

## **JUZGADO NOVENO DE FAMILIA**

**Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).**

**Acción de tutela**

**Rad. 2020-0279**

Agotado el trámite correspondiente, procede el Despacho a dictar el fallo que corresponde en el presente asunto.

### **ANTECEDENTES**

**JOSE RAMIRO RODRIGUEZ JIMENEZ** formuló acción de tutela contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, petición, seguridad social y mínimo vital, con fundamento en los siguientes hechos, que se pueden resumir así:

Que en atención al trámite de determinación de pérdida de capacidad laboral que interpuso, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES emite comunicado con fecha 15 de enero de 2020 (No, BZ2020-562849-0109381), que entre otras cosas informa el recibo de tal solicitud para darle trámite. Se allegó a su lugar de notificación personal comunicado con fecha 01 de abril de 2020 (No, BZ2020-562849-0836456), solicitando se aporte “valorización actualizada no mayor a 6 meses por ortopedia y/o fisioterapia donde especifiquen diagnósticos y tratamiento asociados a ángulos de goniometría, valoración actualizada por gastroenterología asociada a endoscopia de vías digestivas altas y valoración por psiquiatría” lo

anterior debía ser aportado dentro del mes siguiente al recibo de la comunicación en comento.

Ante esta solicitud, elevó un derecho de petición, pretendiendo “sea autorizado un plazo extemporáneo para la entrega de la historia clínica, teniendo en cuenta que por la pandemia del covid 19 ha sido difícil poder acceder a las citas médicas con especialista en la EPS”, solicitud radicada de manera exitosa bajo el número de caso 2020-5161961, solicitud que tuvo respuesta por parte de la aquí accionada mediante comunicado de fecha 16 de junio de 2020 y bajo el No, BZ2020-5413868-1145552, comunicándole que los términos administrativos se encontraban suspendidos, en cuanto al aporte de los documentos adicionales solicitados, hasta que cese la emergencia sanitaria, indicándole que a partir del día siguiente de finalización de dicho estado, empezara a correr el mes legalmente estipulado, para que aporte la documentación solicitada e indicándole además que en caso de que una vez reanudados los términos usted considere que es necesario solicitar una prórroga, podrá hacerlo, resaltándole que la prórroga se otorga una sola vez, por un término igual al inicial, es decir un mes adicional.

Manifiesta que se acercó a la calle 128b # 45 – 15 el día 16 de junio del presente año para dar cumplimiento anticipado de la presentación de parte de la documentación solicitada. Sin embargo, radicada la documentación, el día 17 de junio le notificaron en su domicilio la terminación del trámite de determinación de pérdida de capacidad laboral y/o revisión del estado de invalidez por desistimiento tácito del solicitante.

En razón a la anterior contradicción por parte de COLPENSIONES, elevó petición respetuosa en ejercicio del derecho de petición (radicada bajo el número 2020-6297691) pretendiendo la continuidad del trámite en cuestión, la corrección de lo decidido mediante comunicado No BZ2020-562849-1197480

de fecha 10 de junio de 2020 en atención a lo ya establecido en comunicado No BZ2020-562849-1197480 de fecha 10 de junio de 2020, se anexara al proceso una documentación adjunta a la petición, y me hicieran saber la documentación faltante para dar continuidad del trámite.

Adujo que el día 16 de julio de la presente anualidad COLPENSIONES da respuesta a la petición anteriormente invocada aduciendo que “el Grupo Interdisciplinario de la Dirección de Medicina Laboral, culminó su proceso de Calificación de Perdida de la Capacidad Laboral con la documentación que reposa en el expediente administrativo emitiendo el Dictamen No DML 3798728 del 13 de julio del año 2020.

Al corresponder el conocimiento de la acción a este Despacho y una vez cumplidos los requisitos legales, por auto del 10 de agosto de 29 de enero del presente año, se admitió el libelo, ordenándose la vinculación de la DIRECTORA DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES, así como oficiar a las entidades accionadas, a quien se le pidió información y copias de lo pertinente, pronunciándose.

Indico COLPENSIONES que el accionante inició el trámite de calificación mediante el radicado No. 2020-562849 del 15 de enero de 2020. Posteriormente mediante oficio del 01 de abril de 2020 se solicitó allegar documentación adicional. El 26 de mayo de 2020 la accionante vía virtual solicitó un plazo extemporáneo para radicar la documentación solicitada, por lo que esta entidad en oficio del 26 de junio indicó que los términos se encontraban suspendidos en virtud al estado de emergencia decretado por el COVID- 19.

