostrado, el señor Luis José Ochoa Ochoa, fue miembro del Ejército Nacional en calidad de soldado profesional después de prestar el servicio militar obligatorio desde el año 2002 hasta el 26 de diciembre de 2009, fecha en la cual se ausentó de sus labores en el entendido de encontrarse en vacaciones colectivas.

En el transcurso del tiempo de su permanencia en esa institución, más exactamente durante los años 2008 y 2009, su salud se fue deteriorando con problemas de respiración, disminución auditiva en un 90% en el oído izquierdo, problemas visuales, y además, presentó, lesión en la rodilla izquierda, para lo cual Sanidad Militar determinó "Paciente con sospecha lesión ligamento cruzado rodilla izquierda." Por estos motivos fue incapacitado en reiteradas ocasiones.

Adicional a ello, comenzó a recibir tratamiento psiquiátrico desde el 9 de mayo de 2009, con recomendaciones de "Paciente incapacidad para cumplir con actividades de presión no armamento - no área - no camuflado - cuadro psiquiátrico."

Por ello la institución le suministró la atención médica necesaria y facilitó su reubicación a un cargo en la Trigésima Brigada del Ejército Nacional, con funciones administrativas, en donde asegura que fue discriminado debido a su condición psiquiátrica.

En esas condiciones, según manifestó, fue informado verbalmente que salía de vacaciones a partir del 26 de diciembre del 2009, con el resto del personal militar donde se encontraba adscrito, para lo cual, dio por hecho que se encontraba incluido en esa orden. Al retomar sus labores el día 12 de enero del 2010, la Trigésima Brigada del Ejército Nacional, lo separó de la institución sin asignación de retiro y sin pensión, bajo el cargo de inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada aplicándole lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, lo que además trajo consigo la inmediata terminación de los servicios de salud de los que hasta entonces había podido disfrutar.

Como consecuencia de lo anterior, su estado físico y psiquiátrico se agravó, negándose a salir de las instalaciones de la Trigésima Brigada por tres días, donde permaneció recluido sin

que recibiera atención alguna.

Posteriormente, dada su enfermedad y al no contar con el servicio de salud de la Sanidad Militar, interpuso tutela contra el Ejército nacional, la cual le concedió el amparo a su derecho fundamental a la seguridad social. A la fecha, se encuentran suministrándole los tratamientos y medicamentos que requiere, así mismo las reiteradas incapacidades hasta por 30 días que generó su enfermedad.

Así las cosas, sostiene que la institución castrense vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad, al no reconocerle una remuneración salarial por los meses comprendidos entre enero y abril del 2010 como soldado profesional del Ejército Nacional, toda vez que en ese tiempo estuvo incapacitado, con el agravante de que su capacidad laboral ha disminuido sustancialmente, al igual que su vida familiar.

Ante las evidencias de trastorno psiquiátrico, no existen pruebas dentro del expediente que indiquen un pronunciamiento adoptado por la Junta Médico Laboral de Revisión Militar, lo que evidencia una posible negligencia por parte de la institución castrense en realizar una valoración en su estado de salud a fin de determinar su grado de incapacidad laboral. Por el contrario, fue dado de baja a pesar de tener antecedentes de cuadro psiquiátrico de estrés postraumático, donde se recomendó un seguimiento y control psiquiátrico.

1. Entrando al análisis de los elementos planteados, la Sala tratará los temas expuestos y se pronunciará sobre: (i) el retiro del accionante; (ii) el no pago de las incapacidades, y (iii) el derecho a la salud.

1. El retiro del accionante.

Para el caso de las Fuerzas Militares y de Policía dado su naturaleza especial, se han expedido múltiples disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, los ascensos, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de dicha institución, todo ello dentro del marco constitucional otorgado, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.²⁷

Este régimen especial permite cierta flexibilidad en el retiro y permanencia de sus miembros²⁸, a fin de garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública.

Algunas de estas normas han sido estudiadas por la Corte Constitucional. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en algunos casos la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad.

Así lo señaló en la Sentencia C-179 de 2006²⁹, en la cual se estudió las normas que permiten retirar, en forma discrecional y por razones del servicio, en la cual se señaló que las razones de retiro deben obedecer a criterios objetivos y razonables. Dijo la Sentencia:

“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”.

Además el argumento presentado para su retiro se fundamentó, sin más, en el informe de su inasistencia por parte de sus superiores.

