

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA – RAD. No.11001310300320210032900

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por Jhon Alfredo Buitrago Vanegas quien manifestó actuar como agente oficioso del señor **RAFAEL NUÑEZ ROJAS** y a su vez representante legal de la firma Humanidad Jurídica y Abogados Asociados SAS a quien le otorgó poder y en contra la ARL **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** Trámite al cual se vinculó a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN¹**, al **MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a la **NUEVA EPS S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, TORRES Y CIA. S.A., IPS MEDICADIZ SAS**, las **JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** como la del **TOLIMA** y a la **ARL POSITIVA REGIONAL o SUCURSAL TOLIMA**.

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

La parte accionante solicitó, el amparo a los derechos fundamentales a la *seguridad social, debido proceso y defensa*, que considera vulnerados por parte de la ARL accionada y pide en consecuencia, se le emita orden tutelar para que remita la inconformidad interpuesta por el accionante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez conforme al art. 41 de la Ley 100 de 1993.

1.2. Los hechos

1.2.1. Del extenso escrito tutelar², se extrae en síntesis como apoyo del ruego tuitivo y con base a la documental que arrima con su demanda y los fundamentos de derecho en que se finca que, **RAFAEL NUÑEZ ROJAS** labora en **TORRES Y CIA. S.A.** como Administrador de Canal Torres, quien el 3 de julio de 2019, sufre un accidente laboral (cuando se trasladaba en su motocicleta, cumpliendo su función y en el sitio que conduce de la vereda Paraguay del municipio de San Luis al Guamo Tolima), el cual se reporta por su empleador el 4 de julio de 2019 con radicado 4532477.

1.2.2. Relata que, **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS**, emite oficio denominado solicitud de pruebas, 7 días después del accidente laboral, donde realiza tres requerimientos a la empresa empleadora y esta los atiende el 12 de julio de 2019, donde entre otros, informó que el accidente ocurrió en ejercicio de funciones, a su vez, detalla los traumas sufridos por el trabajador: *-trauma raquimedular nivel T 12, fractura por estallido tipo C con desplazamiento de fragmentos en canal medular nivel sensitivo T 12 fractura de apófisis transversa izquierda de T 3, T 4, T 5, T 6. Fractura apófisis espinosa de T 5 y T 7 fractura cuerpo vertebral L 4 tipo A -1 anterolistesis grado 1 de L 5 sobre S 1 con espondilólisis. -Trauma cerrado de tórax. -Hemoneumotorax bilateral de predominio derecho grado 2. -Contusiones pulmonares. -Fracturas costales. -Choque neurogénico. -Insuficiencia respiratoria aguda tipo 1. -Estado post reanimación 2 minutos -AESP probable origen hipoxémico. -POP toracotomías bilaterales. -Sospecha de broncoaspiración. -Insuficiencia renal crónica agudizada AKI 2 -KADIGO 2. -Diabetes mellitus por historia clínica;* por lo cual, en la actualidad el actor se encuentra con una calificación de pérdida de capacidad laboral del 78,32%, conforme al dictamen No. 2212101 emitido por la ARL POSITIVA el día 08 de julio de 2020.

¹ Criterio de vinculación del Despacho en todas las actuaciones constitucionales a partir de la Pandemia generada por el Covid-19.

² Pdf 02 del exp. digital, con 12 fls.

1.2.3. Exterioriza haber interpuso recurso de apelación o inconformidad frente al referido dictamen, el día 14 de septiembre de 2020, cuando tuvo conocimiento de la calificación por intermedio del fallo de tutela proferido por el Juzgado 45° Civil del Circuito de Bogotá, donde pidió enviar las notificaciones de manera excepcional a la dirección física calle 1C Sur No. 7C- 24, Barrio Calvo Sur de la ciudad de Bogotá y el 1 de diciembre de 2020 la ARL accionada le emite documento denominado ALCANCE NOTIFICACION DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL MAYOR O IGUAL AL 50%, transcribiendo el error advertido y nueva notificación según allí se le manifiesta, lo que ocurre afirma, el 9 de diciembre de 2020.

