El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia:** Sentencia - 1ª instancia - 22 de junio de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Niega amparo

**Radicación No.:** 66001-22-05-000-2017-00089-00

**Accionante:**  Jorge Eliecer Molina Vargas

**Accionado:**  Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.** El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha señalado que la acción de tutela es improcedente cuando la entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante. Así lo indicó en la sentencia T-130 DE 2014:

*“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad  pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991”. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión. (…)*

*Lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”*

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_**

**(Junio 22 de 2017)**

Dentro del término estipulado en los artículos 86 de la Constitución Política y 29 del Decreto 2591, se resuelve en primera instancia la **Acción de Tutela** impetrada por el señor **Jorge Eliecer Molina Vargas** en contra de la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional**, quien pretende la protección de los derechos fundamentales a la salud, la igualdad y la seguridad social.

El proyecto, una vez revisado y discutido, fue aprobado por el resto de integrantes de la Sala, y corresponde a lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

* 1. **Hechos Relevantes**

Manifiesta el actor que prestó el servicio militar en el Batallón de Infantería de Marina No.22 de Manizales el cual culminó el mes de enero de 2017 y obtuvo su libreta militar.

Indica que ha empezado a trabajar pero al momento de realizar la afiliación a salud el sistema lo rechaza porque en los registros aparece como “activo” en el régimen de excepción del Ejército, por lo que se ven vulnerados sus derechos a la seguridad social en salud y al trabajo.

Señala que antes de ingresar al Ejercito Nacional, se encontraba activo en la Nueva EPS y así aparece en el FOSYGA, sin embargo el obstáculo se presenta por el lado de Sanidad del Ejército al no retirarlo del régimen de excepción.

Por lo anterior solicita se ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que en un término perentorio proceda a hacer los trámites requeridos para que sea retirado del régimen de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional no contestó la demanda pese a estar debidamente notificada.

#### CONSIDERACIONES

* 1. **Problemas Jurídicos por resolver:**

¿Están siendo vulnerados los derechos a la Salud, la igualdad, la seguridad social del accionante por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al no ser desvinculado del régimen de seguridad social en salud de las fuerzas militares una vez finalizó el servicio militar?

**3.2** **Alcance de la Seguridad Social en salud.**

El derecho a la seguridad social desempeña un notable papel dentro de la compleja red de garantías fundamentales consagradas en la Constitución; su alcance como bien jurídico tiene una doble connotación: por un lado como servicio público de carácter obligatorio y por otro como servicio público esencial. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-545 de 2013 ha indicado:

*“Nuestro ordenamiento jurídico establece en el artículo 48 de la Carta Política el alcance de la seguridad social como bien jurídico con una doble connotación: por un lado, como lo establece el inciso 1º de la norma superior, constituye un “servicio público de carácter obligatorio” donde al Estado le corresponde la labor de dirección, coordinación  y de control, con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia y por otro, como “servicio público esencial” que supone la responsabilidad exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, cuya permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la Ley de seguridad social. Sumado a lo anterior, el inciso 2° asume la forma de derecho constitucional, en los siguientes términos: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.*

Sobre el derecho a estar afiliado al régimen de salud la Corte Constitucional señaló que se trata de una condición necesaria para acceder a los servicios de salud en sentencia T-635 de 2007:

*“De los principios que inspiran el sistema de seguridad social en Colombia, se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza. A pesar de que gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dedicado a determinar las reglas de protección de las mencionadas prestaciones, debe tenerse en cuenta que un presupuesto esencial para que sea viable esta protección consiste en procurar una garantía*a priori*, cual es la de estar dentro del sistema. La estructura del sistema de seguridad social, en general, y de salud, en particular, en nuestro país convierte lo anterior en una condición necesaria para hacer posible el acceso a los servicios de salud, pues el sistema está diseñado para ofrecer sus prestaciones a favor de aquellas personas que lo conforman*

* 1. **Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.**

El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha señalado que la acción de tutela es improcedente cuando la entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante. Así lo indicó en sentencia T-130 DE 2014:

*“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad  pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991”. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.*

