**Providencia:** Sentencia del 25 de mayo de 2018

**Radicación No.:**  66001-31-05-003-2018-00199-00

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** José Vidal Gómez

**Accionado:** Colpensiones, Asalud Ltda., Suramericana S.A., Protección S.A. y Seguros Bolívar S.A.

**Juzgado de origen:** Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:** **Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela:**

La Corte Constitucional en Sentencia T-003 de 2014 sostuvo: *“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Mayo 25 de 2018)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 30 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **José Vidal Gómez** en contra de **Colpensiones, Asalud Ltda., Suramericana S.A., Protección S.A. y Seguros Bolívar S.A.**, por medio de la cual solicitó que se amparara sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la salud y seguridad social.

#### La demanda

 El aludido accionante a través de apoderado judicial solicita que se tutelen los derechos constitucionales al debido proceso, mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la salud y seguridad social y se deje sin efectos el dictamen No. 79373805 emitido por **Sura** a través de **Protección S.A.** y el dictamen No. 2016145263pp emitido por **Asalud Ltda** a través de **Colpensiones,** y en consecuencia se ordene a estas entidades realizar un nuevo dictamen de calificación al señor José Vidal Gómez, teniendo en cuenta en su totalidad la historia clínica y el expediente administrativo emitido por el Ejercito Nacional de Colombia.

Para fundar dichas pretensiones manifestó que, el actor nació el 05 de agosto de 1965 y actualmente cuenta con 52 años de edad.

Refiere que el petente ha padecido, durante gran parte de su vida, de **“Distrofia Hereditaria de la Retina en Ambos Ojos”,** enfermedad que esde tipo degenerativo y progresivo de acuerdo a todas las impresiones diagnosticas que se le realizaron por su patología.

Relata que el actor fue calificado en dos ocasiones, la primera realizada por Asalud Ltda donde se le dio una perdida de capacidad laboral del 81.53% de origen común y con fecha de estructuración del 19 de diciembre de 2014, y la segunda realizada el 27 de junio de 2016, por el grupo interdisciplinario de Sura, en donde se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 62.36% de origen común con fecha de estructuración el 1º de marzo de 2016.

 Agrega que en ninguno de las calificaciones se tuvo en cuenta el expediente administrativo del petente en el Ejercito Nacional, en el cual se indica que el paciente padece de “Ambliopía, animestropia, agudeza visual de ojo derecho 20/600 que corrige 20/25, ojo izquierdo bultos, no corrige” e igualmente se indica que la lesión determina una incapacidad relativa y permanente.

Además considera que en el dictamen emitido por Sura no se tuvieron en cuenta algunos reportes médicos y aspectos de la historia clínica del señor Vidal Gómez.

 Indica que no presentó recurso alguno ante los dos dictámenes mencionados.

Señala que se acercó a Protección S.A, para solicitar una devolución de saldos, pues en una asesoría que le brindó un empleado de la entidad se le manifestó que ya no tenia derecho a apelar el dictamen y que lo mejor era que adelantara dicho tramite; la mencionada devolución de saldos se realizó por la suma de $14.133.099, sin incluir el tiempo certificado por el Ejercito Nacional.

El 24 de julio de 2017 el accionante presentó un derecho de petición solicitando a Asalud Ltda. una nueva calificación, solicitud a la que no accede la entidad en atención a que no se interpuso recurso alguno frente al dictamen, el cual cuenta con firmeza de acuerdo a la certificación de ejecutoria.

Asimismo, el 2 de noviembre del 2017, presentó derecho de petición ante Protección S.A, solicitando una nueva calificación, e igualmente la entidad no accede a dicha solicitud argumentando que el actor firmó el documento de aceptación y se hizo efectiva la devolución de saldos.

Agrega el actor que, debido a la agudeza de su disminución visual, no puede solventar sus gastos y los de su núcleo familiar, además no cuenta con ningún tipo de prestación económica que le ayude a mejorar su condición de vida

 Por ultimo, señala que el 10 de abril del 2017, el actor radicó acción de tutela en contra de Asalud Ltda, en la que el Juzgado Cuarto de Familia de Armenia, mediante sentencia del 18 de octubre de 2017 tuteló el derecho de petición.