1.2.4. Indica, el 15 de diciembre de 2020, procede el accionante nuevamente a interponer recurso de apelación o inconformidad en contra del Dictamen No. 2212101, enviado al correo electrónico *correspondencia_positiva@positiva.gov.co* como se evidencia en la certificación de Gmail y mediante documento del 30 de abril de 2021 la accionada manifiesta que en ningún momento se ha interpuesto recurso alguno en contra del dictamen médico laboral, quedando en firme el día 14 de agosto de 2020 e instando a RAFAEL NUÑEZ ROJAS realizar la solicitud de pensión de invalidez, además en documento del 4 de mayo de 2021 le manifiestan que la notificación del dictamen se efectuó el día 9 de diciembre de 2020 y que el recurso o controversia fue radicada el día 15 del mismo mes y año, según ARL POSTITIVA, fecha anterior a la fecha de la notificación.

1.2.5. Señala que con las comunicaciones emitidas por la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, respecto a la inconformidad del accionante con el dictamen prenombrado, se le están vulnerando los derechos fundamentales de los que invoca amparo tutelar, dado que su reclamo en dos ocasiones lo fue dentro del término legal y no de forma extemporánea como le manifestó la accionada, asunto por el que acude a la tutela debido a la condición de salud del accionante y para evitar se le ocasione un perjuicio irremediable así como medida urgente de la cual depende la procedencia de su pensión de invalidez.

1.3. El trámite de la instancia

1.3.1 En auto del 23 de agosto de 2021, se asumió el conocimiento de la acción y se ordenó la notificación del ente accionado; así mismo, se dispuso la vinculación de la Procuraduría General de la Nación como de las entidades o dependencias que allí se indicaron, para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción y ejercieran el derecho de defensa que les asiste u ofrecieran concepto, así como para evitar nulidades en el trámite de esta instancia e igualmente, en el admisorio, se dispuso prueba de oficio y se hizo requerimiento a quien instauró la acción de tutela, conforme y los términos de los numerales SEXTO y SÉPTIMO de ese proveído.

1.3.2 Durante el trámite, se allegaron las siguientes respuestas:

1.3.2.1- El vinculado **MINISTERIO DE TRABAJO**, por conducto de Asesora de la Oficina Asesora Jurídica contesta la tutela {derivado 08 del exp. digital, con 20 pág.} y luego de mencionar sus antecedentes, como fundamentos de su defensa, solicita se declare la improcedencia de la acción contra esta cartera ministerial, por falta de legitimación en la causa por pasiva, adujo que, la Entidad no es ni fue empleadora de la accionante y así no existen obligaciones ni derechos recíprocos, tampoco existe de su parte, sea por acción u omisión, vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

De otro lado previendo lo que se busca con su citación, pide ser exonerado de responsabilidad alguna, previa exposición sobre temas relacionados con la calificación del grado de invalidez (conforme al art. 142 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012, el cual establece texto del art. 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 52 de la Ley 962 de 2005), de las Juntas de Calificación de Invalidez y el Dictamen como las controversias que frente a los mismos pueden derivarse y la

jurisdicción competente para dirimirlos, los cuales deben tenerse insertos en su tenor literal en este fallo.

1.3.2.2- De su parte, la accionada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, por conducto de apoderada del Representante Legal {derivado 09 del exp. digital, con 31 pág.}, indica haber evidenciado en relación a los hechos en que se funda la tutela que, Rafael Núñez Rojas, reporta un evento de fecha 03 de julio 2019, calificado de origen laboral y culminado y obtenido el resultado de la fase de rehabilitación, se adelanta la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual asignó un porcentaje de PCL de 78.32% según dictamen de calificación emitido por esta ARL y que fue debidamente notificado el 09 de diciembre del 2020 por correo electrónico certificado a través del radicado de salida No. 2020 01 005 362577, a los datos confirmados en comunicación telefónica efectiva con el accionante y según pantallazos que dan cuenta de su dicho.

En cuanto al trámite al recurso de apelación, señala otra data de notificación del dictamen (09/09/2020) y que, contra aquel, el término máximo para interponerlo vencía el 23 de marzo de 2021 conforme a lo estipulado en el art. 45 Decreto 1352 de 2015, compilado en el artículo 2.2.5.1.43. Decreto 1072 de 2015 (SIC) y en tal sentido, asegura no haber recibido recurso alguno a los canales habilitados y/o autorizados por esta ARL, por lo cual si presuntamente el usuario interpuso controversia al correo electrónico correspondencia_positiva@positiva.gov.co, ese canal no se encuentra habilitado por esta ARL y por ello, esa solicitud nunca llegó a la Compañía, informando así que no le es posible dar trámite al recurso de apelación radicado por el accionante, debido a que todos los afiliados al sistema de seguridad social cuentan con el mismo término para interponerlos (10 días), en garantía al principio de igualdad, sin que en el caso se cumpliera con dicho término y además de ello indica que, el dictamen fue emitido dentro de los parámetros legales y notificado en debida forma, respetando el debido proceso.

