



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Trece (13) de Agosto de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001-31-03-002-2021-00119 00. Acción de tutela de primera instancia promovida **JOSE MARIA CERPA** contra **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - AFP ADMINISTRADORA COLOMBIAN DE PENSIONES - COLPENSIONES - ARL POSITIVA S.A. -JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DEL MAGDALENA y vinculada SALUD TOTAL EPS.** Derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por JOSE MARIA CERPA contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - AFP ADMINISTRADORA COLOMBIAN DE PENSIONES - COLPENSIONES - ARL POSITIVA S.A. -JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DEL MAGDALENA y vinculada SALUD TOTAL EPS.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, el accionante manifiesta en síntesis lo siguiente:

El 18 de diciembre de 2008, sufrió un accidente de trabajo, el cual fue calificado por la ARL POSITIVA S.A., como lo origen profesional, según dictamen No. 8612 del 19 de agosto de 2010. Le fueron calificados la pérdida de capacidad laboral por los siguientes diagnósticos: Fractura de tibia y fractura de peroné, y se le asigna un porcentaje de 3% y acortamiento de miembro inferior derecho 1.5. cm, otorgándole un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 1%, que para la discapacidad se le asigna un porcentaje de 1.8% y para la minusvalía se asigna un porcentaje de 6% que la sumatoria total de la pérdida de la capacidad laboral es de 11.27%.

El dictamen referido fue apelado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, la cual emitió el dictamen 1865 de fecha 23/11/2010.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, tuvo en cuenta las mismas deficiencias de restricción de movimientos de tobillo derecho y acortamiento del miembro inferior derecho en 1.5. cm, lo que modificó fue el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral así: Restricción movimiento de tobillo derecho 4%, acortamiento del miembro inferior en 1.5. cm 1% - discapacidad 2%: Minusvalía 6% para un total de pérdida de la capacidad laboral del 12,46%

Que además del accidente de trabajo que le ocurrió el 18 de diciembre de 2008, viene padeciendo otras enfermedades las cuales

Que además del accidente de trabajo que le ocurrió el 18 de diciembre de 2008, viene padeciendo otras enfermedades las cuales han sido calificadas como de origen de común por COLPENSIONES S.A., para lo cual emitió el dictamen No. DML 1053 de fecha 26 de marzo de 2019.

Debido a que COLPENSIONES no le calificó ni hizo integración de todas las enfermedades que padece apeló e dictamen No. 1053 de fecha 26 de marzo de 2019, emitido por el fondo de pensiones ante la Junta Regional de Invalidez del Magdalena, la cual profirió el dictamen No. 77029488-1459 de fecha 13/08/2019, presentó desacuerdo contra la calificación de pérdida de capacidad laboral que le otorgaron y solicitó a la Junta referida que repusiera dicho dictamen, pues tenían el deber de calificarlo integralmente, teniendo en cuenta las enfermedades de origen laboral como las enfermedades de origen común. La ARL POSITIVA también interpuso recurso contra el dictamen 77029488-1459 la cual le calificó la pérdida de capacidad laboral.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, el 28 de noviembre de 2018, decidió no reponer su decisión y en su defecto concedió apelación ante la Junta Nacional de Calificación del Invalidez.

La Junta Nacional de Calificación Invalidez, en la sala No. 04, decide la controversia y emite el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 77029488-1459 de fecha 07/09/2021, donde confirma el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena.

Que los diagnósticos de origen común que califica la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena y La Junta Nacional de Calificación Invalidez, son: COXARTROSIS PRIMARIA BILATERAL, TRASTORNO DEL DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION a la cuales se le asignaron los siguientes porcentajes para establecer la pérdida de la capacidad laboral: Deficiencia 24.62% Rol laboral y otros 19.50% para la capacidad laboral de origen común 44.12%.

Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena y La Junta Nacional de Calificación Invalidez, no tuvieron en cuenta para emitir los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, otras enfermedades comunes que está padeciendo como son: TRASTORNO DEL SUEÑO, (G47.8) TRASTORNNO EFECTIVO BIPOLAR (F31.6) Sospecha de Glcoma (H400) Presbicia (H524) Pterigion (H11.0) Resección de Tumor Benigno en Ojo Derecho (D310) Reflujo Gastroesofágico (21) Mareo y Desvanecimiento (R42X) Cefalea (R51) Hiperlipidemia Mixta (E78.2) Hipercolestomia Pura (E78.0) Hipertensión; Lumbago no especificado (M54.5) Síndrome de Abducción Dolorosa del Hombro (M75.4) Disco Artrosis L5.S1, las cuales han sido diagnosticadas por médicos de la EPS SALUD TOTAL.

Es una persona con discapacidades físicas y psíquicas, como está determinado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues ha sido calificado con el 44.12%, como origen común y con el 12%46% por origen profesional, dictámenes que fueron emitidos por la Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del Magdalena y del Cesar.

Debido a su discapacidad se encuentra desempleado y por lo tanto con necesidades económicas, además tiene hijos menores de edad, la situación en la cual vive le produce ansiedad, angustia.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora considera que con los anteriores hechos se han vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas.

PRETENSIONES:

Solicita el accionante que se tuteles sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN.

Que se ordene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitir un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral en concordancia con los establecido en la sentencia C-425 de 2005, de la Corte Constitucional y el decreto 1072 de 2015, art. 2.2.5.1.50. procedimiento aplicable para la calificación integral de invalidez, y los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia en donde integran las enfermedades de origen laboral establecidas por la ARL POSTIVA S.A. y la Junta Regional de Invalidez del Cesar, en los dictámenes de PCL No. 8612 de 19/08/2010, y 1865 de fecha 23/11/2010, respectivamente, como son los diagnósticos: Fractura de tibia y fractura de peroné que le producen las deficiencias, restricciones para flexo extensión y movimiento y acortamiento de miembro inferior derecho en 1.5. y las de origen común establecidas en los dictámenes No. 77029488-1459 de fecha 13/08/2019, y 77029488-10537 de fecha 09/07/2021, emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, como son: COXARTROSIS PRIMARIA BILATERAL, TRASTORNO DEL DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION.

Que se ordene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar las enfermedades de origen común que se encuentre en el expediente, las cuales no tuvieron en cuenta y no calificó al momento de expedir el dictamen No. 77029488-10537 de fecha 09/07/2021, como son: TRASTORNO DEL SUEÑO, (G47.8) TRASTORNO EFECTIVO BIPOLAR (F31.6) Sospecha de Glaucoma (H400) Presbicia (H524) Pterigion (H11.0) Resección de Tumor Benigno en Ojo Derecho (D310) Reflujo Gastroesofágico (21) Mareo y Desvanecimiento (R42X) Cefalea (R51) Hiperlipidemia Mixta (E78.2) Hipercolestemia Pura (E78.0) Hipertensión; Lumbago no especificado (M54.5) Síndrome de Abducción Dolorosa del Hombro (M75.4) Disco Artrosis L5.S1, las cuales han sido diagnosticadas por médicos de la EPS SALUD TOTAL.

Que se ordene Junta Nacional de Calificación de Invalidez, si necesita exámenes complementarios para la calificación de la pérdida de capacidad laboral del sistema visual u otro sistema, solicite exámenes complementarios de acuerdo al art. 10, numeral 9 del decreto 1352 de 2013.

Que se ordene a la EPS SALUD TOTAL, COLPENSIONES S.A., ARL POSITIVA S.A., que si la Junta Nacional de Invalidez solicita exámenes complementarios o cualquier documento para calificar le sistema visual u otro sistema procedan ordenarlos en el menor tiempo posible.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

- 1.- Fotocopia de la Cédula ciudadanía.
- 2.- Copia del dictamen de PCL No. 77029488-10537 del 09/07/2021, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- 3.- Copia del Dictamen de PCL No. 77029488-1459 del 13/08/2019, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena.
- 4.- Copia del Dictamen PCL No. 8612 de 2010/08/19, emitido por la ARL POSITIVA.
- 5.- Copia del dictamen PCL No. 1865 del 23/11/2010, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar.

PARTE ACCIONADA:

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:

- 1.- Copia del Dictamen No. 77029488 - 10537 del 09 de julio de 2021.

ARL POSITIVA S.A.

- 1.- Certificado de vigencia de afiliación.
- 2.- Reporte de incapacidades.

TRÁMITE PROCESAL

Con proveído de 30 de Julio de 2021, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - AFP ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - ARL POSITIVA S.A. -JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DEL MAGDALENA y vinculada SALUD TOTAL EPS, concediéndoles el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

CONTESTACIÓN DE LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:

Alega, que el expediente del señor José María Cerpa, fue radicado en esta entidad el 27 de mayo de 2021 remitido por parte de la Junta Regional del Magdalena; y una vez efectuado el reparto le correspondió conocer el caso a la Sala de Decisión Número Cuatro cuyos miembros resolvieron el recurso de apelación en Audiencia Privada de Decisión que se llevó a cabo el 09 de julio de 2021 en la que se emitió el dictamen No. 77029488 - 10537 que determinó:

CONFIRMAR el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Magdalena.

Dictamen número: 77029488 - 10537

Fecha dictamen: 09/07/2021 Motivo de calificación: PCL (Dec 1507/2014)

Diagnóstico: 1. Coxartrosis primaria bilateral. 2. Trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía 3. Trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Total, PCL0: 44.12%

Origen: enfermedad común Fecha de estructuración: 10/06/2019

Deficiencias: 24.62% Rol laboral / ocupacional: 19.50%

Indica, que el mencionado dictamen fue debidamente comunicado a las partes en observancia a lo proveído en el Decreto 1352 de 2013 en concordancia con el Decreto 1072 de 2015. Es menester precisar que contra el citado dictamen no procede recurso alguno por lo que adquiere firmeza y sólo puede ser controvertido ante la jurisdicción ordinaria.

Manifiesta, que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1072 de 2015 que reza: "Artículo 2.2.5.1.43. Firmeza de los dictámenes. Los dictámenes adquieren firmeza cuando: 1. Contra el dictamen no se haya interpuesto el recurso de reposición y/o apelación dentro del término de diez (10) días siguientes a su notificación; 2. Se hayan resuelto los recursos interpuestos y se hayan notificado o comunicado en los términos establecidos en el presente capítulo; 3. Una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación del dictamen proferido por la Junta Nacional y se haya comunicado a todos los interesados." (subrayado y negrilla fuera de texto original) y el Decreto 1352 de 2013 que en su artículo 44 prevé: "Controversias sobre los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez: las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la Junta correspondiente. (...) Parágrafo: frente al dictamen proferido por la Junta Regional o Nacional solo será procedente acudir a la justicia ordinaria cuando el mismo se encuentre en firme"

Arguye, que la acción de tutela presentada no cumple con el requisito de procedibilidad, reiterando que el legislador determinó que las decisiones adoptadas por la Junta Nacional sólo pueden controvertidas ante la jurisdicción ordinaria; resaltando, además, que la posición de la Corte Constitucional al respecto es: "el proceso ordinario establecido por el legislador para dirimir las controversias que se planteen contra los dictámenes emitidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es el mecanismo prima facie idóneo² y eficaz para tramitar las pretensiones planteadas por la parte accionante, por cuanto corresponde al Juez laboral asumir la dirección del proceso mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, así como la agilidad y rapidez en su trámite, además de realizar la

correspondiente evaluación de los criterios científicos, médicos y ocupacionales para garantizar con su decisión el respeto al debido proceso de todas las partes interesadas³” pues el mencionado amparo constitucional no fue creado para generar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, tampoco para modificar las reglas que fijan los ámbitos de competencia de los jueces, mucho menos para crear instancias adicionales.

En virtud de lo anterior, solicita negar la acción de tutela.