Adujo que si bien es cierto se emitió oficio del 10 de junio en donde se indicó que no había aportada documentación y que el proceso se había cerrado, esto se debió a que no se había verificado la solicitud del 26 de mayo descrita con anterioridad, razón por la cual posterior al oficio del 10 de junio se emitió el oficio del 26 de junio en el cual se indicó que debido a la suspensión de términos podía radicar aun la documentación solicitada.

Con posterioridad a ello, el 16 de junio de 2020 el accionante radicó parte de la documentación solicitada, la cual fue debidamente recepcionada. Luego de ello el 01 de julio de 2020 se radicó exámenes faltantes, los cuales fueron debidamente tramitados tal y como se evidencia en el registro de tramites.

Entendido lo anterior, el accionante el mismo primero de julio en oficio aparte al que radicó la demás documentación requerida, solicita se dé trámite a su caso y este no sea cerrado. Tal y como se dijo en oficio del 26 de junio, la documentación que radicó fue tramitada y por ello el 13 de julio, es decir 13 días después de radicada la documentación que, si fue valorada, se informó sobre la existencia del dictamen DML: 3798728 del 13 de julio de 2020, el cual fue debidamente notificado el pasado 23 de julio según acta que se adjunta. 1

Ante la inconformidad con el resultado de 44.16% el accionante radicó manifestación de inconformidad el 05 de agosto de 2020 bajo radiado 2020-7587459, manifestación que fue recibida y se encuentra en trámite.

Así las cosas, la Junta regional es la ahora competente para emitir nuevo dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral que confirme o modifique lo dictaminado por esta entidad, por lo que el accionante no puede pretender que hoy por medio de acción de TUTELA se revoque el dictamen emitido por Colpensiones, dictamen que fue debidamente recurrido y que se encuentra en trámite para ser estudiado por la regional de invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

## **CONSIDERACIONES**

La Constitución Nacional en su artículo 86 dotó a todos los coasociados de un mecanismo mediante el cual pueden solicitar y obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, disponiendo en su inciso 2 que la protección consistirá en una orden para que, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, identifican el objeto de la tutela, buscando con ella garantizar o amparar derechos de rango constitucional fundamental, siendo procedente contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los precisos eventos señalados por el mismo legislador, que haya violado o amenace violar alguno de tales derechos.

El accionante arguye que la entidad accionada, incurrió en una vulneración de sus derechos fundamentales al cerrar el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral que interpuso.

No obstante, lo anterior, cuando existan otros medios ordinarios de defensa judicial idóneos para la protección de las garantías fundamentales y no se avizore un eventual perjuicio irremediable, se debe acudir a estos de manera preferente<sup>[1]</sup>.

En efecto, el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Nacional, al referirse a la acción de tutela lo hace asignándole un carácter de acción subsidiaria ante la existencia de otros medios o mecanismos de defensa que tengan la misma eficacia e idoneidad para proteger los derechos fundamentales, señalando: *“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”*.

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, la tutela no es un medio *alternativo*, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

*Es criterio reiterado de la Corte Constitucional, que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales, la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos [1].*

*El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto: “(...) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

*Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.*

*Por lo anterior, le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, para estudiar si la acción de tutela contra una providencia judicial es procedente; puesto que, “bajo ningún motivo, puede considerarse la acción de tutela como un medio judicial alternativo, adicional o*

*complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”<sup>[2]</sup>. En consecuencia, “el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible para la procedencia de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias, el juez constitucional compruebe que los otros medios judiciales no son eficaces para la protección de las garantías invocadas”<sup>[3]</sup>.*

En sentencia T-211 de 2009 de la Corte Constitucional se expusieron tres razones por las que el estudio del requisito de subsidiariedad es esencial para determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: *“La primera consiste en que las sentencias son decisiones emanadas de un juez que recibió el encargo constitucional de poner fin a las controversias en una jurisdicción determinada, para lo cual, fue revestido de autonomía e independencia. Cuando la acción de tutela se instaura como recurso alternativo o como último recurso judicial para obtener una decisión favorable en cualquier materia, se desconoce la división de competencias que la misma Carta ha delineado, y se niega el principio de especialidad de la jurisdicción. Adicionalmente, cuando se promueve el amparo de manera complementaria a los procesos judiciales ordinarios, la decisión del juez constitucional –que por la naturaleza de la acción de tutela tendrá que adoptar una decisión en menor tiempo- puede terminar imponiendo interpretaciones de carácter legal al juez que está encargado del proceso.*