De esa manera asegura no estar acreditada la amenaza o vulneración a derechos fundamentales de los que se pide amparo, por lo que en este caso afirma, se impone la denegación de la tutela y pide se declare improcedente la acción o se declare su desvinculación.

1.3.2.3- La accionada **NUEVA EPS S.A.**, se pronuncia a través de apoderado especial {derivado 10 del exp. digital, con 27 pág.}, inicialmente mostrando quien es el encargado del cumplimiento a fallos de tutela, según el área técnica respectiva y haciendo mención a la organización de ésta EPS y su representación legal, para el caso, precisa es el Coordinador de Medicina Laboral.

Hace exposición acerca de las pretensiones como de los hechos relatados por el accionante en su demanda, informando que NUEVA EPS S.A., ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido RAFAEL NUÑEZ ROJAS en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con esta EPS, de servicios médicos dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad, el cual no presta directamente sino a través de su red de prestadores de servicios de salud contratadas – IPS.

Comunica el estado de afiliación del accionante - ACTIVO al SGSSS, régimen CONTRIBUTIVO y por concepto de área respectiva, precisa que fue notificada del dictamen de PCL en primera oportunidad realizado por la ARL POSITIVA en fecha 08/07/2020 con PCL igual o superior al 50%, número de siniestro 357581343 del 03/07/2019, haciendo notar que es a esa administradora a quien compete remitir el expediente del caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de orden regional y siendo también la responsable de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del siniestro.

Conforme a su exposición defensiva, arguye como fundamentos de su contestación: *IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR SER DE CARÁCTER RESIDUAL O TRANSITORIO; RESPECTO DE LA CALIFICACIÓN DE ORIGEN DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE y RESPONSABILIDAD DE LA ARL PARA LA EXPEDICIÓN DEL DICTAMEN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, FALTA*

DE LEGITIMACIÓN EN LA CUSA POR PASIVA y peticiona con base en ello, DESVINCULAR a esta EPS, por no ser la entidad llamada a atender lo pretendido con la tutela.

1.3.2.4- La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ REGIONAL BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, a través del secretario principal de la Sala de Decisión No. 1 {derivado 11 del exp. digital}, manifiesta que en sus registros no existe caso radicado para resolver controversia con calificación a nombre del accionante, observa que lo pretendido con la acción es que la entidad que emitió en primera oportunidad dictamen, dé trámite a inconformidad frente al mismo y sobre la cual la entidad adujo que el afiliado manifestó controversia de forma extemporánea, aspecto sobre el cual señala no le corresponde pronunciarse, no obstante señala que de comprobarse debe rechazarse el trámite, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que no es procedente la acción de tutela para revivir términos precluidos o actuaciones judiciales omitidas.

Muestra que, incluso esa Junta al verificar el cumplimiento de requisitos mínimos que deben contener los expedientes para ser estudiada la inconformidad con definición del grado de PCL en primera instancia, de encontrarla extemporánea realiza la devolución conforme a la normatividad que cita, causal no subsanable y ante lo cual sólo procedería la reclamación ante la justicia ordinaria laboral, razones bajo las cuales solicita declarar improcedente la acción de tutela o en su defecto ser desvinculada esta Junta del trámite, teniendo en cuenta que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al actor.

1.3.2.5- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, responde la acción por intermedio de su Directora de Acciones Constitucionales, quien señala no poder atender lo solicitado por el accionante en el presente trámite, al no estar dirigido a la administradora y no tener competencia para entrar a resolver lo requerido, así mismo, exhibe que no se puede considerar que de su parte se haya vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, ni tener a su cargo tramite pendiente de resolverle y en su defensa, invoca una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA e INEXISTENCIA DE HECHO VULNERADOR, acorde a las razones que presenta y bajo las cuales peticiona ser DESVINCULADA {derivado 12 del exp. digital}.