CONTESTACIÓN DE LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA:

Alega, que revisando la base de dato se pudo constatar que el señor JOSE MARIA CERPA fue calificado mediante dictamen No.77029488-1459 de fecha 13/08/2019 otorgándole una pérdida de la capacidad ocupacional equivalente a 44.12% con fecha de estructuración 10/06/2019 de origen enfermedad común.

Indica, que el dictamen fue debidamente notificado a todas las partes interesadas, donde el accionante dentro de los termino de ley interpone recurso de reposición con subsidio de apelación en contra el dictamen No.770294881459 de fecha 13/08/2019, recurso que fue desatado mediante pronunciamiento de fecha 28 de noviembre de 2019 en donde decide no reponer el dictamen y en consecuencia acoge el recurso de apelación, dándole la alzada a la Junta Nacional de Calificación.

Aduce, que los dictámenes emitidos por la Junta Nacional serán dirimidos por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la Junta correspondiente.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

CONTESTACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES:

Alega, que revisado las bases de datos y aplicativos, se evidencia la entidad tramitó la inconformidad presentada contra el dictamen 1053 del 26 de marzo 2019 que presentó el señor José María Cerpa, y remitió el expediente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Magdalena.

Aduce, que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que actualmente no tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano.

Indica, que carece de competencia para emitir pronunciamiento respecto de la solicitud impetrada por el accionante en el escrito de tutela, toda vez que el estudio del recurso y la firmeza del Dictamen se encuentra bajo la jurisdicción de la cita JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

En virtud de lo anterior solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONTESTACIÓN DE SALUD TOTAL EPS:

Alega, que no realiza la Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral; esta la debe realizar la entidad encargada de asumir el riesgo, si las patologías son de Origen Común le corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) ó si la patología es de origen Laboral corresponde a la Administradora de Riesgos Laborales (ARL); en caso de presentarse algún desacuerdo quien pasa a calificar es la Junta Regional de Calificación o Junta Nacional de Calificación.

Indica, que a la fecha el protegido no cuenta con órdenes medicas pendientes por autorizar o rechazadas por parte de SALUD TOTAL EPS-S.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela y sean desvinculados del presente asunto.

CONTESTACIÓN DE LA ARL POSITIVA:

Alega, que el señor JOSE MARIA CERPA, presenta vinculación INACTIVA con esta Administradora de Riesgos Laborales, teniendo en cuenta que contó con afiliación como trabajador dependiente bajo la razón social NIT. 73570692- YONIFFER RAFAEL HERNANDEZ JULIO desde el 26/05/2011 hasta el 25/05/2011. Para el presente caso se tiene que el accionante cuenta con siniestro 2537390 de 18/12/2008 de origen laboral dictamen 6032 del 10-07-2009 (S822) FRACTURA TIBIA (S824) FRACTURA PERONÉ. Se adiciono en Pérdida de Calificación de Invalidez (PCL): (T932) SECUELAS DE FRACTURA DE MIEMBRO INFERIOR y que cuenta con PCL de 12.46 % bajo el dictamen 1.865 del 23-11-2010 definida por Junta Regional de Calificación de Invalidez (JRCI).

En virtud de lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela y se le desvinculen del presente asunto.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción 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, limitación esta

que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

El accionante JOSE MARIA CERPA actuando en nombre propio, impetra acción de tutela, teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarde los derechos fundamentales constitucionales vulnerados.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, están legitimadas como parte pasiva por ser la entidad a la cual se le atribuye la vulneración a dichos derechos fundamentales, por estar involucradas en la expedición de dictamen de PCL.

INMEDIATEZ Y SUFSIDIARIDAD:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitió dictamen el 09 de julio de 2021 y la fecha de la presente acción de tutela es de fecha 30 de julio de 2021, la cual se torna dentro de los términos razonable y oportuno.

