Neiva, septiembre veintiuno (21) de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN:	2020-00191-00
PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	CESAR EDUARDO OSPINA
DEMANDADA:	DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL

1- ASUNTO A RESOLVER:

Procede el Despacho a proferir el fallo de la acción de tutela instaurada por CESAR EDUARDO OSPINA contra DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, por presunta violación a los derechos fundamentales al debido proceso, de la Seguridad e igualdad del accionante.

2. ANTECEDENTES

2.1. LO QUE SE PRETENDE

Que a través de la acción de tutela que nos ocupa, se amparen los derechos fundamentales citados, con la finalidad que se ordene a la accionada realizar examen de retiro como profesional del ejército, así como el pago de los dineros correspondientes a salario desde el año 2015 hasta la fecha del retiro 12 de abril de 2016.

Para fundamentar la anterior petición expone la parte actora como **HECHOS:**

- ✓ El accionante prestó sus servicios como soldado profesional del Ejército Nacional desde el año 2013, hasta el 12 de 2016, fecha en que produjo su retiro.

- ✓ Que por motivo de condena impuesta por autoridad judicial, fue retirado del servicio el 12 de abril de 2016, sin embargo desde el año 2015 hasta la fecha en que se produjo su retiro no le fue pagado su salario como soldado profesional.
- ✓ Que en la actualidad se encuentra diagnosticado con "leishmaniosis", aduciendo que la misma fue contraída mientras prestaba su servicio como soldado profesional.
- ✓ Que la entidad accionada nunca realizó el examen médico de retiro, el cual definiría que su circunstancia de salud de debió a las labores realizadas en el ejercicio profesional.

2.2 TRAMITE PROCESAL

Admitida la acción de tutela por auto del 09 de agosto de 2020, se corrió traslado de la misma a la entidad accionada, para que se pronunciara sobre los hechos aducidos por el señor OSPINA.

2. 3. RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA:

DIRECCION DE SANIDAD DEL EJÉRCITO:

Dentro del término de traslado la entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela, indicando en primera medida que no se ha registrado o verificado radicación de documentos por parte del actor previos a estos días donde solicite la valoración con el médico laboral en ninguna de las dependencia de la entidad, argumentando que no se cumplen los requisitos para tal petición.

Así mismo hace mención al procedimiento, indicando que una vez se han radicado los correspondientes documentos y se tiene certeza de la fecha de retiro, "los enterados deben realizar sus valoraciones en cualquier

Establecimiento de Sanidad Militar con el fin de que sean evaluadas sus afecciones, situación que en el presente caso no se presentó ni se ha presentado, ya que como se evidencia el accionante **NO RADICO NI A RADICADO EN TERMINO LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA DETERMINAR SI TENIA PATOLOGIAS CON OCASIÓN O A CAUSA DEL SERIVICIO**, situación que NO DEBE ser imputable a esta Dirección de sanidad ni a la Junta Médica Laboral, téngase en cuenta nuevamente que HAN TRANSCURRIDO 4 AÑOS Y 5 MESES DESDE SU RETIRO, **y solamente solicito la continuidad del trámite para la realización de Junta Médica, hasta la actualidad, sin previamente agotar el procedimiento administrativo en los términos fijados por la normatividad que regula la materia".**

3.- CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

PROBLEMA JURIDICO

Le corresponde a este Despacho, resolver si la entidad accionada DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL ha vulnerado los derechos fundamentales aludidos por el señor CESAR OSPINA; Sin embargo, se deberá establecer si la acción resulta procedente o no para la reclamación de derechos después de transcurrido varios años sin solicitarlos.

Marco Normativo:

La acción de tutela se encuentra regulada en el Artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo subsidiario y sumario para proteger a los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por una entidad pública o por un particular en los casos expresamente determinados en la ley.

Procedencia de la Acción de Tutela

Sobre la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-40 de 2016**1**, reiteró que:

> *"La acción de tutela* ***solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.***
> *La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo,* ***o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión****". (Negrilla fuera del texto).*
>
> *Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante.*
>
> *La Corte Constitucional recientemente, en la Sentencia SU-355 de 2015 unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad de la acción de tutela. En este pronunciamiento la Corte concluyó que este requisito hace referencia a dos reglas: (i) regla de exclusión de procedencia y (ii) regla de procedencia transitoria.*
>
> *La primera implica declarar la improcedencia de la acción cuando en el ordenamiento está previsto un medio judicial idóneo y eficaz[2] para defenderse de una agresión iusfundamental. Al respecto la Corte considera que:*
>
> *"El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.*
>
> **La Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado**[3].
>
> *"Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que "su existencia actual o potencial se infiera objetivamente*

1 Sentencia T-40 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo
[2] Sentencias T-580 de 2006 Magistrado ponente Manuel José Cepeda.
[3] T-043/07, T-1068/00.

a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas", de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable."