1.3.2.6- El convocado **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL**, se pronuncia por conducto de apoderada general facultada para representar esta cartera, luego de referirse a los hechos que fundan la acción y los derechos que en la misma se reclaman, hace notar que, sobre los mismos nada le consta y expresa no tener dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni ejercer inspección o vigilancia del sistema de salud, siendo ente rector de políticas del Sistema General de Protección Social en materias de salud, pensiones y riesgos profesionales, expresando con ello oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto este Ministerio no ha violado ni amenaza derecho fundamental alguno al accionante.

Como argumentos de su defensa, alega que la acción es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de vulnerabilidad imputable a esta ente ministerial, lo cual soporta en exposición acerca de la estructura del sistema de seguridad social integral y su naturaleza jurídica, aspectos que, por economía procesal han de tenerse aquí como reproducidos en su literalidad.

Frente al caso expuesto con la tutela, señala que es la Superintendencia Financiera de Colombia quien ejerce el control y vigilancia de las ARL, así mismo plasma una serie de apreciaciones y disposiciones en relación con el trámite de calificación de invalidez y las instancias que existen a efectos de determinar su origen acorde a las normas que cita (Decreto 019 de 2012 art. 142, Decreto 1072 de 2015) y sobre las cuales precisa, ha de declararse la improcedencia de la acción frente al Ministerio y por cuanto la salvaguarde del derecho al debido proceso la ejerce el Ministerio del Trabajo, quien reglamenta y vigila el trámite de la calificación de invalidez, aspectos bajo los cuales peticiona se declare improcedente la acción formulada y en todo caso

exonerarlo de toda responsabilidad que se le pueda endilgar {derivado 13 del exp. digital con 48 pág.}.

1.3.2.7- Por parte de la empresa **TORRES CIA S.A.**, su representante legal responde la acción {derivado 14 del exp. digital, con 26 fls.}, haciendo alusión a cada uno de los hechos de la tutela, indicando algunos como ciertos y otros que no le constan; no obstante, frente a la vulneración alegada en la tutela, manifiesta en calidad de empleador del activante que, la ARL POSITIVA, no es coherente con sus comunicaciones y/o notificaciones y enseña el envío por correo electrónico de un oficio calendado el 24 de marzo de 2021, cuyo contenido transcribe y del cual destaca que el dictamen 2212101 del 8 de julio de 2020, cobró firmeza el 14/08/2020, lo cual disiente el trabajador según comunicación que revela sostuvo con el mismo y ante presunta equivocación de la ARL en la notificación.

Expone, ante la desinformación por parte de la ARL, la empresa siempre ha estado presta a colaborar con el trabajador, es así que el 30 de julio de 2021 mediante derecho de petición eleva solicitud a ARL POSITIVA quien responde el 13 de agosto del mismo año y con la cual observa una falta de organización de su parte en los sistemas de información y/o base de datos, razones bajo las cuales petitiona entre otros, le sean tutelados los derechos fundamentales al señor Núñez Rojas y se le ordene a la ARL le defina la situación respecto al recurso de apelación del dictamen médico laboral, porque en su apreciar, el trabajador sí le elevó en debida forma y dentro de términos de ley la inconformidad, por lo cual debe sufragar honorarios y remitir el expediente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, evitando que el accionante sea víctima de injustificados trámites administrativos y culmine aquellos para gestionar suspensión de invalidez acorde a la realidad de los diagnósticos médicos que registra, solicitando se considere la falta de legitimación en la causa por pasiva y ser DESVINCULADA del trámite de la tutela.

1.3.2.8- La **CLÍNICA MEDICADIZ S.A.S.**, responde la acción por conducto de su representante legal, para expresar que frente a los hechos que se exponen en la tutela, todos le son ajenos y al parecer se relacionan con POSITIVA ARL, quien al parecer se niega a conceder un recurso para dar trámite a la controversia del dictamen ante la Junta de Calificación de Invalidez.

Revela que de su parte no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante y por el contrario, le ha prestado las atenciones en salud que ha requerido, de manera eficiente y oportuna, sin que sea de su resorte atender las pretensiones de la tutela, solicitando así que la misma sea declarada improcedente y por cuanto versan sobre una supuesta violación al debido proceso por parte de la ARL accionada {derivado 14 del exp. digital con 6 pág.}.

