

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN PENAL DE ADOLESCENTES**

Para ver el expediente virtual, utilice este enlace [TPA-053-2021](#)

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Barranquilla, D.E.I.P., primero (01) de diciembre de dos mil veinte y uno (2021)

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por el señor Yeison Enrique Díaz Pertuz, contra de la sentencia de fecha 22 de octubre de 2021 del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento, dentro de la acción Constitución iniciada por el señor Yeison Enrique Díaz Pertuz, contra la Nueva E.P.S. y del Fondo de Pensiones Colfondos.

ANTECEDENTES

HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

- 1).-Que él, desde el 1 de julio de 2020 al 21 de abril de 2021 estuvo incapacitado de manera ininterrumpida por el diagnóstico médico de “degeneración de la macula y del polo posterior del ojo “que posee.
- 2).-Que en razón de que la NUEVA E.P.S. el 3 de mayo de 2021, emitió concepto de rehabilitación desfavorable, le solicitó a través de llamada telefónica el inicio de su proceso de calificación de origen de la enfermedad y pérdida de la capacidad laboral, oportunidad en que la referida EPS emitió nuevo concepto de rehabilitación favorable el 22 de julio de 2021 que fue dirigido a COLFONDOS S.A.
- 3).-Que COLFONDOS S.A. para iniciar proceso de calificación de origen y pérdida de la capacidad laboral le exige una serie de documentos que las entidades encargadas no le han facilitado, y que se ha presentado en tres ocasiones para radicar documentos y siempre le exigen un requisito nuevo.
- 4).-Que la Nueva EPS emitió concepto de rehabilitación favorable sin que le siguiera generando incapacidades, motivo por el que la Empresa para la que labora le solicitó reintegrarse a sus labores.
- 5).-Que, pese a lo precedente, su patología se agrava día a día y podría perder su ojo, circunstancia que además no le permite ejercer correctamente sus labores por lo que puede perder su empleo.

PRETENSIONES.

El actor, con fundamento en lo anteriormente expuesto, solicita que se tutelen los derechos fundamentales al Debido Proceso, a la Seguridad Social y a la Vida Digna, los cuales afirma que están siendo trasgredidos por las accionadas al no practicarle examen de calificación de origen y de la pérdida de la capacidad laboral.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Surtidas las formalidades del reparto, mediante auto del 7 de octubre del presente año, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento dispuso la admisión de la demanda y se ordenó correr traslado a la Nueva E.P.S., al Fondo De Pensiones Y Cesantías Colfondos y a los vinculados Seguros De Vida Suramericana S.A., Gerente Regional Norte De La Nueva E.P.S. y al Vicepresidente De Salud De La Nueva E.P.S., por el término de tres días, a fin de que presentaran sus descargos en torno a los hechos en que el accionante fundamenta su solicitud de tutela, término del que hicieron uso argumentado lo que seguidamente se sintetiza.

Recibiéndose la respuesta de COLFONDOS S.A., de La Nueva E.P.S., Por su parte, Seguros De Vida Suramericana S.A.

Posteriormente, a través de providencias de 13 y 21 de octubre de 2021 se ordenó la vinculación de la empresa Ingeniera y Gestiones de Colombia S.A.S. Y de Seguros Bolívar S.A., respectivamente, corriéndoles traslado de la acción, y otorgándoles término para contestar, oportunidad ésta de la que no hicieron uso.

El Juzgado de conocimiento dicta sentencia el 22 de octubre de 2021 declarando la improcedencia de la acción, providencia que fue impugnada oportunamente por el accionante concediéndose la misma.

CONSIDERACIONES DEL A QUO.

Indica que el amparo no está llamada a abrirse paso a través del uso de este mecanismo judicial excepcional y residual, pues estima que el escenario idóneo para ventilar una pretensión de esta naturaleza y con tales características, lo constituye el proceso que ha de surtirse ante la jurisdicción ordinaria de especialidad laboral y seguridad social, pues por ser el juez natural de esa causa, se infiere que la acción de tutela que aquí se revisa, no luce conducente para resolver la cuestión planteada, pues, como se reitera, es un mecanismo de carácter subsidiario, residual y excepcional cuyo uso sólo se justifica cuando verdaderamente exista notable evidencia de que los derechos fundamentales de los actores se encuentren violados o amenazados sin que ningún otro medio de defensa judicial se muestre como suficiente para conjurar tal violación o amenaza.