Ahora bien, la Trigésima Brigada del Batallón contra guerrilla No. 46 de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional a través de oficio No. 5511 del 3 de junio de 2010, responde al Juzgado Catorce Administrativo de Bucaramanga, Santander, que mediante OAP No. 1290 del 5 de mayo de 2010, el peticionario fue retirado de las Fuerzas Militares por “la presunta inasistencia al servicio”.

En ese orden de ideas, se puede determinar que la orden de retiro tiene fecha del 5 de mayo de 2010, es decir que fue suspendido desde el 26 de diciembre de 2009 hasta el 4 de mayo de 2010, fecha en que se produjo oficialmente su retiro.

Es evidente que el señor Ochoa en ningún momento pretendió ausentarse de la institución, y

por el contrario retornó a ella el día fijado para la reincorporación de labores después de las supuestas vacaciones que creyó le habían ordenado disfrutar.

Según se evidencia del proceso, el hecho de ser retirado del servicio no cumplió con los requisitos exigidos para ello, ya que si bien las directivas de las Fuerzas Armadas tienen amplias facultades discrecionales para remover a sus miembros, éstas no pueden ser ejercidas en forma arbitraria en la desvinculación de un soldado del Ejército Nacional por razones del servicio, las cuales deben estar antecedida del informe del Comité de Evaluación, quien debe practicar un examen de fondo, completo y preciso de las razones que se invocan para el retiro, y de los elementos razonables y objetivos que permitan sugerir la desvinculación del soldado, más, cuando el afectado ha presentado antecedentes de cuadro psiquiátrico de estrés postraumático, y cuando además, no había culminado el proceso disciplinario iniciado contra el accionante por la falta señalada.

Por las anteriores observaciones, la Sala considera procedente ordenar el reintegro en forma inmediata sin solución de continuidad del señor Luís José Ochoa Ochoa.

1. El no pago de las incapacidades.

En este punto, resalta en primer lugar la Sala que, como ya se dijo en acápite anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho énfasis en señalar que cuando la entidad encargada de efectuar el pago de las incapacidades se abstiene de hacerlo, estos litigios se deben ventilar en la jurisdicción laboral ordinaria, y tan solo procede el amparo constitucional, cuando el no pago de éstas acreencias laborales implique afectación de los derechos fundamentales de las personas, tales como a la vida digna, al mínimo vital y a la dignidad humana del accionante.

Según se evidencia del acervo probatorio, el señor Ochoa fue incapacitado hasta por treinta días en reiteradas oportunidades y evaluado por el Hospital Mental Rudesindo Soto, quien presentó un informe de fecha 4 de mayo de 2009, en el cual consta que el paciente no puede cumplir con actividad de presión y se le prohíbe el porte de armas, por tener un

cuadro psiquiátrico de estrés postraumático y recomienda seguimiento y control psiquiátrico.

Así las cosas, considera la Sala que la entidad castrense vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante ante la negativa del pago de las acreencias laborales en especial de incapacidades, cuando éste no percibe otra clase de remuneración.

1. El derecho a la salud.

Ahora bien, consta en el expediente que se vio en la necesidad de presentar tutela para que le continuaran prestando los servicios de salud, cuya entidad de inmediato generó las incapacidades correspondientes, por cuanto presentaba un cuadro de “estrés postraumático” en el cual el médico psiquiatra responsable recomendó no tener actividad militar y le ordenó en reiteradas oportunidades permanecer en su residencia; igualmente, recomendó convocar a la Junta Médico Laboral para su valoración.

De lo expuesto debe destacarse que el “estrés postraumático” es la principal enfermedad que actualmente padece el accionante, y que afecta de manera muy significativa tanto la interacción social y familiar del paciente como su posibilidad de desempeñarse laboralmente. También, que la enfermedad y sus síntomas suelen agravarse en los pacientes que no reciben tratamiento psiquiátrico adecuado y/o medicación complementaria.

Por otra parte, según lo establecen las normas aplicables antes reseñadas, específicamente el artículo 79 del Decreto 094 de 1989, tratándose de enfermedades mentales “La evaluación definitiva de las lesiones comprendidas en este artículo, tan sólo deberá hacerse después de un largo período de observación”. Esta prevención resulta comprensible en la medida en que, tal como lo señalaron los conceptos profesionales allegados al expediente, las patologías de este orden se caracterizan por su incierta evolución, e incluso por su posible aparición tardía, consideraciones que reforzaban la necesidad de hacer evaluaciones sucesivas del paciente, antes de decidir de manera definitiva sobre su retiro.