1.3.2.9- En cuanto al promotor de la tutela, se tiene que aquel, atendiendo el requerimiento que le efectuó esta sede judicial, para acreditar su legitimación en la causa o la agencia oficiosa, allega poder para que sea tenido en cuenta {derivado 07 exp. digital}.

1.3.3 La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y los demás vinculados a este asunto, ha de decirse, guardaron prudente conducta silente durante el término del traslado otorgado.

2. CONSIDERACIONES

2.1 En virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021, reglamentarios de la acción constitucional en estudio, este Despacho es competente para conocer la acción de tutela formulada; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia³.

³ Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

2.2 La acción de tutela es una herramienta que busca la protección inmediata de las garantías de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Este mecanismo constitucional sólo procede ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la defensa oportuna del derecho objeto de violación o amenaza; por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración, pues su finalidad no consiste en reemplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los derechos de los ciudadanos.

En torno a la procedencia de la acción de tutela, para acceder a dirimir asuntos de connotación *administrativa, laboral o prestacional* y bajo el *principio de subsidiariedad* que la rige, aspecto que se trae a colación en virtud de las pretensiones de la tutela objeto del presente análisis, es bien conocido el precedente jurisprudencial constitucional acerca de su *procedencia excepcional*, toda vez que la *regla general*, es su *improcedencia*. En síntesis, la acción de tutela es improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo a los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley, debido a que esos derechos legales pueden ser protegidos, utilizando los medios definidos para el efecto, dependiendo el evento, es decir, que es ante la misma administración por la vía gubernativa donde inicialmente han de ventilarse situaciones como la que se ha planteado en sede de tutela ora ante la Jurisdicción competente para dirimirse (ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo, según el caso).

Es así que, en el caso como el sub lite, por sabido se tiene, que no fue consagrada la acción de tutela, para reemplazar o sustituir los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, *ni tampoco ser una segunda instancia o un instrumento al cual es posible acudir como mecanismo alternativo de esos procesos*, pues como enseña la H. Corte Constitucional, la tutela no fue traída a nuestro ordenamiento “*para suplir las deficiencias en que las partes, al defender sus derechos puedan incurrir, porque se convertiría en una instancia de definición de derechos ordinarios (...) y no como lo prevé la Carta Política, para definir la violación de los derechos constitucionales fundamentales*”⁴. La misma Corporación agregó que no hay lugar a que prospere la acción de tutela cuando la persona que la invoca cuestione la acción de las autoridades por errónea interpretación de la ley, ni el caso de que la decisión de la autoridad pública o del particular hayan definido el derecho dentro de sus competencias constitucionales y legales.

Acorde con lo expuesto, se encuentra limitado al Juez de Tutela para invadir competencias que tienen su propio escenario, debido a que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza a un derecho fundamental, para que automáticamente se legitime su procedencia⁵, sin que ello implique desconocimiento de lo estudiado por esta misma Corporación, quien también de manera *excepcional*, ha considerado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, es posible identificar algunas excepciones a la subregla de la improcedencia, para aquellos casos donde avizora la inminencia de un perjuicio irremediable o donde se justifique su trámite transitorio y en eventos para proteger a personas que ha calificado como de especial protección constitucional⁶.

2.3 En cuanto a los derechos fundamentales reclamados, es preciso resaltar que no es dable ahondar en el tema respecto de los diversos invocados en la acción promovida, por cuanto esta Juzgadora por economía procesal y debido al trámite preferente, sumario y expedito de esta clase de acciones, no estima necesario hacer una reproducción acerca del precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, debido a que tanto su núcleo esencial como las demás características, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional y es la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia⁷, por lo cual basta acotar que los invocados en efecto y sin que hayan sido objeto de discusión, son de rango iusfundamental.

⁴ Sentencia T-008 de 1.992 M.P. Dr. Fabio Moron Díaz

⁵ Precedente que puede ser avizorado en las Sentencias, T-849 de 2009, T-128 de 2015, T-046 de 2016.

⁶ Para lo cual, pueden consultarse las sentencias de tutela T-071 de 2018, T-260 de 2018, T-647 de 2015, T-425 de 2015, entre otras.

⁷ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.