*En uno y otro caso, la acción de tutela que no es presentada con apego estricto al principio de subsidiariedad, niega la garantía del debido proceso, de acuerdo con la cual, una persona sólo puede ser procesada por su “juez natural”.*



*Una segunda razón estriba en el respeto por la importancia del proceso judicial. Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: ‘tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes’ (negritas del original). Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.*

*Como tercera razón, la acción de tutela instaurada contra providencias judiciales, cuando no se han agotado los mecanismos ordinarios de protección, atenta contra la seguridad jurídica del ordenamiento. No hace parte de los fines naturales de la acción de tutela el causar incertidumbre jurídica entre los asociados. Por esto, la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos, o están pendientes de definir. Sin embargo, cuando se desconoce el principio de subsidiariedad, y se intenta usar la acción de tutela como otra instancia u otro recurso de litigio, sin que existan razones evidentes para advertir violaciones a derechos fundamentales, se atenta contra la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica”<sup>41</sup>.*

El accionante conociendo el resultado del dictamen de pérdida de capacidad laboral y ante la inconformidad con el resultado de 44.16%, el accionante radicó manifestación de inconformidad el 05 de agosto de 2020 bajo radiado 2020-7587459, manifestación que fue recibida y se encuentra en trámite, ante la Junta regional quien es la competente para emitir nuevo

dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, que confirme o modifique lo dictaminado por esta entidad.

En este orden de ideas, se tiene que la calificación corresponde, en un primer momento, a las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, con todas las consecuencias que esto acarrea en relación con la determinación del régimen aplicable al caso concreto y la consecuente identificación de los sujetos encargados de responder por las prestaciones garantizadas en el sistema. No obstante, cuando las mismas no se ponen de acuerdo en esta cuestión, la precitada norma dispone que deberá surtir el trámite dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que: “(...) *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**”.* (Negritas fuera del texto).

No obstante lo anterior se le advierte al accionante, que la primera calificación la hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral de tal manera que si alguna de las partes afectadas por este dictamen, bien sea el afiliado, el empleador o las mismas entidades del sistema, no están conformes con el contenido del mismo, deberán manifestar su inconformidad ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez en los términos establecidos

por la mencionada norma, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, procediendo contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

De igual manera, es preciso señalar que, una vez agotado el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral, queda abierta la posibilidad para el accionante de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para interponer la demandada correspondiente.

Sin dejar a un lado lo anteriormente expuesto, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes, porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudenciales, se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable: *“(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia. (ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica. (iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una*

*respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso. (iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.”<sup>151</sup>.*

Debe advertirse que es necesario para la valoración a que está obligado el juez constitucional, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante, situación que dentro del presente asunto no se ha probado y por lo tanto por este aspecto igualmente se hace improcedente el amparo solicitado, sin dejar a un lado que COLPENSIONES ha manifestado que se tuvo en cuenta en el dictamen las pruebas documentales aportadas por el accionante.

Finalmente, en cuanto a la vulneración de su derecho fundamental de petición, debe decirse que, al revisar la demanda, junto con el material probatorio adosado al expediente, se tiene que le han sido contestados cada uno de los derechos de petición por parte de la accionada.

Así las cosas, no se advierte que se hayan trasgredido los derechos fundamentales de la accionante, por parte de la accionada.

En mérito de lo expuesto, la Juez Novena de Familia de esta ciudad, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada, acorde con los hechos y lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO: EXPEDIR**, por Secretaría, de ser requerida, copia auténtica del fallo a favor del accionante y de la accionada, previo el pago de las expensas correspondientes.

**CUARTO: REMITIR** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada la sentencia, dentro de los tres días siguientes a su notificación.

**NOTIFÍQUESE**

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned above the printed name of the judge.

**CESAR ENRIQUE OSORIO ORTIZ**

**JUEZ**

<sup>[2]</sup> Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>[3]</sup> Sentencia T-103 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>[4]</sup> Sentencia T-211 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Las consideraciones expuestas fueron reiteradas en la sentencia T-113 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>[5]</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA