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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRETENSIÓN DE QUE SE MODIFIQUE LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL / DEBEN UTILIZARSE EN VISTA DEL PROFUNDO ANÁLISIS PROBATORIO QUE REQUIERE EL ASUNTO.**

… si bien la acción de tutela es un derecho constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

Sobre la procedibilidad de la tutela:

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela 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” …

… una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto…

… encuentra la Colegiatura que, aunque se sabe que en efecto la señora ELIANA padece una serie de patologías que no solo la limitan desde el punto de vista laboral, sino que también afectan su calidad de vida, ello per se no puede traducirse en que en su caso sea necesaria la intervención del juez de tutela para dirimir un asunto que va más allá de ordenarle a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pronunciarse nuevamente respecto a un tema sobre el cual ya emitió su concepto, se dice esto, porque es evidente que la inconformidad de la parte actora con los dictámenes plurimencionados radica en que si se mantiene la postura de que la fecha de estructuración de la invalidez de ELIANA OROZCO es del 8 de enero del año 2015, ella no puede acceder a la pensión de invalidez…

… dentro del presente asunto no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable que implique la intervención urgente del Juez de tutela para paliar la situación de la señora ELIANA OROZCO POSADA, pues a pesar de todo lo aportado en el expediente, en ello no se observa que ella se encuentre en una situación tal que le sea imposible poder interponer una demanda laboral ordinaria para que sea revisado el dictamen definitivo emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez…

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Hora: 2:40 p.m.

Aprobado por Acta No. 169

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001 31 87 003 2020 00043 01 |
| **Accionante:**  | Eliana Orozco Posada |
| **Accionado:** | Junta Nacional de Calificación de Invalidez  |
| **Procedencia:** | Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad  |
| **Decisión:**  | Confirma  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **ELIANA OROZCO POSADA**, contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira el 16 de diciembre de 2020, mediante el cual resolvió negar el amparo reclamado en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la AFP PROTECCIÓN**.

**ANTECEDENTES:**

El abogado José Orlando Cardona Restrepo, como representante judicial de la señora ELIANA OROZCO POSADA, presentó acción de tutela contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la AFP Protección, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, buena fe, petición y seguridad social, ello con base en los siguientes hechos:

* El 26 de abril de 2015, la señora ELIANA, en atención a diversas patologías que la aquejan, fue calificada por la AFP Protección con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 83.1%, por enfermedad de origen común y estructurada el 08 de enero de 2015, decisión que le fuera notificada el 05 de julio de 2016. Para ese entonces, a pesar del porcentaje que se le calificó, ella tenía la expectativa continuar laborando con algunas limitaciones moderadas, razón por la cual siguió cotizando al sistema de seguridad social.
* Pasados tres años desde el dictamen previo, y al ver que su estado de salud continuaba desmejorando, se le solicitó a la AFP Protección la revisión de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, lo cual fue negado mediante decisión del 02 de octubre de 2018, sin ofrecerle la posibilidad de interponer recursos en contra esa determinación y sin remitir su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.
* En atención a esa situación, la actora, decidió acudir de manera directa ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda para que se revisara su PCL; esa junta se pronunció mediante dictamen del 23 de octubre de 2019, indicando una pérdida de capacidad laboral del 85.60%, sin posibilidad de ejercer rol laboral alguno por restricciones completas, con una fecha de estructuración el 08 de enero de 2015.
* Inconforme con la fecha de estructuración de la invalidez, el representante judicial de la actora, presentó el 07 de noviembre de 2019 escrito de reposición y en subsidio de apelación de la decisión referida, indicando que la invalidez de la señora OROZCO debía tener como fecha de estructuración el momento en que se agotaron sus posibilidades de recuperación y se determinaron restricciones completas para laboral, en especial teniendo en cuenta que ella continuó cotizando al sistema de seguridad social hasta diciembre de 2019.
* Después de haber tenido que interponer acción de tutela para que se diera trámite a los recursos interpuestos contra el dictamen en mención, se logró que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se pronunciara respecto al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, lo cual se dio el 12 de noviembre de 2020 mediante dictamen No. 1093218030-34468, en el que, indica el libelista, se excluyeron en su totalidad todos los documentos probatorios aportados en 68 folios el 06 de noviembre de esa anualidad, tendientes a demostrar que la fecha de estructuración de la invalidez no era el 08 de enero de 2015, sino que la misma era posterior, esto es cuando los médicos determinaron que no había ninguna posibilidad de recuperación para la paciente y por ende sus restricciones laborales eran totales, por ende la decisión respecto a la situación planteada se tomó solo con base en lo existente dentro del expediente remitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, además de que no se citó a la paciente para su valoración.

Considera el libelista que con todo lo anterior a su representada se le han vulnerado sus derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, pues la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no revisó su asunto de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1072 de 2015.

**PRETENSIONES:**

Por lo anterior, solicitó que se tutelen los derechos fundamentales de la señora OROZCO POSADA y en atención a ello, se le ordene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitir un nuevo dictamen teniendo en cuenta los referentes jurisprudenciales respecto a la existencia de enfermedades crónicas, progresivas, permanentes e irreversibles como modificación del rol laboral, en condiciones especiales por restricciones completas, sin posibilidad de rol ocupacional, con la inclusión de todos los fundamentos de calificación aportados junto con el escrito de apelación.