2.4. Descendiendo al asunto que ocupa el interés del Despacho, se tiene conforme a lo expuesto y las pruebas allegadas por la parte accionante y teniendo en cuenta igualmente las defensas del extremo accionado, los vinculados y la documental aportada para soportar sus argumentos, que el problema jurídico a resolver se centra en establecer si la ARL encartada ha vulnerado o no los diversos derechos fundamentales de los que se pide amparo constitucional y si es esta especial y expedita vía de la tutela, el mecanismo idóneo para acceder a las pretensiones reclamadas y ordenar a la accionada le conceda el recurso interpuesto respecto al dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional que le emitió al accionante por los hechos que se revelaron en su demanda.

2.4.1 En primer lugar y para efectos de abordar el análisis dejado a consideración de esta juzgadora, debe decirse que quien impetró la demanda de tutela ante el requerimiento que se le hizo por esta dependencia judicial en el auto que la avocó, obvió aclarar razones bajo las cuales se abrogó la agencia oficiosa inicial que se invocó en favor del señor Rafael Núñez Rojas, en cambio adecuó su posición el tutelante Jhon Alfredo Buitrago Vanegas para manifestar que, actúa como representante legal de la firma HUMANIDAD JURÍDICA Y ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien el actor extendió poder.

Así las cosas, no se debería tener en cuenta en el sub lite, la agencia oficiosa citada en la acción formulada y en cuanto al poder que se allegó, se puede establecer sin vacilación alguna, una ausencia de legitimación en la causa por *activa*, debido a que quien interpone la acción y que es la misma persona que allega escrito de alcance o atención a requerimiento, no acredita la calidad de abogado para promoverla y aun cuando se arrió un poder para instaurarla para subsanar la falencia inicialmente advertida por esta dependencia judicial, lo cierto es que no puede ejercer como su mandante.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional precisó quienes se hallan legitimados para formular la acción, así es que en la sentencia T-497 de 2007 expone: *“la acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales, nacional o extranjero, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.”* (negrilla y subraya del juzgado).

Postura que ha mantenido esa línea, conforme se enseña en la sentencia T-024 de 2019⁸, que enfatiza los requisitos para el apoderado judicial en tutela y expuso entre otros: *“Esta Corporación ha precisado que i) es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; iii) **debe ser un poder especial**; iv) **el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial**; v) **el destinatario del acto de apoderamiento solo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional**”* (destacados fuera del texto original).

Colofón de lo antes dicho, si bien es cierto, la acción estudio puede ser ejercida por conducto de apoderado y se reviste de principios de *sumariedad, celeridad e informalidad*, aquellos no dan lugar para eximir a quien la formula, de cumplir con los requisitos mínimos que se exigen para su tramitación, por lo que, en eventos como en el sub examine, se torna improcedente la tutela, dado que aun cuando y en efecto nuestro ordenamiento jurídico es dable otorgarse poder a una persona jurídica, en

⁸ M. P. Dr. Carlos Bernal Pulido

tal evento, quien actúe ha de ser *un profesional del derecho* que haga parte o se le designe por la firma y debidamente inscrito en su certificado de existencia y representación legal (art. 75 C.G. del P.), aspecto que se echa de menos frente a quien ha formulado la presente acción suprallegal.

2.4.2 Bajo tal panorama, sería suficiente lo estudiado para denegar el amparo, no obstante y con prevalencia al derecho sustancial, dada la condición de pérdida de capacidad laboral que registra el actor, esto es, por razones de salud que ampliamente se reflejan en su historial clínico, se procederá con un estudio de fondo a la situación expuesta por el tutelante, toda vez que, sin lugar a equívoco se tiene, el accionante es un sujeto de especial miramiento constitucional, con lo cual se podría decirse también que, el promotor de la tutela intenta de forma oficiosa representarlo dada su condición; más sin embargo, por esa sola razón no es dable acceder al amparo constitucional reclamado y menos aún para que se acepte únicamente la postura del extremo accionante en el sentido que la inconformidad que presentó al dictamen lo fue dentro de término legal.