Estas circunstancias avalan la necesidad, que como ya se mencionó, es reconocida en las normas aplicables al caso, la de realizar una observación prolongada sobre el estado clínico

del paciente, cuando se conoce o se sospecha la existencia de una patología psiquiátrica para que la Junta Médico Laboral realice una valoración a fin de determinar su grado de incapacidad laboral, tomando en cuenta sus actuales condiciones.

Ahora bien, si de la valoración que realice la Junta Médico Laboral se determina que no es apto para continuar en el servicio, el Ejército Nacional a través de las Fuerzas Militares deberá determinar si tiene derecho a una pensión de invalidez.

La anterior conclusión se tiene ante la necesidad de presumir que el señor Luís José Ochoa Ochoa ingresó a la institución en apropiadas condiciones de salud, y se mantuvo en ese estado hasta la fecha en que se presentaron los primeros síntomas de la enfermedad psiquiátrica. Ello se deduce, de una parte, de la exigencia legal conforme a la cual “El personal de que trata el presente Decreto, deberá reunir las condiciones sicofísicas para el ingreso y permanencia en el servicio, teniendo en cuenta su categoría y cargo”³⁰, y de otra, no se registran documentos de evaluación psiquiátrica anteriores a la fecha referenciada, menos aún, alguno en el que consten afecciones de salud detectadas al momento de su ingreso.

Lo anterior por cuanto no podían suspenderse los servicios de salud que se le venían suministrando, o cuando menos, era factible esperar mayor cuidado y consideración humanitaria de parte de la institución en la adopción de decisiones que tan gravemente le perjudicarían, así como un prudente seguimiento a su condición, a efecto de poder actuar oportunamente conforme a las necesidades de quien fuera su servidor.

Por lo demás, como puede apreciarse, se cumplen sin dificultad las premisas fundamentales planteadas en la jurisprudencia de esta Corte, ampliamente expuesta y reiterada en páginas precedentes, ya que (i) el ex agente padece un trastorno psiquiátrico grave, que afecta de manera directa sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, y (ii) tal enfermedad encuentra relación de causalidad suficiente con el desempeño de las labores propias del servicio militar que cumplía.

Así las cosas, al confrontar las pruebas recaudadas en sede de revisión, de una parte, las relacionadas con el bienestar emocional y la salud mental del señor Luís José Ochoa Ochoa, estima la Sala que es preciso amparar los derechos fundamentales a la seguridad social del afectado en aras de que el Ejército Nacional continúe en la prestación de los servicios

médicos hasta tanto sea evaluado por la Junta Médico legal.

Vistas todas las anteriores consideraciones, ante el deber constitucional de remediar la violación de esos derechos fundamentales, la Sala de Revisión ordenará: (i) el reintegro en forma inmediata sin solución de continuidad al señor Luis José Ochoa Ochoa; (ii) reconocer y pagar sus incapacidades ordenadas por su médico tratante; (iii) la continuidad en la prestación de los servicios de salud requeridos por él; y (iv) realizar una justa y adecuada evaluación sobre la magnitud de su incapacidad laboral, con el fin de determinar si tiene derecho a la pensión de invalidez.

Para ello, la Corte ordenará levantar la suspensión de términos que había dispuesto y revocará el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Catorce del Circuito Administrativo de Bucaramanga, del 10 de junio de 2010, y confirmado por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 4 de agosto de 2010.

En su lugar se concederá el amparo de los derechos a la salud y a la vida digna del señor Luís José Ochoa Ochoa, y ordenará a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional, por intermedio de su Director o quien haga sus veces, que: (i) en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha efectuado, proceda al reintegro en forma inmediata sin solución de continuidad al señor Luís José Ochoa Ochoa; (ii) en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha efectuado, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas por el médico tratante; (iii) en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha efectuado, proceda a reanudar y mantener por el tiempo que resulte necesario, el suministro de toda la atención médica, hospitalaria, farmacéutica y psiquiátrica que requiera la atención de la salud del mencionado señor, de conformidad con prescripciones médicas y las consideraciones efectuadas en precedencia; y (iv) en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha efectuado, convoque a la respectiva Junta Médico Laboral, para que dentro de sus competencias legales, realice una nueva valoración al señor Luís José Ochoa Ochoa, tomando en cuenta sus actuales condiciones, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con todo, se precisará que en caso de deducirse de esa valoración científica que el actor no tiene derecho a la pensión de invalidez, no podrá suspenderse la atención especializada-hospitalaria, terapéutica, farmacéutica y psiquiátrica-, que le será prestada a partir de lo ordenado en esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en este proceso.

