

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11014105002 2022 00489 00

ACCIONANTE: ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN

ACCIONADO: FAMISANAR EPS

Bogotá, D.C., Veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022).

S E N T E N C I A

La suscrita juzgadora procede a resolver la acción de tutela promovida por ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN en contra de FAMISANAR EPS.

ANTECEDENTES

ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN, actuando por medio de apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR EPS, con el fin que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida digna, presuntamente vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene enviar su expediente del dictamen de PCL a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, que la empresa BALLICTIC TECHNOLOGY SA regrese su salario anterior y que le sea reconocida la pensión a la que tiene derecho por su pérdida de capacidad laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato de trabajo con la empresa BALLICTIC TECHNOLOGY SA desde el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998) hasta el veintitrés (23) de diciembre de dos mil diez (2010) con reingreso entre el veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011) hasta el veintitrés de enero de dos mil dieciocho (2018). Sin embargo, señaló que tuvo un nuevo reingreso a partir del primero (01) de marzo de dos mil dieciocho (2018) en el cual ha laborado hasta la actualidad ocupando el cargo de control de calidad.

Indicó que entre sus funciones se encuentra: “*desarmar, desgrafar, cuadrar acero, soldar, instalar kevlar, flejar, montaje, traslape, hacer V, armar y montaje y pulir vidrios nivel 1-2-3-4-5*” las cuales requieren de esfuerzo físico que con el tiempo conllevaron a un deterioro en su salud, puesto que previo a iniciar sus labores con la empresa su estado físico se encontraba en óptimas condiciones según el examen médico que fue practicado el día veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Sostuvo que en la actualidad cuenta con 44 años y presenta un diagnóstico de: *“Rnm De La Columna Cervical Y Lumbar, Enfermedad Degenerativa Del Raquis Cervical Con Fenómenos De Espondilouncoartrosis C3-C4 Reducción Critica De Ambos Neuroforamenes C6-C7 Reducción Critica De Ambos Neuroforamenes Discopatía Cervical Con Mayor Compromiso C3-C4, C5-C6, C6-C7”*.

Informó que se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS, ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES - SEGUROS BOLIVAR SA y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Manifestó que a partir del dos mil dieciocho (2018) acudió al médico en razón a los fuertes dolores que padecía en las costillas y las parestesias en las manos y en las piernas, motivo por el cual le fueron practicados exámenes de ortopedia en julio de dos mil dieciocho (2018) y neurocirugía el día diecisiete (17) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Declaró que la ARL solicitó a la empresa su reubicación laboral teniendo en cuenta las patologías presentadas; Sin embargo, en el transcurso de la pandemia el empleador decidió expedir licencia remunerada por el término de dieciocho (18) meses, lo cual ocasionó una desmejora salarial que afectó directamente a su familia debido a que es la persona que cubre y paga los gastos de esta.

Afirmó que la EPS profirió dictamen de PCL el diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019) en el cual se determinó el origen de la patología “Degeneraciones De Varios Discos Cervicales” como una enfermedad de origen común. No obstante, comentó que FAMISANAR EPS no ha remitido el expediente del dictamen a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, entidad que informó el siete (07) de enero de dos mil veinte (2020) que no registra expediente alguno remitido por la accionada.

Explicó que en la actualidad no cuenta con recursos económicos para solventar sus necesidades y que en la actualidad su salario se desmejoró de \$1.860.000 que percibía a \$1.200.000 que recibe por ocupar el cargo de asistente de control de calidad.

Adujo finalmente que por más de 03 años ha realizado solicitudes a la EPS sin obtener respuesta alguna. Adicionalmente, indicó que para la calificación de PCL únicamente tomaron en cuenta los últimos 18 meses que laboró para la empresa y no la totalidad de los 23 años en que prestó sus servicios a la misma.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA indicó que revisada la base de datos y documentos que reposan en la entidad no evidenció registro de solicitud de calificación del accionante realizada por alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social.

Aclaró que de acuerdo con la información suministrada en el texto de la acción de tutela el trámite de calificación es solamente de origen, por lo que la entidad únicamente se pronunciaría respecto del origen del diagnóstico.

Frente al reconocimiento prestacional de la pensión pretendida, señaló que la misma debe ser definida por la AFP o la ARL, situación que está lejos de realizarse, pues a la fecha solo se encuentra en trámite la definición de origen y aun no se empieza a calificar el Porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral.

En razón a lo expuesto, solicitó al Despacho desvincular a la entidad de la presente acción de tutela en consideración a que no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales del actor.

ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES - SEGUROS BOLIVAR SA informó que el accionante se encuentra afiliado a la ARL por parte de la empresa BALLISTIC TECHNOLOGY SA desde el primero (01) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Así mismo, informó que el actor registra reporte del caso No. 650036 por enfermedad de origen común notificada por FAMISANAR EPS con diagnóstico de: “*Otras Degeneraciones De Disco Cervical*”.

Manifestó que a la fecha no tiene conocimiento sobre recursos, inconformidades, peticiones o traslado de expedientes realizado por la EPS frente al seguimiento de su enfermedad.

Señaló que las pretensiones son de exclusiva competencia de la EPS por lo que será dicha entidad la encargada de atender las contingencias que sufra el afiliado.

Finalmente, solicitó la desvinculación de la entidad dentro del presente trámite y en consecuencia declarar improcedente la presente acción de tutela.

FAMISANAR EPS argumentó la improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que el accionante nunca manifestó su inconformidad frente a la calificación emitida, por lo que de acuerdo con la normatividad vigente contaba con 10 días hábiles para manifestar su inconformidad.

En ese sentido, manifestó que el apoderado de la parte actora busca revivir etapas y términos dentro del proceso de calificación, lo cual, va en contra vía del marco legal.

Luego de justificar una actuación legítima y ajustada a la Ley, indicó que no puede acceder a la solicitud del actor por lo que incurriría en un actuar en contraposición de las normas que racionalizan el Sistema de Seguridad Social.

Finalmente, solicitó al Despacho declarar improcedente la presente acción de tutela y en consecuencia denegar la misma dado el actuar legítimo emanado por la EPS.

BALLICTIC TECHNOLOGY SA señaló que el accionante es trabajador activo de la compañía. Así mismo, indicó que cualquier obligación relacionada con el origen de las patologías presentadas por el trabajador están a cargo de las entidades y organismos de la seguridad social.

Manifestó que el actor ha tenido tres contratos distintos e independientes con la compañía, siendo que a partir del trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno

(2021) el empleado fue reubicado en el cargo de auxiliar de calidad en atención a su condición médica.

En relación con el aumento salarial pretendido, advirtió que a partir del año dos mil veintiuno (2021) el accionante dejó de ser Operario de Blindaje para ser Auxiliar de Calidad, cargo en el que percibe un salario fijo por lo que no hay lugar al pago de sumas adicionales por productividad como si acontecía en el cargo antes ocupado.

Manifestó que entre el primero (01) de abril de dos mil veinte (2020) y el doce (12) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) reconoció una licencia remunerada para que el trabajador no dejara de percibir salario mientras se recuperaba en casa aislado por el Covid-19.

Señaló la falta de legitimación en la causa por pasiva dado que no cuenta con la facultad procesal para vulnerar o reivindicar los derechos fundamentales del trabajador que se encuentran a cargo de las entidades del Sistema de Seguridad Social.

Argumentó que no existe una obligación legal para realizar aumentos salariales por encima del mínimo legal mensual vigente y que la acción de tutela no es el medio para exigir un aumento salarial.

Adicionalmente, indicó que dentro del presente trámite no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable causado por la empresa.

Finalmente, solicitó al Juzgado denegar la acción de tutela presentada por el actor y de ser el caso se emitan las ordenes exclusivamente a las entidades del Sistema de Seguridad Social.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES solicitó declarar por improcedente la acción de tutela en contra de Colpensiones teniendo en cuenta que lo solicitado no es de su competencia.

En razón a lo anterior, adujo una falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó la desvinculación de la entidad dentro de la presente acción de tutela.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela se deberá determinar si las entidades accionadas y/o vinculadas, vulneraron los derechos fundamentales de ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN y, en consecuencia, se debe ordenar enviar su expediente del dictamen de PCL a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

Adicionalmente, se verificará si es procedente o no ordenar la restitución del valor salarial correspondiente al cargo que el trabajador desempeñaba con anterioridad al trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) y si debe ser reconocida la prestación económica de pensión solicitada en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

“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”.

Por ello, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Por ello, la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

1 Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

De la subsidiariedad de la acción de tutela para reclamar derechos pensionales.

Ha dispuesto la Corte Constitucional que, en principio, la acción de tutela no es la vía apropiada para reclamar protección en el caso de reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, dado que este tema le compete a la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso, además en cuanto se requiere la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal, que usualmente escapan a la órbita de acción del juez de tutela².