Lo anterior y efectos de afianzar la decisión, por cuanto tenemos que en la sentencia T-627 de 2017, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional enseña: “(...) *que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de i) la legitimación en la causa, ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y iii) un carácter subsidiario respecto de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se trate de un supuesto de perjuicio irremediable.*”

Así las cosas, bajo el principio de subsidiariedad ampliamente abordado en este fallo, no se observa que en el asunto de marras se deba acceder al amparo tutelar reclamado, toda vez que la negativa que indica el accionante se le ha dado de parte de la ARL accionada, aquella la discurre en cuanto a la oportunidad en la formulación del reparo que indica se realizó al dictamen emitido bajo el No. 2212101 de fecha 08/07/2020 y con fecha de estructuración 12/11/2019, el que arrojó un porcentaje final de la PCL / ocupacional del señor Rafal Núñez Rojas en un 78.32%.

Es así que, por esta especial vía lo que podría acogerse es el derecho del afiliado a que se le emita la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual ya se produjo y no puede utilizarse este medio como instrumento adicional para que se acceda a un recurso de impugnación por no estar conforme con la calificación dada por la ARL, máxime cuando la entidad accionada asegura en sus descargos y en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, que no recibió la inconformidad al dictamen por canales habilitados para ello y así aseveró que fue extemporánea, mientras que el accionante indica que lo fue en tiempo, asunto que sin duda requiere de amplio debate probatorio y el cual solo puede darse ante el juez natural encargado de analizar a profundidad lo acontecido y bajo el agotamiento de las etapas propias de un juicio para que finalmente se revele quien de los extremos en controversia cuenta con fehaciente razón acerca de si fue o no en tiempo formulada el recurso de impugnación frente al prenombrado dictamen.

Y es que, no corresponde al Juez de Tutela, ordenar se remita la inconformidad interpuesta por el accionante al dictamen emitido por la ARL accionada, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez conforme se reclama en la tutela, pues para tal pretensión, se tornarse en improcedente la acción formulada, debido a que no se ha concebido la acción suprallegal para llegar a tales deducciones, pues aun cuando aduce el actor que se le hizo una notificación inicial por virtud de un fallo de tutela, del cual no fue posible obtener en esta instancia información pese a la prueba que oficiosamente se decretó para ello, lo cierto es que, tanto accionante como accionada, coinciden en que la notificación en segunda oportunidad realizada frente a ese dictamen y que se produjo al parecer por error evidenciado por la misma ARL, lo fue el día 9 de diciembre de 2020.

Ahora, se indica por el accionante que su recurso de apelación o inconformidad al dictamen, se formuló por medios virtuales el día el 15 de diciembre de 2020 y fue enviado al correo electrónico *correspondencia_positiva@positiva.gov.co*; asunto bajo el cual considera se hizo dentro de oportunidad debida, no obstante, frente a

esa aseveración, la entidad aseguradora accionada replica tal argumento y aunque en efecto siendo un tanto incoherente en su exposición defensiva, pues indica que la data para interponerlo vencía el 23 de marzo de 2021, en tal sentido, asegura no haber recibido recurso alguno en los canales habilitados y/o autorizados por la ARL, por lo cual si presuntamente el usuario interpuso controversia a ese correo electrónico, ese canal no era el autorizado de su parte y afirma además que, esa solicitud nunca llegó a la Compañía, con lo cual procedió a tener como no factible de tramitación alguna la apelación que dijo haber radicado el accionante.

Con tales posturas, incontrovertible es, que no es la vía tutelar la llamada a profundizar o establecer quien cuenta con real razón en su apreciación, principalmente porque cuenta el actor con otros mecanismos de defensa judicial - ordinarios- en donde puede ventilar su pretensión, debido a que se ha encargado al juez natural del estudio y a efecto de que se allí donde se determine la aceptación o no de un recurso cuando pueden existir varios correos electrónicos suministrados o utilizados por la entidad que emite el dictamen, o si es que solo es dable para efectos de tales trámites un único medio virtual o buzón de mensajes donde los afiliados hayan de interponerlos y que aquella previamente lo haya informado como el habilitado, asunto que es el que se advierte en el caso de marras genera el debate, procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la ARL y con el fin de develar si su posición es o no contraria a mandatos de legalidad.