Segundo: REVOCAR el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Catorce del Circuito Administrativo de Bucaramanga, del 10 de junio de 2010, y confirmado por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 4 de agosto de 2010. En su lugar, se dispone CONCEDER el amparo solicitado por el señor Luis José Ochoa Ochoa.

Tercero: ORDENAR a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, por conducto de su Director o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado:

1. En el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda al reintegro en forma inmediata sin solución de continuidad al señor Luis José Ochoa Ochoa.

1. En el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas por el médico tratante.

1. En el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reanudar y mantener por el tiempo que resulte necesario, el suministro de toda la atención médica, hospitalaria, farmacéutica y psiquiátrica que requiera la atención

de la salud del mencionado señor, de conformidad con prescripciones médicas y las consideraciones efectuadas en precedencia.

1. En el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, convoque a la respectiva Junta Médico Laboral, para que dentro de sus competencias legales, realice una nueva valoración sobre la actual pérdida de la capacidad sicofísica del señor Luis José Ochoa Ochoa, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En caso de deducirse de esa nueva valoración científica que el actor no tiene derecho a la pensión de invalidez, no podrá suspenderse la atención especializada en salud, que le será prestada a partir de lo ordenado en esta sentencia.

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

ACCION DE TUTELA-No procedía reintegro de soldado que se ausentó por más de 10 días al entender que se encontraba en vacaciones

Referencia: expedientes T-2.797.513

Acción de tutela instaurada por Luís José Ochoa Ochoa contra el Ejercito Nacional

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento parcial de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Mediante el fallo en cuestión se abordó el estudio del caso del señor Luis José Ochoa Ochoa, quien presenta varios problemas de salud, dentro de los cuales se destaca un trastorno psiquiátrico. El actor fue miembro del Ejercito Nacional en calidad de soldado profesional desde el año 2002 hasta el 26 de diciembre del año 2009, fecha en la cual se ausentó de sus labores por creer que se encontraba en vacaciones colectivas.

El accionante afirmó haber entendido que salía de vacaciones el 26 de diciembre de 2009 con el resto del personal militar donde se encontraba adscrito, pero al retomar sus labores el 12 de enero de 2010, la Trigésima Brigada del Ejercito Nacional lo separó de la institución sin asignación de retiro y sin pensión, bajo el cargo de inasistencia al servicio por mas de 10 días sin causa justificada, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000. Lo anterior, trajo consigo la inmediata terminación de los servicios de salud de los que hasta entonces había podido disfrutar el señor Ochoa.

A consecuencia de lo expuesto, el accionante presentó una primera acción de tutela en la cual se amparó su derecho fundamental a la salud y por ello se le suministran los tratamientos y medicamentos requeridos.

En la providencia de tutela de la cual me aparto, el señor Ochoa solicitó el pago de los salarios de los meses comprendidos entre enero y abril de 2010 por encontrarse incapacitado para dichas fechas.

En la sentencia T-585 de 2011 la Sala Séptima de revisión planteó el problema jurídico referente a la determinación de la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad, al negarle el reconocimiento y pago de las incapacidades acaecidas entre los meses de enero y abril de 2010. Así mismo, se estudió si la justificación que tuvo el Ejército Nacional al darlo de baja en el servicio sin previos exámenes médicos fue válida, teniendo en cuenta que el señor Ochoa padecía problemas psiquiátricos que lo llevaron a creer que estaba en vacaciones.

Para resolver el problema jurídico planteado se estudió lo referente a (i) la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, (ii) situación de los soldados profesionales como miembros de la fuerza pública que sufren grave afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio y (iii) los actos de retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública no pueden ser arbitrarios.

En la parte resolutive de la providencia se tutelaron los derechos fundamentales del actor y, en consecuencia, se ordenó al Ejército Nacional (i) reintegrar al actor sin solución de continuidad, (ii) reconocer y pagar las incapacidades ordenadas por el médico tratante, y (iii) reanudar y mantener por el tiempo que resulte necesario el suministro de toda la atención médica, hospitalaria, farmacéutica y psiquiátrica que requiera la salud del señor Ochoa.

Finalmente, se ordenó convocar a la Junta Médica de Calificación Laboral, para que realizara una nueva valoración al accionante a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

ii Motivos del Salvamento de Voto.

No comparto la decisión final a la cual llegó la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-585 de 2011 por las siguientes razones:

En primer lugar, en lo referente a la orden dada de suministro de la atención médica,

hospitalaria, farmacéutica y psiquiátrica, encuentro que ya en oportunidades anteriores tal mandato había sido dado por el juez de tutela, como se indica en los hechos de la sentencia³¹ y en la resolución del caso concreto³². De allí que estime innecesario repetir la orden dada, pues en caso de incumpliendo, el cual nunca se manifestó, lo que procedería era un incidente de desacato y no una nueva tutela.

Por otro lado, y es este el motivo fundamental de mi salvamento, considero que en este caso no procedía el reintegro del señor Ochoa por cuanto el retiro del servicio del actor no se muestra como arbitrario o irrazonable por parte del Ejército Nacional, ya que el mismo se fundamentó en lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000 (Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de la fuerzas militares), que prescribe:

Capítulo III del Retiro, Artículo 12 RETIRO POR INASISTENCIA. 'el soldado profesional que incurra en inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, será retirado del servicio, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente'. (...).

En el caso concreto el señor Ochoa se ausentó por más de 10 días al entender que se encontraba en vacaciones, por lo que le asiste razón al personal de la Trigésima Brigada al darlo de baja con fundamento en la normatividad transcrita.

Adicional a lo anterior, estimo que por la naturaleza de la función desempeñada y la enfermedad siquiátrica padecida por el actor, no resulta conveniente que el mismo regrese al Ejército Nacional, pues ello podría implicar consecuencias desfavorables tanto para la salud del actor, como para el cumplimiento de los fines de la institución.

Lo anterior, por cuanto no se puede perder de vista que en cabeza del Ejército Nacional se encuentran las funciones de defensa y seguridad del Estado y las condiciones del accionante en la actualidad, no son las mejores para prestar este servicio.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Art. 49 de la C.P.

2 Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

3 La Resolución 2266 de 1998 ha definido la incapacidad laboral como “el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”

4 M.P., José Gregorio Hernández, reiterada en las sentencias, entre otras: T-972 del 22 de octubre de 2003 M.P., Jaime Araujo Rentería, T-413 del 6 de mayo de 2004 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra, T-855 del 2 de septiembre de 2004 M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, T-1059 del 28 de octubre de 2004 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra, T-201 del 4 de marzo de 2005 M.P., Rodrigo Escobar Gil y T-789 del 28 de julio de 2005 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Ver entre otras las sentencias T-273 del 30 de mayo de 1997 M.P., Carlos Gaviria Díaz, T-616 del 28 de octubre de 1998 M.P., Vladimiro Naranjo Mesa, SU-667 del 12 de noviembre de 1998 M.P., José Gregorio Hernández, T- 514 del 8 de mayo de 2000 M.P., Álvaro Tafur Galvis, T-940 del 3 de septiembre de 2001 M.P., Jaime Araujo Rentería, T-567 del 4 de junio de 2004 M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, T-050 del 27 de enero de 2005 M.P., Clara Inés Vargas Hernández y T-624 del 3 de agosto de 2006 M.P., Álvaro Tafur Galvis.

66 Sentencias T-125 de 2007 MP. Álvaro Tafur Galvis; T-243 de 2007 y T-549 de 2006 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Sentencia T-311 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Sentencia T-311 de 1996 MP. JOSÉ Gregorio Hernández

8 Sentencia T-789 de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

10 Sentencia T-772 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 MP. Jorge Pretelt Chaljub

12 Sentencia T-365 del 17 de abril de 2008 M.P., Rodrigo Escobar Gil.

13 Sentencia T-350 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Decreto 1796 de 2000

15 Sentencia T-376 de 1997; Sentencia T-762 de 1998.

16 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

17 T-393/99 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-534/92 MP. Ciro Angarita Barón.

18 T-366/07 Mp. Jaime Araújo Rentería y T-376/97 MP. Hernando Herrera Vergara.

19 T-393/99 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 T-824/02 MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

21 T-393/99 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-762/98 MP. Alejandro Martínez Caballero, y T-376/97 MP. Hernando Herrera Vergara.

22 Sentencia T-824 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

23 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

24 MP. Alfredo Beltrán Sierra

25 Sentencia C-179 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Sentencia C-179 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Pareja

28 Sentencia C-368 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 M.P. Alfredo Baltrán Sierra

30 Artículo 2° del Decreto 094 de 1989.

31 Folio 3, sentencia T-585 de 2011

32 Folio 19, ibidem