Así mimos, la Jurisprudencial ha sostenido que *"Frente a dicha cuestión, esta Corporación sostuvo que reclamar por vía de tutela "la entrega de aquellos componentes de la ayuda humanitaria que no le fueron suministrados en su momento, no puede suponer una tardía reclamación y mucho menos se puede inferir que el simple transcurso del tiempo sea suficiente para dar por cierto que ya superó su situación de desplazamiento". En tal sentido, reclamar la entrega de ayuda humanitaria después de varios años de ocurrir la situación de desplazamiento forzoso puede justificarse, cuando durante ese lapso no ha sido posible superar la situación de emergencia y vulnerabilidad, siendo imperioso que el juez constitucional brinde la protección pertinente"* (**Sentencia T-004/18**)

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿Si la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ ha vulnerado los derechos fundamentales constitucionales al al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas a JOSE MARIA CERPA?

SUBSIDIARIEDAD - Sentencia SU-115 de 2018:

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son,

entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

De estas disposiciones se infieren los siguientes postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela: **(i)** la acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando *no exista* otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis *formal de existencia*), es necesario determinar su eficacia, "atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" **(ii)** En caso de *ineficacia*, como consecuencia de la *situación de vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva; esta le permite al juez de tutela determinar la *eficacia en concreto* (y no meramente *formal o abstracta*) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo. **(iii)** Con independencia de la situación de *vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera *transitoria* siempre que se acredite un supuesto de *perjuicio irremediable*. **(iv)** En caso de no acreditarse una situación de *vulnerabilidad* o un supuesto de *perjuicio irremediable* la acción de tutela debe declararse improcedente, dada la *eficacia en concreto* del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable que amerite su otorgamiento transitorio.

De igual forma, en la Sentencia T 030 - 2015, se ha manifestado lo siguiente:

"La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6° numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: **"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante."** El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, **más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.**

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, **esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la**

articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha explicado que tal concepto "está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho." En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

"la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados."

En jurisprudencia reiterada, este tribunal, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Según lo preceptuado en el artículo 86 C.P., la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario de exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, de modo que ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, deberá preferirse este, a menos que esté acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable que reste idoneidad a ese mecanismo. El incumplimiento de este requisito de subsidiariedad fue la razón de la decisión de ambas instancias en el presente asunto, quienes unívocamente concluyeron que el asunto debía tramitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, específicamente por el procedimiento verbal sumario, que entre sus asuntos contempla aquellos relativos a la autorización de salida del país de los menores por parte de sus padres.

Con respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en **Sentencia T-836/15**:

Reiteración de jurisprudencia. La procedencia de acción de tutela ante existencia de otro medio de defensa judicial:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela procederá siempre que *"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Al respecto, esta Corporación ha señalado lo siguiente: *"Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así ha destacado en múltiples oportunidades que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos deben acudir, en principio, los afectados, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta. En consecuencia, la acción de tutela adquiere la condición de medio subsidiario, cuyo propósito no es el de desplazar a los otros mecanismos, sino el de fungir como último recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico, en materia de protección de derechos fundamentales.*

Así, la protección de derechos fundamentales es un asunto que el orden jurídico reserva a la acción de tutela en la medida que el mismo no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial, de igual o similar eficacia. Sin embargo, de la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no deviene automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

El carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-040/18:

"Según el inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar de que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable.

En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

1-. A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.

2-. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo"

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL TRÁMITE DE TUTELA - SENTENCIA T-040/18:

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese (i) la acción o la omisión que la motiva, (ii) el derecho que se considera violado o amenazado, (iii) el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y (iv) la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial *"no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."*

Ahora bien, en esta clase de procedimientos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo. Así, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez constitucional tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten la realidad procesal.

En consecuencia, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, *"(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.*

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, el señor JOSE MARIA CERPA, acude a éste mecanismo constitucional en busca de la protección a sus derechos fundamentales constitucionales al al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, los cuales estima vulnerados por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ - JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL CESAR.

De entrada, la repuesta al problema jurídico es de carácter NEGATIVO, puesto que, la parte actora cuenta con otro medio defensa judicial eficaz y capaz de resolver la controversia hoy dirimida en el presente asunto constitucional, además de ello, no se avizora

la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable un amparo transitorio.