No obstante lo anterior, es del caso recordar que, la jurisprudencia constitucional ha estructurado dos eventos en los cuales, aun existiendo otros medios judiciales en el ordenamiento jurídico, la acción de tutela sí resulta procedente para el reconocimiento de derechos prestacionales, dichos eventos se dan cuando: *“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, y (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales”*³.

En ese orden de ideas, la Corte ha identificado una serie de circunstancias que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en los eventos en los cuales se pretende el reconocimiento de derechos pensionales, como son las siguientes:

- a) *“Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.*
- b) *Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,*
- c) *Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.*
- d) **Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”**
(negrilla fuera del texto)

Por lo tanto, a partir de las anteriores reglas constitucionales y legales, deberá el juez de tutela valorar cada caso en concreto y verificar si se cumplen los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

En ese orden de ideas, se tiene que el amparo constitucional de tutela procede cuando quien reclama es una persona que forma parte de un grupo poblacional considerado en estado de debilidad manifiesta, ya sea por su condición económica, física o mental, en la medida en que el derecho a la seguridad social se torna fundamental.

2 Corte Constitucional. Sentencia T- 262 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

3 Corte Constitucional. Sentencia T- 302 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez.

Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece las causales de improcedencia de la acción constitucional así:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
- 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
- 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
- 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
- 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Del derecho al debido proceso administrativo.

El artículo 29 de la Constitución Política, prevé el derecho fundamental al debido proceso, el cual no puede ser desconocido en ningún tipo de actuación, sea administrativa o judicial, lo anterior con el fin que todas las personas puedan ejercer el derecho a la defensa y no verse mermado el mismo.

Al respecto y frente a la aplicación de dicho derecho en sede de actuaciones administrativas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: “(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de

inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”⁴

Por lo tanto, cualquier desatención de las garantías mínimas mencionadas anteriormente, va contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, pretende la parte actora que se ordene a la accionada enviar su expediente del dictamen de PCL a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA. De otra parte, solicitó ordenar a la empresa BALLICTIC TECHNOLOGY SA la restitución del valor salarial correspondiente al cargo que desempeñaba con anterioridad y finalmente reconocer la prestación económica de pensión de invalidez.

Debido Proceso.

Pretende la parte actora dentro de la presente acción constitucional que se ordene a FAMISANAR EPS enviar su expediente del dictamen de PCL a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA con el fin de que sea surtido un nuevo dictamen respecto del origen de las patologías diagnosticadas.

Acorde con lo expuesto, y conforme a la solicitud del actor se verificará si la accionada ha incurrido en una violación directa en contravía del derecho fundamental al debido proceso del accionante. Por lo tanto, sea lo primero indicar que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 dispone lo siguiente:

*“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. **En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes**, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)*

4 Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2010. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Así las cosas, revisadas las pruebas allegadas al plenario obra a folios 18 a 21 del PDF 001 y 07 a 15 del PDF 006 dictamen No. 4129198 realizado por FAMISANAR EPS el diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019) que determinó el origen de las patologías del accionante. Así mismo, obra a folio 15 del PDF 006 soporte del cual consta que ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN fue notificado de dicho dictamen treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019), por lo tanto, a partir del día siguiente a dicha data el accionante contó con diez (10) días para manifestar su inconformidad frente a la calificación.

Ahora bien, en atención a la respuesta allegada a la presente acción por FAMISANAR EPS en la que señaló que el accionante no ejerció su derecho para interponer su inconformidad dentro del término legal, y puesto que en la respuesta al derecho de petición No. 787721 que obra a folios 25 y 39 del PDF 001 la EPS señaló que validaría los tiempos de la inconformidad para luego proceder a remitir el expediente a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, para que fuera esa entidad quien dirimiera la controversia presentada por el actor, este Despacho requirió a las partes para que allegaran certificación y/o soporte de radicación respecto de la inconformidad presentada por el actor frente al dictamen No. 4129198 emitido por FAMISANAR EPS.

Por lo anterior, el accionante allegó respuesta que obra en el archivo PDF 012 del expediente, de la cual se encuentra que aportó la misma documental que obra a folios 12 a 17 del PDF 001. Al respecto, y si bien en principio se observa que el recurso presentado por el actor no cuenta con sello de radicación ante la EPS, no se puede pasar por alto que en la documental obrante a folio 09 del PDF 012 que cuenta con sello de recibido del treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019) consta la siguiente afirmación: *“Hago entrega de documentación completa para mi proceso de apelación”*.

Adicionalmente, evidencia el Despacho que obra nueva prueba⁵ a folio 11 del PDF 012 de la cual se extrae que el actor si presentó una inconformidad frente al dictamen No. 4129198 el mismo día en que fue notificado de este, tal y como se observa de la siguiente captura de pantalla:

⁵ Aportada por el accionante con ocasión al auto de veinticinco (25) de mayo de la presente anualidad.