Nótese además, conforme al material probatorio acopiado, que con los documentos denominados “ALCANCE NOTIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL MAYOR O IGUAL AL 50%” y “NOTIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL MAYOR O IGUAL AL 50%”, fechados del 2020-12-11 y 2020-12-09, respectivamente y dirigidos al señor Núñez Rojas y emanados del Grupo Centro de Excelencia de la ARL POSITIVA – Sucursal Tolima, se le indica que para la radicación de solicitudes y por virtud de la emergencia sanitaria, debía ingresar a la página web *www.positiva.gov.co* en la opción - *trámites*, para hacer reclamación que estimara y a la letra del texto de la segunda misiva, en aquella a su vez se le indicó que en caso de no estar de acuerdo con la calificación realizada por esta ARL, debía ingresar a su página web, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación y radicar la inconformidad en la ruta que allí fijada a través de la misma página web opción “*servicios en línea, seleccionar PQRD y proceder a realizar el registro, indicando que corresponde a una Controversia*”, que al parecer fue lo que obvió el accionante y sin que pueda aceptarse que para el recurso de apelación aquel podría elevarlo por cualquier correo que en su sentir podría ser viable de utilizarse.

Adicionalmente y como aspecto fundamental para proceder a emitir la decisión, se tiene que con la expedición del dictamen en discusión, se ha hecho notar por parte de la ARL accionada que, cuenta el accionante con el derecho a tramitar el reconocimiento y pago de la prestación de pensión por invalidez y así también lo hizo conocer el empleador pese a la coadyuvancia que intentó con su intervención frente a lo pretendido con la tutela, debido a que dicho dictamen que le fue emitido, se convierte sin lugar a equívoco en documento obligatorio para tales efectos.

Entonces, se vislumbra que la discusión gira más bien, en torno al porcentaje dado y que tiene injerencia en aspectos sin duda, meramente indemnizatorios, por lo cual se hará apego a la regla general de improcedencia de la acción de amparo constitucional, para resolver la inconformidad del accionante y máxime cuando el promotor de la tutela no establece ni prueba siquiera sumariamente en que consistiría el presunto perjuicio irremediable que enuncia en su demanda, siendo conveniente recordar, debe cumplir con los requisitos de ser *inminente*, de requerir medidas *urgentes*, de ser *grave* y de ser *impostergable*⁹; para si quiera considerar concesión de amparo de forma *excepcional* como mecanismo *transitorio* y a efectos de dirimir controversias que sin duda don de orden meramente legal.

⁹ Cuyas características o elementos para su configuración se han pregonado por la H. Corte Constitucional, ver para ampliar, entre otras, a sentencia T-127 de 2014, T-554 de 2019.

En este sentido, para que la acción de tutela sea procedente, se requiere que exista una actuación por parte de quien se demanda, pues, tal y como lo ha dicho la H. Corte Constitucional “...la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales no es suficiente...”¹⁰, perjuicio que aquí no se advierte se esté ocasionado o pueda generársele al accionante para que de forma extraordinaria se acceda a sus pretensiones.

2.4.3. En este orden de ideas, no se puede perderse de vista que la acción de tutela no se ha erigido como un mecanismo principal y alternativo de protección de los derechos fundamentales de las personas, sino un medio residual y subsidiario que el titular de un derecho puede utilizar, a falta de otra modalidad judicial, por lo que a manera de conclusión el Despacho con lo previamente examinado, colige que resulta improcedente la acción interpuesta para acceder a la pretensión con ella buscada, toda vez que no debe ser la tutela el primero de los medios a utilizar cuando se considere que se están vulnerando esos derechos, dicha acción constitucional se encuentra establecida como *forma de protección última y expedita*, siempre que se han agotado los recursos, las vías y las demás acciones y al considerar adicionalmente que, no se encuentran estructurados los requisitos para que salga adelante de forma excepcional.

Las exposiciones esbozadas en esta providencia son razones que se estiman suficientes para no acoger la pretensión de la tutela.

3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. NEGAR el amparo constitucional invocado en favor del ciudadano **RAFAEL NUÑEZ ROJAS**, conforme a los considerandos exteriorizados en la parte motiva de la presente providencia.

3.2. NOTIFICAR este fallo a las partes, vinculados e intervinientes, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.3. INDICAR, si esta decisión no es impugnada, que en oportunidad se remita el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts.31, 32 y 33 ejusdem). Secretaría proceda de conformidad por medios establecidos para ello actualmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm++

¹⁰ Al respecto, puede consultarse la sentencia T-013 de 2007.