Es decir, ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo y eficaz donde el ciudadano tenga la posibilidad de plantear la controversia, ***el interesado deberá demostrar cómo, en su caso, es completamente necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable***[4]*, situación que de aprobarse por el juez hará procedente la acción de tutela como instrumento transitorio de amparo.*

En síntesis, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces donde resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la ***actuación del juez es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable****, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones.*

Inmediatez:

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Sin embargo, es indispensable estudiar cada caso, pues se necesita que la acción se promueva dentro de un término razonable, "*prudencial y cercano"* a la ocurrencia de los hechos que se considera, que ha vulnerado derechos fundamentales, *con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada*

[4] *Ver Sentencia T-225 de 1993.*

demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario5.

"El requisito de inmediatez, exige que el ejercicio de la acción de tutela debe ser oportuno, es decir, dentro de un término y plazo razonable, pues la tutela, por su propia naturaleza constitucional, busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y por ello la petición ha de ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales".

"En relación con el requisito de inmediatez, esta Corporación ha considerado que el juez constitucional está obligado a valorar las circunstancias de cada caso con el fin de evaluar la razonabilidad del lapso que transcurre entre la situación que origina la afectación de los derechos y la presentación de la acción de tutela. Por tanto, siendo la tutela un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, no tendría sentido que el afectado no demandara con razonable prontitud la vulneración de sus derechos".

B.- Valoración y Conclusiones:

Se acude a esta vía por considerar que la entidad accionada DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO**,** está vulnerando el derecho fundamental del accionante al no reconocer y pagar parte de su salario como soldado profesional y negarse a realizar el examen médico de retiro para evaluar su estado de salud.

La accionada contesta la tutela señalando que efectivamente el hecho del retiro del señor CESAR OSPINA tuvo lugar el 12 de abril de 2016, sin embargo durante este tiempo no se ha presentado ninguno de los documentos o solicitud ante las dependencias encargadas de las valoraciones, por lo que no han tenido conocimiento de la patología del accionante indicando además que

5 *Sentencia T-072 de 2013*

el actor pretende que le reconozcan por esta vía constitucional los derechos que no ha reclamado por la vía "ordinaria" lo cual atenta contra los principios de subsidiariedad e inmediatez que deben respetarse en este tipo de acciones.

En el presente caso se observa que no existe inmediatez, dado que se necesita que la acción se promueva dentro de un término razonable, "*prudencial y cercano"* a la ocurrencia de los hechos que se considera, que ha vulnerado derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos; pues los hechos (retiro del servicio del actor) ocurrieron en el año 2016, y solo hasta el año 2020 el actor realizó vía tutela la solicitud que se debate; situación que contrasta con lo establecido en el decreto 1796 del año 2000 6; no obstante la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social.

Además de lo anterior, el presente caso soslaya el principio de la subsidiariedad igualmente reseñado; pues resulta improcedente la presente la tutela ya que solo puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: "a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable. Para el caso en comento es importante indicar lo contenido en la norma procedimental en lo referente los derechos y reconocimientos surgidos en atención a la seguridad social salud de las personas miembros de la fuerza pública: *"Las controversias relativas a la prestación de los servicios de retiro de los miembros del ejército nacional se rigen por el decreto 1796de 200: "(…) ARTICULO 8o. EXAMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe PRACTICARSE*

6 *ARTICULO 8o. 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*

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 sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación. (…)" Ya que dentro de las pruebas arrimadas por el actor no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable como excepción a la aplicación del principio aludido, luego entonces la vía idónea es realizar el trámite correspondiente para la solicitud de las mencionadas prestaciones dinerarias a través del agotamiento de la vía gubernativa en la entidad y dependencias afines, para que en ese escenario se verifiquen los demás argumentos esbozados por el accionante.

Aunado a lo anterior por tratarse de prestaciones económicas, cuál sería la consecuencia del reconocimiento de salarios y eventuales indemnizaciones y no existir perjuicio irremediable, así mismo no acreditarse que el mínimo vital se encuentra en riesgo. En consecuencia, en la presente acción de tutela se tiene que la misma se torna improcedente por las razonas expresadas en precedencia.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Tercero de Familia de Neiva Huila, Administrando Justicia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR improcedente la presente acción de tutela presentada por el señor **CESAR EDUARDO OSPINA R**, contra **LA DIRECCION DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** De acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR el presente fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (Art. 30 del decreto 2451 de 1991).

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada (Art. 31 del Decreto 2351 de 1991).

NOTIFÍQUESE

SOL MARY ROSADO GALINDO
Jueza.