El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia de la acción

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2017-00070-01

Accionante: ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [L]os motivos de inconformidad contra el dictamen que califica la pérdida de capacidad laboral deben alegarse dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se notifique al interesado, el contenido de aquel acto. A tal precepto, no se sometió la accionante. Surge de lo expuesto que la demandante no empleó el mecanismo de protección ordinario previsto por el legislador para obtener lo que pretende sea decidido por vía de tutela. Pero es que además cuenta la accionante con otro medio de defensa judicial idóneo para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 477 de 14-09-2017

Referencia: 66001-31-03-005-**2017-00070**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el día 28 de julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ASALUD LTDA, a la cual se vinculó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante, por intermedio de apoderado judicial, promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, dignidad humana y seguridad social.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. La señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ, nació el 16 de noviembre de 1963, cuenta con 53 años de edad, está desempleada, no posee bienes, no ejerce labor, arte u oficio que le genere emolumentos, por ello depende económicamente de su familia. Presenta como diagnósticos “H541 ceguera de un ojo, visión subnormal del otro y F432 trastornos de adaptación”, lo cual le generó pérdida de visión progresiva ocasionando un diagnóstico de “ojo ciego doloroso”, motivo por el cual le realizaron una evisceración más implante (vaciamiento del globo ocular) el 23 de diciembre de 2005.

2.2. Laboró en el hospital Universitario San Jorge de Pereira desde el 1º de noviembre de 1986 al 23 de septiembre de 2001, realizando sus aportes al ISS, Colpensiones y luego a la AFP PROTECCIÓN.

2.3. La señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ al momento en que dejó de laborar en el año 2001, fue su padre el señor SAÚL SALAZAR GUTIÉRREZ, quien falleció el 14 de marzo de 2013, el que se ocupó de todos los gastos para su sostenimiento.

2.4. Debido al fallecimiento de su padre y los problemas de salud anteriormente mencionados, fue calificada su pérdida de capacidad laboral por la AFP PROTECCIÓN por medio de su aseguradora Suramericana, la cual mediante dictamen No. 42077295 del 4 de septiembre de 2014, otorgó una pérdida de capacidad laboral del 61.17% con fecha de estructuración del 15 de enero de 2014, calificación realizada bajo el MUCI 919 de 1999, dicho dictamen quedó en firme puesto que no se presentó controversia por la señora SALAZAR GÓMEZ.

2.5. La señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ de igual manera solicitó a COLPENSIONES calificación de invalidez; lo anterior para obtener el reconocimiento de una prestación económica por el fallecimiento de su padre, señor SAÚL SALAZAR GUTIÉRREZ, del cual dependió económicamente desde el año 2001 que ceso sus actividades laborales.

2.6. COLPENSIONES por medio de su entidad calificadora ASALUD LTDA, el 17 de marzo de 2016, mediante dictamen No. 2016142700SS, determinó que la señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ posee una pérdida de capacidad laboral del 50.67% y como fecha de estructuración el 26 de febrero de 2016, calificación realizada bajo el MUCI 1507 de 2014, dictamen que quedó en firme puesto que la actora por desconocimiento del trámite, no apeló dicha calificación de invalidez.

2.7. Se han vulnerado los derechos a la igualdad, debido proceso, dignidad humana, protección especial a los disminuidos física, sensorial y psíquicamente y favorabilidad del trabajador, puesto que COLPENSIONES, por medio de ASALUD LTDA, calificó con un manual de calificación de invalidez (MUCI) diferente al utilizado por la AFP PROTECCION, por lo que no guarda relación la puntuación dada a las mismas patologías de ojo ciego y trastorno de adaptación que padece la señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ, ya que la calificación de la AFP PROTECCIÓN del 61.17% y COLPENSIONES 50.67%, tienen una gran diferencia en el valor otorgado, evidenciándose la desfavorabilidad en la segunda, así mismo, la fecha de estructuración difieren (15 de enero de 2014 y 26 de febrero de 2016), generando con ello una controversia para unas mismas patologías.

3. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 42 C. Ppal.). Fueron notificados el Director de Prestaciones Económicas, el Director de Acciones Constitucionales, el Director de Medicina Laboral, el Gerente Seccional Risaralda y la apoderada judicial para el Eje Cafetero de COLPENSIONES, así como los representantes legales de ASALUD LTDA y PROTECCIÓN SA. (fls. 44-50 id.).

3.1. La representante legal judicial de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, indicó que no ha existido por parte de esa administradora conducta alguna que constituya o se erija en la violación de algún derecho fundamental o legal de la accionante. Resalta que la acción de tutela está dirigida contra COLPENSIONES y ASALUD LTDA, dada la inconformidad de la citada actora en el trámite de la solicitud de pensión de sobreviviente radicada con ocasión del deceso de su padre. (fls. 52-54 id.).

3.2. Se pronunció quien dijo ser el gerente y representante legal de ASALUD LTDA, sin que acreditara tal calidad ni suscribiera dicha respuesta, argumentos plasmados en la sentencia de primera instancia, actividad que reprocha este Tribunal. (fls. 68-71 id.).

3.3. El Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones, informó que mediante oficio de fecha 21 de julio de 2017, dio respuesta de fondo a la solicitud que pretende la nulidad del dictamen No. 2016142700SS de fecha 17 de marzo de 2016, desapareciendo la presunta causa vulneradora de derechos fundamentales objeto de protección. Solicita se desestime la acción de tutela contra COLPENSIONES y se declare la improcedencia de la misma por carencia actual de objeto por hecho superado. (fls. 75-77 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que declaró por improcedente el amparo deprecado, con base en que la tutela es una acción subsidiaria y no alternativa, y un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, hecho que no se acreditó, tampoco la razones por la cuales el medio judicial ordinario es ineficaz, mismo que no se ha agotado, por lo que estaría vedado invadir competencias que no corresponden. (fls. 81-83 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la accionante, por intermedio de su apoderado judicial, con similares argumentos a los planteados en el escrito de tutela, exponiendo que “*se desconoce el artículo 86 de la Constitución Política en el que se declara que toda persona tendrá derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces en TODO MOMENTO Y LUGAR, mediante procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actué a su nombre garantizando LA PROTECCIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.*”. Solicita se tenga en cuenta que la accionante es una persona en estado de debilidad manifiesta, debido a su delicado estado de salud, discapacidad y situación económica, puesto que en ocasiones se ve obligada a acudir a familiares y amigos cercanos para obtener su sustento, viviendo casi de la las limosnas que estos le puedan brindar. (fls. 96-99 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ASALUD LTDA vulneran los derechos invocados por la accionante, al proferir el dictamen No. 2016142700SS del 17 de marzo de 2016, con una pérdida de capacidad laboral inferior y una fecha de estructuración diferente, al emitido con anterioridad por la AFP PROTECCIÓN SA; y si la acción de tutela es procedente para ordenar que se declare la nulidad de dicho dictamen.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la subsidiaridad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (Artículo 86 CP).

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora ADRIANA CECILIA SALAZAR GÓMEZ, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, dignidad humana y seguridad social, al proferir el dictamen No. 2016142700SS del 17 de marzo de 2016, con una pérdida de capacidad laboral inferior y una fecha de estructuración diferente, al emitido con anterioridad por la AFP PROTECCIÓN SA.

2. El 29 de marzo de 2016, COLPENSIONES le notificó a la accionante el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral (fl. 37 id.), sin embargo, solo el 13 de julio de este año solicitó protección constitucional (fl. 1 id.). Es decir, transcurrieron algo más de quince (15) meses desde de la fecha en que Colpensiones notificó dicho dictamen, sin que haya actuado con la urgencia y prontitud con que ahora demanda el amparo y no se evidencia la existencia de una justa causa que explique los motivos por los que permitió que el tiempo transcurriera sin promover la acción ya que ninguna consideración al respecto hizo en la demanda con la que se inició el proceso que permitía deducirla.

Así las cosas, se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente, pues si la demandante consideró afectados sus derechos fundamentales con el resultado de la calificación de su pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurrieran más de quince meses para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

3. Ahora bien, si en gracia de discusión se superara el requisito de inmediatez que se echa de menos, el amparo también se torna improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad como se pasa a explicar.

4. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 142 del decreto 019 de 2012, dice en lo pertinente:

*"Artículo 41.Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

*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…”*

De acuerdo con esa disposición, los motivos de inconformidad contra el dictamen que califica la pérdida de capacidad laboral deben alegarse dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se notifique al interesado, el contenido de aquel acto. A tal precepto, no se sometió la accionante.

Surge de lo expuesto que la demandante no empleó el mecanismo de protección ordinario previsto por el legislador para obtener lo que pretende sea decidido por vía de tutela.

5. Pero es que además cuenta la accionante con otro medio de defensa judicial idóneo para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

6. Ahora, la demandante no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para su protección y reconocimiento.

7. Encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente quien alega que, por sus condiciones de salud y discapacidad, así como por su situación de necesidad, puede utilizar la acción de tutela como mecanismo jurídico para proteger sus derechos, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera excepcionalmente procedente el amparo, como mecanismo transitorio de los derechos invocados.

8. Verificada la no ocurrencia de dos de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, como lo son la inmediatez y la subsidiaridad, no cabe a través de este medio examinar de fondo el asunto propuesto, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria laboral.

9. Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR el fallo proferido el 28 de julio de 2017 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**