Como fundamento a la repuesta al problema plateado, tenemos que, la acción de tutela para ser procedente debe cumplir a cabalidad con los requisitos formales de procedencia el más conocido como la subsidiariedad, consagrado en el art.86 de la Constitución Nacional, el cual lleva inmerso la imposición que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción constitucional, en estos casos, debe cumplir con los preceptos estipulados por la Corte para la configuración de un perjuicio irremediable en caso de existir otro medio de defensa judicial, dichos requisitos que debe reunir el perjuicio para que sea tenido en cuenta como irremediable y permita prosperar con la acción son: los siguientes: **(i)** debe ser inminente; **(ii)** debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; **(iii)** debe tratarse de un perjuicio grave; y **(iv)** solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.

De acuerdo a lo anterior, se deduce que es deber de juez constitucional hacer el estudio del cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela en aras de no quebrantar su naturaleza constitucional para lo cual fue diseñada, así entonces, tenemos varias hipótesis planteadas para que el presente mecanismo tenga vocación de prosperidad, el primero, es que no haya un medio de defensa judicial, por ende, la tutela procede de manera directa y definitiva, pero, cuando existe ese mecanismo jurídico, hay que analizar si el mismo es ineficaz o cuando se acredite un estado de vulnerabilidad y la acreditación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, en reiteradas jurisprudencia se ha establecido que el juez de tutela no es competente para dirimir las controversias originado entre el trabajador y las entidades de la seguridad social y empleador, puesto que, para ello, el ordenamiento jurídico tiene mecanismos idóneos y eficaces para solucionar el conflicto originado, por ende, el juez natural en el presente asunto es el Juez Laboral, el cual el juez de tutela no puede reemplazar ni sustituir los medios ordinarios establecidos para tal fin.

Descendiendo al caso concreto, el actor fue calificado por la ARL POSITIVA S.A., con una pérdida de la capacidad laboral es de 11.27%, quedando el porcentaje definitivo de 12.46%, a través del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, a través del dictamen 1865 de fecha 23/11/2010. Así mismo, COLPENSIONES S.A., emitió el dictamen No. DML 1053 de fecha 26 de marzo de 2019, apelando el mismo, ante la Junta Regional de Invalidez del Magdalena, la cual profirió el dictamen No. 77029488-1459 de fecha 13/08/2019 y La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en la sala No. 04, decide la controversia y emite el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 77029488-1459 de fecha 07/09/2021, donde confirma el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena.

Las pretensiones del presente libelo buscan que se deje sin efectos el dictamen No. 77029488-1459 de fecha 07/09/2021, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por tener en cuenta

otras patologías y realizar la integración de la mismas en el valoración del porcentaje de pérdida de capacidad laboral las cuales son las siguientes: otras enfermedades comunes que está padeciendo como son: TRASTORNO DEL SUEÑO, (G47.8) TRASTORNO EFECTIVO BIPOLAR (F31.6) Sospecha de Glaucoma (H400) Presbicia (H524) Pterigion (H11.0) Resección de Tumor Benigno en Ojo Derecho (D310) Reflujo Gastroesofágico (21) Mareo y Desvanecimiento (R42X) Cefalea (R51) Hiperlipidemia Mixta (E78.2) Hipercolestemia Pura (E78.0) Hipertensión; Lumbago no especificado (M54.5) Síndrome de Abducción Dolorosa del Hombro (M75.4) Disco Artrosis L5.S1, las cuales han sido diagnosticadas por médicos de la EPS SALUD TOTAL.

Ahora bien, el artículo 2.2.5.1.42 del Decreto 1072 de 2015 (Anterior Artículo 44 del Decreto 1352 de 2013) establece lo siguiente: *"CONTROVERSIAS SOBRE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el Director Administrativo y Financiero representará a la junta como entidad privada del Régimen de Seguridad Social Integral, con personería jurídica, y autonomía técnica y científica en los dictámenes. PARÁGRAFO. Frente al dictamen proferido por la Junta Regional o Nacional solo será procedente acudir a la justicia ordinaria cuando el mismo se encuentre en firme."*

Aunado a las luces del precepto normativo, el juez de tutela no es el competente para dirimir controversias contra el dictamen proferido por la Junta Nacional de Invalidez, para ello, la norma es clara el establecer que dicha competencia recae exclusivamente en el juez laboral.