*En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la  T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del[Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…), ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (…)*

*Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”.*

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Jorge Eliecer Molina Vargas acude a la vía de tutela con el propósito de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la igualdad presuntamente vulnerados por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al no retirarlo del subsistema de salud una vez terminó de prestar el servicio militar en el Batallón de Infantería No.22 en enero de 2017, situación que le impide afiliarse al sistema de salud por figurar como activo en el régimen de excepción de las fuerzas militares. Tales hechos se tienen como ciertos con base al artículo 20 del decreto 2591 de 1991, dado que no se allegó contestación de la acción de tutela por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Sin embargo, el accionante aporta como prueba un certificado emitido por Dirección General de Sanidad Militar con calenda del 9 de mayo de 2017 que milita a folio 4 y reza: *“el señor SLR Jorge Eliecer Molina Vargas identificado con c.c 1.088.329.323 perteneció al subsistema de salud de las Fuerzas Militares (EJC) a través del Comando Ejercito Nacional, su estado es inactivo”,* señalándose como fecha de retiro del subsistema de salud el 9 de mayo de 2017.

A pesar de que el retiro del sistema de salud de las fuerzas militares se hizo el mismo día en que se expidió la referida certificación, prima facie se observa que la Dirección General de Sanidad Militar cumplió con la obligación de excluirlo de dicho subsistema, dejando de ser cobijado por el régimen de excepción de las fuerzas militares.

Igualmente, en los hechos manifiesta que antes de ingresar al Ejercito Nacional estaba afiliado a la nueva EPS y aporta copia del reporte del FOSYGA con calenda del 31 de mayo de 2017 donde figura como RETIRADO de dicha entidad, con fecha final de desafiliación el día 29 de noviembre de 2016. (Folio 8)

Es pertinente indicar que el FOSYGA reporta la Información de afiliados en la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social “BDUA”, y a su vez la BDUA *“contiene la información de los afiliados plenamente  identificados, de los distintos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Régimen Contributivo, Régimen Subsidiado, Regímenes de Excepción y Especiales, y entidades prestadoras de Planes Voluntarios de Salud)”* [[1]](#footnote-1)

Con las pruebas adosadas al plenario se puede concluir que si el señor Jorge Eliecer Molina Vargas aún estuviera afiliado al subsistema de salud de las fuerzas militares figuraría en el FOSYGA como tal, lo que no ocurre en este caso.

Con todo, esta Colegiatura en su obligación de proteger los derechos fundamentales del accionante lo requirió el día 14 de junio de 2017 a fin de que indicara el nombre de la EPS a la cual ha intentado vincularse después de prestar el servicio militar, pero el accionante respondió, vía telefónica que no tiene esa información ya que es otra persona quien ha realizado esos trámites. El día 15 de junio el accionante indicó vía correo electrónico *“me han intentado afiliar a la Nueva EPS”*. Sin embargo no aportó ningún tipo de documento que logre acreditar lo afirmado, siendo este indispensable ya que al señalar que ha sido un tercero quien lo ha intentado afiliar la Sala infiere que él no tiene la certeza que las afiliaciones se hayan intentado hacer.

En ese orden de ideas, con las pruebas documentales aportadas en donde consta que su estado en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares es “Inactivo”, y el hecho de no acreditar que alguna entidad de salud le esté impidiendo su afiliación, la Sala no advierte que la Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional esté vulnerando los derechos a la salud la igualdad y a la seguridad social del accionante. En consecuencia, se negará el amparo deprecado por el señor Jorge Eliecer Molina Vargas, sin perjuicio de que en el futuro intente nuevamente esta acción de tutela, una vez obtenga las pruebas que demuestren que efectivamente se impide su afiliación a una EPS por cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y/o de cualquier otra entidad .

En mérito de lo expuesto, la **Sala No. 1 de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** el amparo deprecado por el señor **Jorge Eliecer Molina Vargas,** por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO:** Si no se impugnare, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Ministerio de Salud de Colombia. (2013). minsalud Lists glosario. Recuperado de www.minsalud.gov.co/Lists/Glosario/DispForm.aspx?ID=122 [↑](#footnote-ref-1)