



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, Veintiocho (28) de Septiembre de Dos Mil
Veinte (2020).

Rad. T. 20.00285.01

Procede esta instancia judicial a emitir pronunciamiento frente a la IMPUGNACIÓN planteada contra el fallo proferido por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad dentro de la Acción de Tutela presentada por JIMY ELÍAS PERTÚZ contra ARL AXA COLPATRIA.

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

JIMY ELÍAS PERTÚZ, interpone acción de tutela, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, dignidad humana, derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, igualdad y debido proceso, los que presuntamente resultaron vulnerados por la entidad accionada, dentro del siguiente marco de circunstancias fácticas:

Explica que el 13 de septiembre de 2014 tuvo un accidente laboral el cual se reportó ante la ARL AXA COLPATRIA. Agrega que fue diagnosticado por Medicina Laboral de la accionada con "contractura lumbar con limitaciones de los

arcos de movilidad signos de radiculopatía", y se recomendó no levantar objetos pesados superior a 6 kg, ni flexionar constantemente la columna, como tampoco permanecer de pie o sentado en un mismo sitio por más de 30 minutos, además de no subir o bajar escaleras constantemente. Agrega que la lesión le produjo incapacidad por más de 180 días, por lo que se le autorizó para ser calificado por pérdida de capacidad laboral, además se le sugirió a la empresa un cambio de puesto de trabajo y funciones laborales, esto a razón de la imposibilidad de realizar con normalidad sus funciones laborales.

Expresa que el 5 de julio de 2017 le fue notificada la calificación de pérdida de capacidad laboral determinada por la ARL AXA COLPATRIA con 0.00%. Sin embargo, a pesar del dictamen anterior, de que sus funciones laborales cambiaron y de cumplir con todos los tratamientos médicos y farmacológicos, los dolores durante este tiempo son permanentes han aumentado su intensidad cada vez más, por lo que ha continuado con incapacidades constantes, que se hacen cada vez más cercanas; añade que los especialistas le han manifestado que las lesiones han empeorado en gran magnitud, debido a la progresividad de la lesión causada por el accidente laboral.

Refiere que el 31 de marzo del presente año, solicitó a la ARL AXA COLPATRIA a través de medios electrónicos que le calificaran nuevamente por pérdida de capacidad laboral, anexando como fundamentos probatorios las valoraciones médicas que indican la progresividad de la lesión causada por el accidente laboral y las incapacidades posterior al dictamen de pérdida de capacidad laboral, las cuales muestran claramente la deficiencia y progresividad

de la lesión causada por el accidente laboral, sin embargo, advierte que el 30 de abril le respondieron la petición diciendo: *"Al no haber deficiencias al cierre del accidente mediante el último dictamen, no es procedente recalificar por ARL. Recordamos que las únicas patologías recalificables son aquellas que hayan generado deficiencias y que concomitantemente cumplan con el criterio de progresividad."*

Por tales razones, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, dignidad humana, derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, igualdad y debido proceso, y en consecuencia, que se ordene a la ARL AXA COLPATRIA realizarle una nueva valoración médica (recalificación) bajo los parámetros del debido proceso con la finalidad de determinar nuevamente el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral debido a la progresividad de la lesión causada por el accidente laboral posterior al dictamen.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y SU IMPUGNACIÓN

El despacho al que le correspondió el conocimiento en primera instancia lo admitió, y ordenó notificar a la accionada, así mismo se ordenó la vinculación de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Dentro del término concedido ARL AXA COLPATRIA respondió señalando que existe reporte de dos eventos presentados el 13 de septiembre de 2014 y el 02 de febrero de 2018. Explica que los incidentes fueron aceptados por esta Administradora de Riesgos Laborales, como accidentes de origen laboral, brindando oportunamente las prestaciones asistenciales y económicas a que el afiliado ha tenido derecho. Agrega

que el actor fue sometido a proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, el 30 de junio de 2017.

Finalmente, expresa que el actor no cuenta con los requisitos exigidos como conceptos médicos o exámenes complementarios que le permitan a esta ARL dilucidar la viabilidad de una nueva calificación por diagnósticos de origen laboral. El accionante cuenta con el derecho de acudir a cita médica con la especialidad de medicina laboral. Y dicho galeno es quien valora al accionante para efectos de determinar las acciones a seguir, en el evento que éste evidencie la procedencia de realizar recalificación de pérdida de capacidad laboral, lo anterior bajo el escenario en el que UNICAMENTE SEA POR PATOLOGÍAS DE ORIGEN LABORAL QUE SI HAYAN GENERADO DEFICIENCIAS.