SEÑORES FAMISANAR E...P...S...

PARA MI CONSECTO MI ENFERMEDAD ES CAUSADA POR EL TRABAJO QUE DESENEPEO DURANTE 20 AÑOS 8 MESES QUE LAVORO PARA ESTA COMPAÑIA TAMBIEN QUIERO QUE TENGAN EN CUENTA QUE MI ENFERMEDAD ES CERVICAL 7 Y 6 Y LUMBAL L. 4. 5. PARA ESO RADICO LOS EXAMENES CORRESPONDIENTES.

Cabe aclarar además que el número de radicado asignado a dicha inconformidad, esto es, “Q=787721” corresponde con el relacionado en la respuesta que posteriormente brinda la EPS y que obra en el folio 25 del PDF 001.

De otra parte, debe indicar este Despacho que en principio las circunstancias que han motivado la presente acción de tutela se remontan a un lapso cercano a tres (03) años, sin embargo, no se puede desconocer el criterio sostenido por la Corte Constitucional citado en la sentencia T-246 de 2015 M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ en el que se señala lo siguiente:

“La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.”

En el presente asunto se encuentra que no ha existido inactividad injustificada del accionante como quiera que obran a folios 17 y 39 del PDF 001 actuaciones desplegadas por el actor ante la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA de las cuales se evidencia nota de no registro de expediente y la vulneración se ha mantenido en el tiempo dado que la controversia frente al origen de las patologías presentadas resulta ser un trámite previo al reconocimiento de derechos prestacionales por parte del Sistema de Seguridad Social.

Por lo anterior, este Despacho concluye que la accionada FAMISANAR EPS faltó a la verdad al momento de dar contestación a la presente acción de tutela, pudiendo haber hecho incurrir en error a este Juzgado en cuanto a la radicación de la inconformidad del accionante frente al dictamen proferido y ante las inconsistencias evidenciadas por parte de esta Juzgadora y el requerimiento efectuado guardó silencio, lo cual resulta reprochable por parte de la EPS accionada.

Toda vez que con las pruebas aportadas con ocasión al requerimiento de veinticinco (25) de mayo de la presente anualidad, no existe duda alguna sobre la radicación de la inconformidad del actor frente al dictamen proferido y por tanto, debió la EPS remitir el referido expediente dentro de los cinco (05) días siguientes ante la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA conforme lo indica el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

En consecuencia, este Despacho amparará el derecho fundamental al debido proceso del accionante y en consecuencia, se ordenará a FAMISANAR EPS a través de su representante legal SANTIAGO EUGENIO BARRAGAN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta providencia, remita el expediente del dictamen No. 4129198 a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA para lo de su cargo conforme al 142 del Decreto 019 de 2012.

Restitución de valor salarial y pago de una prestación de carácter pensional

En el caso bajo estudio, pretende la parte actora que se ordene a la empresa vinculada BALLICTIC TECHNOLOGY SA la restitución del valor salarial correspondiente al cargo que desempeñaba con anterioridad; y se ordene el pago de una prestación de carácter pensional.

De conformidad con lo anterior procederá el Despacho a determinar si la acción de tutela es el mecanismo procedente para atender las solicitudes del señor ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN; para lo cual se procede a verificar si se cumplen los requisitos de subsidiariedad para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a dichas pretensiones.

En primera medida, se debe advertir que si bien el accionante puede ser considerado como una persona de especial protección constitucional teniendo en cuenta la enfermedad degenerativa de disco cervical que padece según el dictamen de origen emitido por la EPS, lo cierto es que no se advierte la existencia de una inminente consumación de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que esta sola circunstancia no permite concluir que deba darse trámite de la presente acción como un mecanismo transitorio.

Además, tampoco se advierte que el desconocimiento de lo aquí pedido implique un alto riesgo de afectación de sus derechos fundamentales, tal como lo alega en su escrito, puesto que no se allegó prueba si quiera sumaria de ello.

De otra parte, cabe resaltar que respecto de la solicitud de restitución salarial, el actor no demostró de manera suficiente dicha situación, pues vale la pena aclarar

que si bien se encontró probado con la documental que obra a folios 73 y 74 del PDF 007 que el actor si presentó un cambio de cargo en razón a las recomendaciones médicas, de conformidad con la respuesta dada por el empleador se evidencia que desde el año dos mil veintiuno (2021) el accionante dejó de ser Operario de Blindaje para ser Auxiliar de Calidad, cargo en el que percibe un salario fijo, sin que haya lugar al pago de sumas adicionales por productividad como si acontecía en el cargo antes ocupado.