Citando como precedente la sentencia T-427 de 2018.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Considera que en su caso el proceso judicial no es el mecanismo idóneo para la solución de su controversia, pero que no puede esperar el tiempo que ello pueda transcurrir, que tiene un concepto desfavorable y otro posterior favorable de rehabilitación pero que la EPS no le ha prestado los tratamientos e incapacidades y que por ello esta laborando con la amenaza de ser despedido.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de éste no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar Diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención, tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que, habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitraria e injusta,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que no se trate del cuestionamiento de la sentencia de una acción de tutela anterior.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio el accionante, solicita que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y a la vida digna, los cuales afirma le están siendo trasgredidos por las accionadas al no practicarle examen de calificación de origen y de la pérdida de la capacidad laboral.

En razón a que las entidades en cuestión, no le han practicado examen de calificación del origen de su patología y del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, sin embargo, para este Despacho es claro que tal solicitud no está llamada a abrirse paso haciendo uso de un mecanismo judicial excepcional y residual, como lo es la acción de tutela, pues este se estima que ciertamente el escenario idóneo para ventilar una pretensión de esta naturaleza y con tales características, lo constituye el proceso que ha de surtirse ante la Jurisdicción ordinaria de especialidad laboral y seguridad social, pues por ser el Juez natural de esa causa, se infiere que la acción de tutela que aquí se revisa, no luce conducente para resolver la cuestión planteada, pues, como se reitera, es un mecanismo de carácter subsidiario, residual y excepcional cuyo uso sólo se justifica cuando verdaderamente exista notable evidencia de que los derechos fundamentales de los actores se encuentren violados o amenazados sin que ningún otro medio de defensa judicial se muestre como suficiente para conjurar tal violación o amenaza.

Frente al carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela la Corte Constitucional, precisó en la sentencia T-1058 de 2007, entre otras providencias, lo siguiente:

“... La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia ha señalado que el respeto a los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrito, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales...”.

El actor fue calificado, en segunda oportunidad como factor de rehabilitación favorable en julio 22 de 2021 ^{véase nota 1}; lo cual en principio genera que no inmediato ni urgente el trámite de la valoración de su pérdida de capacidad laboral, puesto que así lo indica el artículo 9 del decreto 917 de 1999, situación en la cual se exige que el diagnóstico sea definitivo y no haya tratamiento que realizarle, presentando su acción de tutela, sin acreditar que tal situación se haya configurado.

Finalmente, esta sala no desconoce la delicadeza de la patología del accionante y que por tal motivo estuvo incapacitado de manera ininterrumpida desde el 1 de julio de 2020 al 21 de abril de 2021, sin embargo en el expediente no se halló un dictamen médico actual o una incapacidad que dé cuenta de un estado de debilidad a causa de la misma, en menor proporción al haberse visualizado que el actor goza de empleabilidad (ingresos) y servicios en salud, tampoco aporta prueba de que haya sido requerido por su empleador por mal cumplimiento de sus labores o que efectivamente pese sobre él una amenaza de despido, que le impidan realizar su proceso de Calificación, en la forma adecuada o oportuna o que vaya a recibir algún daño o vulneración de esas calidades en el decurso del posible proceso laboral.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Segunda de Decisión Penal de Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

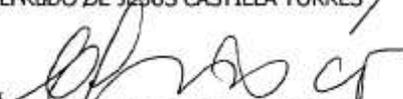
RESUELVE.

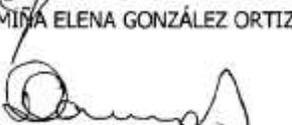
PRIMERO: Confirmar en todas sus partes, el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes, por correo electrónico, telegrama u cualquier otro medio expedito.

TERCERO: Remítase el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.


ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES


CARMINA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ


DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

Firmado Por:

¹ Archivo digital "04PruebaDos"

Radicación Interna: TPA-053-2021
Código Único de Radicación: 08001311800120210007501

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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:

77a0c295f0ac30aac376a5621ee898e8f35a200ff853b1e67759e023d9180a5b

Documento generado en 01/12/2021 12:18:20 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>