Posteriormente, el a quo dispuso de la vinculación de NUEVA E.P.S por cuanto el actor era uno de sus afiliados, y quien a su vez indicó que las pretensiones del actor no corresponden al resorte de dicha entidad, pues su solicitud está dirigida a la Administradora de Riesgos Laborales ARL, en donde se halla afiliado. Explica además que no se evidencia el cumplimiento del principio de Subsidiaridad de la acción de tutela, ya que el accionante no demuestra haber agotado todos los medios ordinarios de defensa, que se encuentran establecidos y asignados a la jurisdicción laboral, para reclamar pago de prestaciones económicas, y que excluye la posibilidad de usar la acción de tutela como primera opción ya que resulta improcedente.

El trámite finalmente culminó al proferirse el respectivo fallo, donde se resolvió conceder el amparo invocado, tras considerar que la EPS deberá calificar la pérdida de

capacidad laboral del actor por cuanto sus padecimientos, de conformidad con lo extraído de sus historias clínicas, son de origen común.

Inconforme con la decisión, NUEVA E.P.S. procedió a impugnarla, argumentando que no registra en su base de datos radicación de incapacidades prolongadas, recientes y continuas mayores de 120 días.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

El constituyente de 1991 se caracterizó por ser pródigo en el reconocimiento para el individuo, de derechos considerados como “fundamentales”, que le permitan una subsistencia digna. Para evitar que éstos se quedaran en letra muerta, por cuenta de las autoridades públicas, consagró a favor de todo ciudadano, e incluso para tan solo del transeúnte por el territorio nacional, un procedimiento ante los Jueces de la República expedito por el cual se otorgaría protección de esas prerrogativas, para así convertirlos en una realidad; denominado la ACCIÓN DE TUTELA.

La misma se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, y aunque en principio está consagrada como un arma de contención protectora de los Derechos Fundamentales a emplear en contra de las autoridades públicas, en el inciso final del artículo mencionado se amplía la posibilidad de ser utilizado contra particulares, porque estos “...en forma quizás más reiterada y a menudo más grave...” atentan contra los Derechos fundamentales del individuo; dejando a consideración del legislador los eventos en que se haría procedente.

Tal como se menciona incansablemente, la acción de tutela es un mecanismo excepcional previsto por el Constituyente para la defensa de los denominados derechos fundamentales, no se trata de manera alguna de reemplazar los medios de defensa, ya existentes, pues éstos se mantienen incólumes y prevalecen sobre la tutela, dado que la acción constitucional tiene un carácter residual, y su cometido es llenar los vacíos que existían en el ordenamiento jurídico para hacer reclamaciones de esta índole. Únicamente procede en caso de no existir otro medio judicial para su amparo, salvo cuando se trate de evitar perjuicios irremediabiles.

Para su efectividad, consagró una informalidad y reducción al mínimo de requisitos, pero sea que a quien se le vulneren los derechos, ciudadano o personas jurídicas, el primer llamado a proteger las prerrogativas, no es el juez de tutela, sino el ordinario, estando este mecanismo constitucional reservado para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos procedimientos [administrativos o judiciales] dispuestos para la protección de los derechos de los conciudadanos, no para suplirlos; pues de otra manera, la acción de tutela perdería completamente su eficacia.

Por ello el constituyente la condicionó a unos requisitos de procedibilidad a efecto de evitar darle a la acción de tutela un enfoque y alcance equivocados. Estos están contemplados en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial.

Por ello, aunque en últimas los jueces de tutela debemos establecer si hay vulneración a un derecho de rango constitucional, considerado por la Carta como fundamental, debe estar precedido por un estudio de procedibilidad de la acción, relacionada esta con la legitimación tanto activa como pasiva, la inexistencia de otro medio judicial eficaz de protección, y por último que el derecho por cuya vulneración o amenaza se demande protección tenga el carácter de fundamental (siguiendo los criterios establecidos por el máximo tribunal constitucional), y por último si existe la vulneración o la amenaza.

Si tenemos en cuenta que según lo establecido en la Ley 712 de 2001, entre otra competencia de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, le corresponde:

Artículo 2o. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:(...)

4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Son características de esta regla de competencia las siguientes:

- Alude a las controversias referentes al “sistema de seguridad social integral”, es decir, al establecido en la Ley 100 de 1993 con la finalidad de unificar “la normatividad y la planeación de la seguridad social”, conforme lo dispone la citada ley (art. 6°).
- Esa competencia abarca los conflictos de los afiliados, así como de sus beneficiarios y los demás usuarios, incluidos los empleadores, frente a las entidades administradoras de los distintos sistemas de la seguridad social, como también respecto de las entidades prestadoras de tales sistemas.

Es decir, es un asunto de naturaleza laboral, pero al respecto, la Corte ha admitido que en algunos asuntos laborales, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, siempre y cuando se cumpla con los lineamientos para que proceda el amparo constitucional en asuntos laborales¹:

“Así, la Corte ha señalado que una controversia laboral puede someterse a juicio de tutela, desplazando el medio ordinario de defensa cuando se reúnan las siguientes condiciones: (1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral, puesto que si lo que se discute es la violación de derechos² de rango legal o convencional, su conocimiento corresponderá exclusivamente al juez laboral; (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, ya que si para la solución del asunto es necesaria una amplia controversia judicial, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria pues dicho debate escapa de las atribuciones del juez constitucional y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y no resulte adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable de carácter ius fundamental.”

Teniendo en cuenta el precedente citado, el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario, estando este mecanismo constitucional reservado para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos procedimientos [administrativos o judiciales] dispuestos para la protección de los derechos de los conciudadanos, no para suplirlos; pues de otra manera, la acción de tutela perdería completamente su eficacia.

El actor apela a derechos como debido proceso, mínimo vital y seguridad social los que sin lugar a dudas,

¹ T-1496 de 2000, Magistrado Ponente (E) Martha Victoria Sáchica, ratificada entre otras en la T-525/07

⁴ Sobre el tema, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-373 de 1998, T-375 de 2000, T-1243 de 2000, T-1569 de 2000, T-352 de 2001, T-161 de 2002, T-206 de 2002, T-863 de 2003, T-1085 de 2004 y T-727 de 2005

constituyen un problema constitucional, encontrándose establecido el primero de los requisitos citados en el precedente.

Para determinar el cumplimiento del segundo requisito, es preciso recordar que el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral cuenta con dos etapas una pre-procesal y otra procesal. La primera se cumple ante las EPS y/o ARL, las Juntas Regionales o Nacionales de Calificación. Esto en virtud que siendo tratado por su EPS en forma inicial, y en forma secundaria, por remisión de su ARL, o directamente si no existe controversia respecto del origen del accidente de tránsito o de la enfermedad, las controversias son definidas por las Juntas, en primera y segunda instancia, respectivamente.

De lo planteado por el actor se destaca que, en consideración a un accidente de trabajo del 2014, fue calificado en el 2017, sin que se tenga noticias que haya interpuesto recurso alguno contra la decisión que señalaba que ninguna afectación a su capacidad laboral había generado. Y aporta pruebas que en el mismo año, ha sido atendido por su EPS por problemas lumbares, e incluso, con licencias en ese mismo año, y que luego se presentan nuevamente en el 2019, Y ello da lugar a que afirme que entre a solicitar la revisión de la valoración por considerar que está experimentando desmejora en su condición física.

Es preciso recordar que la calificación que está en firme puede ser revisada, tanto para determinar si ha aumentado, si ha disminuido o ha desaparecido. Pero siempre que se trate de incapacidad permanente parcial inferior, que se encuentre en firme mínimo al año siguiente de la calificación y por cuenta de la ARL, el mismo

trabajador o en fin cualquier persona interesada, y como señala la norma que a continuación se citará, siguiendo los procedimientos establecidos en el Decreto 1352 de 2013:

ARTICULO 55. Revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la calificación de invalidez. La revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez requiere de la existencia de una calificación o dictamen previo que se encuentre en firme, copia del cual debe reposar en el expediente.

La Junta de Calificación de Invalidez en el proceso de revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, sólo puede evaluar el grado porcentual de pérdida de capacidad laboral sin que le sea posible pronunciarse sobre el origen o fecha de estructuración salvo las excepciones del presente artículo. Para tal efecto, se tendrá en cuenta el manual o la tabla de calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho.

En el Sistema General de Riesgos Laborales la revisión de la pérdida de incapacidad permanente parcial por parte de las Juntas será procedente cuando el porcentaje sea inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral a solicitud de la Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores o personas interesadas, mínimo al año siguiente de la calificación y siguiendo los procedimientos y términos de tiempo establecidos en el presente decreto, la persona objeto de revisión o persona interesada podrá llegar directamente a la junta solo si pasados 30 días hábiles de la solicitud de revisión de la calificación en primera oportunidad esta no ha sido emitida.

En los Sistema Generales de Riesgos Laborales y de Pensiones, la revisión pensional por parte de las Juntas será procedente a solicitud de la correspondiente Administradora de Riesgos Laborales o Administradora del Sistema General de Pensiones cada tres (3) años, aportando las pruebas que permitan demostrar cambios en el estado de salud y a solicitud del pensionado en cualquier tiempo. Copia de todo lo actuado deberá reposar en el expediente y se hará constar en la respectiva acta y en el nuevo dictamen.

Sin embargo, no podemos perder de vista el hecho que la calificación la dejó en firme, y que la ARL no ha continuado atendiendo al actor, por la patología que se le presentara como consecuencia del accidente de trabajo, sino que está siendo atendido por la EPS, y si bien es la misma especialidad, ortopedia o traumatología, no contamos con

elementos de juicio que nos permita señalar que es la misma situación, porque eso no se puede concluir desde la perspectiva jurídica, sino que se requiere una opinión técnica, o mejor médica. De tal manera que tal como lo señala la EPS, los cambios en el estado de salud que afectan su capacidad laboral, se requiere de evidencia, con la que precisamente cuenta la EPS, es ella quien la está construyendo con la atención que le brinda al actor y seguirá aportando, porque lo que vemos es que va a seguir necesitando atención, pues no hay un parte de mejoría.

Así mismo, del material obrante en el plenario, se avizora que posterior a la calificación de pérdida de capacidad laboral, el actor se hizo una serie de chequeos médicos donde se observa la aparición de patologías que en su momento no fueron tenidas en cuenta en la valoración aunque no se tenga noticia de sus iniciaciones. En efecto, en cita del 29 de marzo de 2019, donde se advierte que el paciente refiere *lumbocitalgia*, paralelo a ello dicha opinión fue reiterada en cita del 22 de octubre donde se determina que éste no refiere mejoría y que persiste con dolor, situación que se ve demostrada en las diversas incapacidades que se le han otorgado al accionante con posterioridad de la primera evaluación. Pero tampoco se tiene certeza si esa situación es consecuencia del accidente del 2014 o de aquel del 2018 que mencionara la ARL, o por el contrario tuviere un origen común. Pero eso solo lo puede dilucidar es la misma EPS a través de la atención al afiliado por medicina laboral.

Porque desde la perspectiva del actor, tiene problemas que son atendidos por la misma especialidad de los molestias generadas por el accidente laboral y lo resuelve con una nueva calificación, cuando no se dan las condiciones, por lo ya explicado; pero puede ser resuelto

por el médico laboral, no es precisamente quien le deba realizar una nueva calificación sino de determinar si hay lugar a la misma, y será la misma EPS quien verificará qué encuentra y el origen de tales hallazgos, por ello desde esta perspectiva se confirmará la decisión.

En mérito de lo que ha sido considerado, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de calendas 24 de agosto de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela seguida por **JIMY ELÍAS PERTÚZ** contra **ARL AXA COLPATRIA**. por las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: **Modificar** el numeral 2 de la mencionada providencia, y en su lugar se ordenará a la EPS para que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a programar cita con medicina laboral, a fin de que en dicha especialidad se determine si hay lugar a una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, y en caso afirmativo, proceda a efectuarla.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible. Remitir copia del presente fallo al juez de primera instancia.

CUARTO: Envíese el presente fallo junto con el expediente del que hace parte, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style. The signature appears to read 'Mónica Gracias Coronado'.

MÓNICA GRACIAS CORONADO
Jueza.