Ahora bien, en lo concerniente a la pretensión para obtener una prestación de carácter pensional, no se observa que el actor hubiese desplegado una actividad administrativa y/o judicial con el objetivo de obtener el derecho pensional, siendo este un requisito de procedibilidad expuesto por la jurisprudencia en esta materia. Aunado a que de conformidad con lo analizado con anterioridad el accionante hasta ahora se encuentra en le proceso de calificación del origen de su enfermedad sin que si quiera se haya determinado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral a efectos de analizar si procede o no el reconocimiento de la prestación pensional que se peticiona.

De otra parte, se pone de presente que en el caso concreto no está demostrado que la acción de tutela resulte ser el mecanismo más eficaz para lograr la protección de las garantías constitucionales; toda vez que, al no evidenciarse una inminente afectación a los derechos fundamentales, este cuenta con los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para solicitar el pago deprecado, los cuales, en este caso, son suficientemente idóneos para dar una solución, en la medida que no acreditó las razones por las cuales estos fueran ineficaces para obtener lo pretendido.

Ahora bien, se reitera que no existe dentro del proceso la acreditación de un perjuicio irremediable que sugiera a esta Juzgadora la posibilidad de resolver la controversia de manera extraordinaria a través de una acción de tutela, máxime cuando la parte accionante no acredita más allá de su afirmación la afectación al mínimo vital.

En estas condiciones, este Despacho concluye que el tutelante se encuentra en capacidad de soportar las eventuales contingencias que implica el adelantamiento del proceso administrativo ante la administradora de pensiones o en su defecto el de un proceso ante la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

También es necesario recalcar que las situaciones puestas a consideración de esta juzgadora se pueden debatir por la vía laboral ordinaria, la cual contrasta en amplitud probatoria, plenas garantías de contradicción, argumentación y defensa para todas las partes, para poder dirimir asuntos como el que ahora ocupa la atención del Despacho respecto de la restitución salarial y el pago de una prestación pensional.

Siendo así las cosas, el asunto puesto en conocimiento se circunscribe a lo estipulado en la causal 1ª del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, otorgándole un carácter improcedente a la tutela, puesto que como ya se determinó, el accionante no logró demostrar perjuicio irremediable alguno, aunado a que cuenta

con otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos presuntamente conculcados, además el juez constitucional no puede usurpar las funciones propias del juez natural, en este caso el juez de lo ordinario, primero, porque se estaría pretermitiendo la instancia correspondiente y, segundo, porque como se ha insistido, este mecanismo constitucional es de carácter residual y subsidiario.

Por lo anteriormente expuesto, es clara la falta de idoneidad que presenta esta acción constitucional y en consecuencia las mencionadas solicitudes serán desestimadas por improcedentes.

Así las cosas, se tiene que para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio de protección se requiere, de cualquier manera, que los medios ordinarios resulten inoficiosos, es decir que no sean idóneos para enfrentar la vulneración del derecho fundamental. Por supuesto, esta idoneidad del medio ordinario de defensa debe evaluarse en cada caso, pues la irremediabilidad del perjuicio que enfrenta el derecho fundamental depende siempre de las circunstancias particulares de la amenaza.

Por lo tanto, y debido a las razones expuestas, no es posible mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela, ordenar a la entidad accionada que efectúe el reconocimiento de lo pretendido, pues esto implicaría a través de este mecanismo tutelar, generar actos en reemplazo de precisas actuaciones legales o administrativas, que solamente en ese marco es preciso disponer.

Acorde con lo expuesto, no le queda otro camino al Despacho que negar por improcedente el amparo deprecado, toda vez que, no se acreditaron los requisitos de subsidiariedad; como tampoco se acreditó la vulneración de derecho alguno.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor ALEXANDER VILLAMIL BARRAGAN, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA a FAMISANAR EPS a través de su representante legal SANTIAGO EUGENIO BARRAGAN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta providencia, remita el expediente del dictamen No. 4129198 a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA para lo de su cargo conforme al 142 del Decreto 019 de 2012.

TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de tutela solicitado frente a la solicitud para obtener una restitución salarial y el pago de una prestación económica de pensión, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.

QUINTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remitase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

SEXTO: publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Paula Carolina Cuadros Cepeda
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

45a17e52ee42fe94725657806bc3f9c31318ab931982edfac3755266bdd999d
c

Documento generado en 26/05/2022 04:02:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>