#### Contestación de la demanda

Asesoría de Servicios en Salud - Asalud Ltda contestó la acción, por medio de su Representante Legal, aduciendo que esta entidad es solo una empresa contratista y que no puede dejar sin efectos el dictamen que emitió pues no están facultados por su contratante, esto es Colpensiones, ni tampoco realizar una nueva calificación pues conforme a los criterios dados por la entidad contratante no es procedente una recalificación cuando el dictamen del afiliado supera el 50% de la PCL.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Protección S.A, a través de su Representante Legal, dio respuesta a la acción manifestando que el señor José Vidal no apeló el dictamen de PCL, y en vista de que el dictamen se encontraba en firme, se procedió a estudiar el caso del actor encontrándose que no cuenta con las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, pues en dicho lapso acredita cero (0) semanas cotizadas. Se duele de que el actor acudiera a esta acción de tutela, alegando que desconocía su potestad de apelar el dictamen, cuando en la misma comunicación de PCL se le informó que contaba con esta posibilidad. En este orden de ideas considera que la acción debe ser denegada por improcedente y solicita se vincule a Seguros Bolívar S.A pues entre Protección y esta entidad se suscribió una póliza donde la primera se comprometió a pagar la suma adicional para financiar las pensiones de invalidez cuando fuere necesario.

 Así mismo, Seguros de Vida Suramericana S.A, a través de su Representante Legal, contestó la acción, indicando que esta entidad no es una administradora de fondos de pensiones, que no realiza el análisis de la solicitud ni define el pago de prestaciones, que simplemente la aseguradora paga a la AFP el capital faltante para el financiamiento de la pensión de invalidez conforme a las obligaciones derivadas de la relación contractual que tiene con Protección S.A; por estas razones la entidad alega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva puesto que esta entidad no es quien debe cubrir las prestaciones solicitadas por el accionante.

 Igualmente, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por medio del Director de Acciones Constitucionales, dio respuesta a la presente, manifestando que la acción es improcedente conforme a lo dispuesto en el articulo 6º del Decreto 2591 de 1991, puesto que existen otros recursos o medios de defensa en concordancia con el numeral 4º del articulo 2º del CPL que establece que, toda controversia que se presente entre afiliados y beneficiarios en el sistema de seguridad social, deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

 La Compañía de Seguros Bolívar S.A, quien fue vinculada mediante auto del 26 de abril del presente año, contestó la acción por medio de Apoderado Judicial, manifestando que no es la entidad encargada, en caso de que el despacho lo determine, de efectuar un nuevo dictamen de PCL, pues esta entidad solo tiene un contrato con Protección S.A para completar el capital con que se financian las pensiones de invalidez y sobrevivencia de los afiliados al fondo, de este modo las pretensiones de la acción son completamente ajenas a los deberes de la entidad por lo que solicita ser desvinculada de la presente.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado denegó el amparo del derecho, ya que consideró improcedente la acción.

Para llegar a tal conclusión la A-quo argumentó que el amparo del derecho solo es procedente por medio de la acción de tutela cuando se reúnen los siguientes requisitos, i) que se trate de la protección de un derecho fundamental, ii) que el derecho se encuentre vulnerado o amenazado, iii) que la amenaza o violación se produzca por acción u omisión, iv) que la acción u omisión la haya efectuado una autoridad publica o un particular en las condiciones constitucionales, v) que no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se interponga como transitorio para evitar un perjuicio irremediable, vi) que la acción judicial ordinaria para la defensa del derecho no haya caducado o prescrito y que, en caso de que sea necesario agotar la vía gubernativa, se hayan formulado a tiempo los recursos procedentes y necesarios.

Estudiando el presente caso, afirma la jueza que la PCL debe realizarse con base en el manual único para la calificación de invalidez, reglamentación que fue atendida por las accionadas que además notificaron el resultado del dictamen al señor José Vidal para que tomara las decisiones pertinentes frente al resultado obtenido, pero guardó silencio por lo que adquirieron firmeza esos actos administrativos, razón por la cual las accionadas se negaron a realizar una nueva valoración, posición que en criterio de la jueza se ajusta a la legalidad y no limita el derecho a la seguridad social del actor. Agrega que el actor puede acudir por su cuenta a la Junta Regional de Calificación para someterse a una nueva valoración, e incluso tiene a su disposición la justicia ordinaria laboral para exponer su inconformidad a través del proceso que permita definir si hubo error o no en la posición adoptada por las entidades accionadas, por lo que resulta innegable que existe otro medio idóneo de defensa para dirimir la inconformidad, razones que resultan suficientes para indicar que no resulta procedente la acción de tutela.

Por último, señaló que la acción de tutela no es el camino que debió recorrer el señor Vidal Gómez, pues no se observa que se le esté causando un perjuicio irremediable de no darse una nueva calificación, de tal suerte que esta vía resulta improcedente.

#### Impugnación

El accionante impugnó la decisión arguyendo que el despacho hizo caso omiso a sus condiciones de salud, que están evidenciadas en los dictámenes objeto de la presente discusión pues ambos le dan un porcentaje superior al 50% de PCL, lo que lo hace un sujeto de especial protección constitucional, adicional a esto no percibe ningún emolumento que lo ayude en su subsistencia lo que hace inapropiado que el juzgado indique que no encuentra ningún daño irremediable.

Señaló frente al silencio que guardó ante los dictámenes, que este fue producto de su desconocimiento en el tema pues en ese momento no estaba asesorado por ningún tercero que tuviera conocimiento y que al solicitar asesoría en las oficinas de Protección S.A, un funcionario le indicó que no tenia derecho a interponer el recurso de apelación pues no contaba con el numero de semanas requeridos para acceder a la pensión de invalidez, asesoría que lo indujo a error.

Por lo anterior solicita que se revoque el fallo de primer grado que denegó la acción, y en consecuencia se acceda a tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la salud y seguridad social; y así mismo se deje sin efectos el dictamen del 27 de junio de 2016 emitido por Sura a través de Protección S.A y el dictamen del 4 de abril de 2016 emitido por Asalud Ltda a través de Colpensiones y en consecuencia se ordene a estas entidades realizar un nuevo dictamen de calificación teniendo en cuenta la historia clínica y el expediente administrativo emitido por el Ejercito Nacional.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Hay lugar a dejar sin efecto los dictámenes de perdida de capacidad laboral emitidos por los fondos de pensiones, cuando no se les apeló en su oportunidad?

**5.2 Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela**

En la sentencia T-003 de 2014, la Corte Constitucional expuso, con relación a la subsidiariedad de la acción de tutela lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo: “La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.*

*En suma, la acción de tutela solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Ello con el fin de evitar que este mecanismo excepcional, se convierta en principal”*

**5.3 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se comparten los argumentos esgrimidos por la jueza de instancia con relación a la improcedencia de la acción de tutela, en vista de que el accionante no interpuso recurso alguno en contra del dictamen emitido por Asalud Ltda ni tampoco frente al emitido por Seguros Sura, a pesar de que en la notificación de ambos dictámenes se le informó que tenia la faculta de interponer recurso de apelación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, como se hace visible a fl. 143 y 116 respectivamente, quedando así demostrado que no se agotó el trámite administrativo previsto para estas situaciones.

 Por otra parte no observa la Sala que en la emisión de dichos dictámenes se haya violado el debido proceso y/o se haya desconocido la historia clínica del actor. Por el contrario, en la misma acción de tutela el actor reconoce que recibió de parte de Protección la devolución de saldos, razón demás para negar el amparo, toda vez que es evidente que la pretensión del actor en el sentido de dejar sin efectos los dos dictámenes que se le realizaron por cada uno de los Fondos de Pensiones, requiere un gran debate probatorio que no es posible en esta acción por la brevedad des sus términos.

 Con todo, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 24 del Decreto 2463, por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez; el señor Vidal Gómez, puede acudir por su cuenta ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que emita un nuevo dictamen de PCL, previo aviso a la AFP o entidad a cargo del reconocimiento de la prestación. En defecto de lo anterior, como ya se anunció, puede acudir directamente a la justicia ordinaria laboral.

En ese orden de ideas, se confirma la sentencia de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 30 de abril de 2018, por las razones expuestas en el presente caso.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario