El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 1ª instancia - 20 de abril de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-00314-00

Accionantes: JOHN ÉDISON ORTIZ ORTIZ

Accionado: COMANDANTE Y DIRECTOR DE PERSONAL DEL EJERCITO NACIONAL

 Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: NO SE HA PRESENTADO SOLICITUD ANTE LAS ACCIONADAS / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA.** “Como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional es que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente afecta sus garantías fundamentales, a fin de que esta tenga la oportunidad de conocer la reclamación y pronunciarse al respecto; de obviarse ese trámite, se estaría dando por sentado que la administración no va a acceder a la petición y adicionalmente, el ciudadano ejercería la tutela como forma principal de obtener protección a sus derechos, cuando, es sabido, una de sus principales características es la subsidiariedad. En el curso del proceso se acreditó que el accionante no ha elevado solicitud formal alguna ante las entidades accionadas, para obtener lo que pretende por vía de tutela: el pago de un salario mínimo legal a partir del momento en que se debía notificar personalmente el acta de junta médico laboral del 3 de diciembre de 2014 y hasta la fecha en que se incorpore laboralmente. Surge de lo anterior que ninguna actividad ha desplegado el accionante para obtener lo que pretende sea decidido por medio de esta acción constitucional y por tanto, las entidades accionadas tampoco han tenido oportunidad de resolver lo que corresponda.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, abril veinte (20) de dos mil diecisiete (2017)

 Acta No. 198 del 20 abril de 2017

 Expediente 66001-22-13-000-2017-00314-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por el señor John Édison Ortiz Ortiz contra el Comandante del Ejército Nacional y el Director de Personal de esa entidad, a la que fueron vinculados el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional y el Director Nacional de Sanidad del Ejército Nacional.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató el actor los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 Se incorporó al Ejército Nacional como soldado regular, en el año 2004; para ese momento gozaba de óptimas condiciones de salud.

1.2 El día 11 de agosto de 2005 sufrió un accidente laboral que le ocasionó lesiones permanentes, representadas en dolor en la zona superior del brazo derecho, limitación de movimiento de esa extremidad, adormecimiento y pérdida de la fuerza de la mano.

1.3 La Junta Médica Laboral, mediante acta No. 34119 de 17 de noviembre de 2009, determinó en el 11% la pérdida de su capacidad laboral. Interpuso recurso de apelación contra esta decisión, mas fue confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

1.4 El 3 de diciembre de 2014 se dejó sin efecto aquella acta; se dictaminó en el 30.04% la pérdida de su capacidad laboral y una incapacidad parcial permanente debido a “lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo”. Esta decisión aún no le ha sido notificada personalmente.

1.5 La Sección Primera del Consejo de Estado ha confirmado sendas sanciones por desacato impuestas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda frente al Director de Sanidad del Ejército, por el incumplimiento del ordinal segundo de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2015 dentro de la acción de tutela radicada 66001-23-31-000-2015-00096-00, por medio del cual se le ordenó practicar la notificación personal de la referida acta médica laboral; por esa misma razón el 8 de marzo último el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda decidió abrir incidente de desacato contra el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional. Lo anterior demuestra la renuencia de la entidad demandada frente al mandato judicial, circunstancia que lo perjudica ya que además de impedirle su derecho a ejercer los recursos de ley, afecta su subsistencia pues carece de recursos económicos para garantizarla.

1.6 Desde el mes de enero de este año el médico tratante ha emitido incapacidades continuas y ha solicitado valoración prioritaria por medicina laboral; el 15 de febrero el médico psiquiatra rindió concepto en el sentido de “paciente con historia de síndrome mixto depresivo y ansioso en el marco de un trastorno adaptativo crónico. Hay perpetuadores externos: situación económica, incertidumbre por resolución de situación laboral, percepción negativa de su estado de salud”; el 20 siguiente el especialista en ortopedia y traumatología diagnosticó: “paciente muy difícil de recuperar para trabajo de campo, lo mejor que se podría pensar es un trabajo de oficina”.

1.7 Debido a su grado de incapacidad no tiene la posibilidad de incorporarse laboralmente, circunstancia que lo sitúa en una condición de debilidad manifiesta ya que carece de ingresos económicos para el sostenimiento de sus dos hijos menores de edad.

1.8 De conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 “cuando un soldado, en cumplimiento de su deber, reciba lesiones permanentes que le impidan desempeñarse normalmente, el Estado tiene la obligación de darle una capacitación que elija hasta el grado profesional de instrucción… El estado le pagará una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal por el tiempo que dure desempleado. Esta obligación cesará cuando el Estado lo incorpore laboralmente o cuando el ofrecimiento sea rechazado sin justa causa por el beneficiario”.

2. Considera lesionados los derechos a la vida digna, la igualdad y la seguridad social y al principio de la primacía de los derechos inalienables de las personas. Para su protección, solicita se ordene a la Dirección de Personal del Ejército Nacional pagarle un salario mínimo legal mensual desde la fecha en que debía surtir la notificación personal del acta de junta médico laboral de 3 de diciembre de 2014, hasta el momento en que se incorpore laboralmente.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del pasado 31 de marzo se admitió la acción, se ordenó vincular al Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional y se ordenó requerir a las partes para que informaran si el actor ha solicitado el pago de un salario mínimo legal en las condiciones arriba señaladas. Posteriormente se dispuso la vinculación del Director Nacional de Sanidad del Ejército Nacional.

2. De los funcionarios demandados y vinculados solo se pronunció el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, por intermedio del Jefe de la Sección Jurídica de esa autoridad, para manifestar que revisados los archivos de información y la base de datos del personal orgánico del Ejército, no se evidencia que el accionante haya solicitado “el pago de un salario mínimo legal desde la fecha en que se debía surtir la notificación personal del acta de junta médico laboral No. 70222 del 3 de diciembre de 2014”.

Por otra parte informó que procedió a enviar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, copia del presente asunto. Ello de conformidad con las competencias fijadas por el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015.

3. El actor indicó que “no he realizado petición directa a la entidad demandada” ya que le informaron que no tenía derecho al beneficio requerido y por esa razón se vio obligado a acudir a la acción de tutela que fue resuelta por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuya orden ha sido desacatada.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, otorga a toda persona la facultad para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite breve y sumario, la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados eventos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Ese medio excepcional de amparo constitucional tiende entonces a conjurar la lesión o la amenaza de los derechos fundamentales, a fin de permitir al titular su ejercicio o restablecer su goce; la efectividad de la acción reside entonces en la posibilidad para el juez de impartir una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho conculcado.

Así, la procedencia de la tutela exige la existencia de acción u omisión atribuible a la persona o autoridad contra la que se dirige, a partir de la cual sea posible analizar si se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.

2. Corresponde a esa Sala decidir si procede la tutela en este caso, para ordenar a las entidades demandadas pagar al actor la suma de un salario mínimo legal vigente desde la fecha en que se debía notificar personalmente el acta de junta médico laboral de 3 de diciembre de 2014, hasta el momento en que él se incorpore laboralmente.

3. Como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional es que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente afecta sus garantías fundamentales, a fin de que esta tenga la oportunidad de conocer la reclamación y pronunciarse al respecto; de obviarse ese trámite, se estaría dando por sentado que la administración no va a acceder a la petición y adicionalmente, el ciudadano ejercería la tutela como forma principal de obtener protección a sus derechos, cuando, es sabido, una de sus principales características es la subsidiariedad.

4. En el curso del proceso se acreditó que el accionante no ha elevado solicitud formal alguna ante las entidades accionadas, para obtener lo que pretende por vía de tutela: el pago de un salario mínimo legal a partir del momento en que se debía notificar personalmente el acta de junta médico laboral del 3 de diciembre de 2014 y hasta la fecha en que se incorpore laboralmente.

5. Surge de lo anterior que ninguna actividad ha desplegado el accionante para obtener lo que pretende sea decidido por medio de esta acción constitucional y por tanto, las entidades accionadas tampoco han tenido oportunidad de resolver lo que corresponda.

Sobre el aspecto que se analiza resulta válido citar un pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el que expresó:

“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía…”[[1]](#footnote-1)

Así las cosas, se declarará improcedente la tutela que se reclama.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** Se declara improcedente la acción de tutela propuesta por el señor John Édison Ortiz Ortiz contra el Comandante del Ejército Nacional y el Director de Personal de esa entidad, a la que fueron vinculados el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional y el Director Nacional de Sanidad del Ejército Nacional.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**(Con aclaración de voto)**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Sentencia de tutela de 27 de noviembre de 2013. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-1)