Así entonces, estando claro que el actor cuenta con un medio de defensa judicial que es idónea y efectivo, capaz de resolver el asunto puesto a consideración del juez de tutela, pues, la jurisdicción laboral goza de términos más amplios que le permiten al juez tomar una decisión en derecho.

Además de ello, si el actor si a bien lo considera tiene la oportunidad de iniciar un nuevo trámite de calificación desde primera oportunidad conforme se encuentra establecido en el Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, con los nuevos diagnósticos.

Por lo tanto, en cuanto al aspecto de la subsidiariedad, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-480 de 2011, dijo:**

"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario

debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”

Así las cosas, el actor tiene a su disposición otros medios de defensa judicial para defender sus derechos fundamentales que hoy invocan en sede de tutela, sin que se observe un perjuicio irremediable con las características indicadas por la jurisprudencia citada.

En ese orden de ideas, no se avizora la acreditación de un perjuicio irremediable o que los medios judiciales sean ineficaz para la resolución de la controversia, pues, no se puede sustituir los medios jurídicos que tiene el actor a su disposición o desplazar al juez ordinario laboral, quien tiene exclusiva la competencia de resolver el presente asunto, no se encuentra acreditada una circunstancia excepcional que intervenga el juez constitucional, pues vale la pena, repetir el presente recurso es viable cuando no exista otro medio de defensa judicial, en el caso particular existe un mecanismo judicial el cual se considera íntegro y eficaz para decidir sobre la controversia originada en el presente litigio constitucional.

Habida cuenta, al Alta Corporación Constitucional ha manifestado en reiteradas jurisprudencias que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional verificar de forma exhaustiva que la parte accionante agotó “(...) todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a su alcance (...)” de manera que, solo es posible erigir la tutela como mecanismo principal, cuando el actor acredite la consumación de un perjuicio irremediable o se verifique la falta de idoneidad o eficacia de los recursos ordinarios de defensa; circunstancias que adquieren cierto grado de flexibilidad frente a sujetos de especial protección constitucional. (Sentencia T-237/18)

Siguiendo de la misma de la jurisprudencia, “en la Sentencia C-590 de 2005, la Corporación precisó que, en virtud del requisito de subsidiariedad, es “deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos”, pues, [d]e no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas

y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última". (Sentencia T-237/18)

Además de ello, la misma jurisprudencia constitucional ha precisado que "cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia" (Sentencia T-237/18)

En conclusión, sobre la aplicación del requisito de subsidiariedad surgen las siguientes precisiones: "(i) la acción de tutela no es un mecanismo judicial diseñado para reemplazar los medios ordinarios de defensa, ni para reabrir procesos concluidos, ni revivir términos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada de la parte interesada. Ello, sin perjuicio de que, en cada caso, (ii) se verifique si acudir a los medios ordinarios o recursos comporta una carga desproporcionada para el actor, ya sea, por su falta de eficacia e idoneidad a la luz de las circunstancias particulares, o cuando se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable y este sea alegado por la parte interesada"

De acuerdo a las luces de la jurisprudencia constitucional, el actor deberá presentar demanda ante el juez laboral para que decida y resuelva sobre la controversia suscitada.

Sin más elucubraciones, se procede a declarar improcedente la acción de tutela promovida por JOSE MARIA CERPA contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - AFP ADMINISTRADORA COLOMBIAN DE PENSIONES - COLPENSIONES - ARL POSITIVA S.A. -JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DEL MAGDALENA y vinculada SALUD TOTAL EPS.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela promovida por JOSE MARIA CERPA contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - AFP ADMINISTRADORA COLOMBIAN DE PENSIONES - COLPENSIONES - ARL POSITIVA S.A. -JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DEL MAGDALENA y vinculada SALUD TOTAL EPS, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita

TERCERO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



GERMAN DAZA ARIZA
Juez.