Además de ello, solicitó que se le ordene a la AFP Protección pagar los honorarios correspondientes a las Juntas de Calificación de Invalidez en sus dos instancias.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el 03 de diciembre de 2020 ordenando correr traslado de la actuación a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho de defensa.

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, el Juez de primer nivel resolvió mediante sentencia del 16 de diciembre de 2020 negar por improcedente el amparo de los derechos reclamados, al considerar que la accionante puede acudir a otros medios de defensa judicial establecidos en la jurisdicción laboral y administrativa para lograr que allí se dirima el conflicto planteado, que en el fondo está encaminado es a que a la señora ELIANA OROZCO POSADA se le reconozca la pensión por invalidez.

**IMPUGNACIÓN:**

El Letrado que representa los intereses de la señora OROZCO POSADA presentó de manera oportuna impugnación al fallo de primera instancia, indicando no estar de acuerdo con el mismo, porque en este se desconocieron los derechos fundamentales de su prohijada y no se tuvo en cuenta que ella, dada sus condiciones de salud, se encuentra ante un daño actual e inminente que le causa un perjuicio irremediable. Además de eso, el A-quo en ningún momento hizo revisión alguna de los temas centrales de la tutela, como por ejemplo la violación al debido proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral de la accionante, quien se ha visto sometida por las entidades accionadas a un proceso que se ha extendido en el tiempo y que hasta ahora ha sido mal manejado desde el punto de vista de las normas que regulan el tema.

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión de instancia y en su lugar se tutelen los derechos reclamados y se le ordene a las entidades encartadas, proceder a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral teniendo en cuenta todo lo aportado junto al escrito de apelación del dictamen emitido en el año 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1983 de 2017.

**Problema jurídico:**

En el presente asunto le corresponde a esta Corporación determinar, si en el presente asunto las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales invocados por el representante judicial de la accionante, entre ellos, el debido proceso, y por ende se debe ordenar que se profiera de nuevo el acto administrativo por medio del cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda el 23 de octubre de 2019.

**Solución:**

Conforme con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares (de manera excepcional), lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se le hace al fallo de primer nivel que negó el amparo a los derechos invocados, al precisar básicamente que en el caso del accionante le asiste otros medios de defensa judicial que le permite buscar una solución a la controversia aquí planteada.

Para entrar a analizar el problema jurídico hay que tener en cuenta primero que, si bien la acción de tutela es un derecho constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela 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”.* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA.*La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar cuál es la norma a aplicar o inaplicar en cada caso concreto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable. Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.  De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.  Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” [[1]](#footnote-1)*

En ese orden de ideas, el juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. No obstante, la regla general de solución de controversias laborales por parte de la jurisdicción competente [ordinaria o contenciosa], paralelamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, de manera excepcional ante ciertas circunstancias, puede abrirse paso la acción de tutela para resolver ese tipo de conflictos…”.[[2]](#footnote-2)*

La acción de tutela no es, por tanto, 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”, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional así:

*“… también se concibe como una medida judicial subsidiaria y residual, en tanto que sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, a menos que* ***se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se puede acudir a las acciones y recursos ordinarios****. Por lo mismo es claro que el constituyente no consagró con la tutela una vía procesal alternativa o paralela a las comunes para hacer valer los derechos, de manera que únicamente podrá utilizarse la figura en cuanto el interesado carezca de otra vía procesal para defender un derecho fundamental, y sólo esta clase de derechos…” [[3]](#footnote-3)*

Por manera que, si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

**El caso concreto:**

En el presente asunto, el apoderado de la accionante pretende que el Juez de tutela teniendo en cuenta las condiciones de salud de su representada, quien padece una serie de patologías descritas a folio 39 del cuaderno electrónico de tutela, determine la procedencia de esta acción y en consecuencia de ello, se le ordene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pronunciarse nuevamente sobre la apelación que interpusieran en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda el 23 de octubre de 2019, teniendo en cuenta lo que ellos remitieron como anexos a esa apelación, eso con el fin de evitarle a ella un perjuicio irremediable dado el daño inminente al que se está viendo sometida por la vulneración al debido proceso.

Revisado el presente asunto a la luz de lo que se ha dicho en precedencia, encuentra la Colegiatura que, aunque se sabe que en efecto la señora ELIANA padece una serie de patologías que no solo la limitan desde el punto de vista laboral, sino que también afectan su calidad de vida, ello per se no puede traducirse en que en su caso sea necesaria la intervención del juez de tutela para dirimir un asunto que va más allá de ordenarle a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pronunciarse nuevamente respecto a un tema sobre el cual ya emitió su concepto, se dice esto, porque es evidente que la inconformidad de la parte actora con los dictámenes plurimencionados radica en que si se mantiene la postura de que la fecha de estructuración de la invalidez de ELIANA OROZCO es del 8 de enero del año 2015, ella no puede acceder a la pensión de invalidez por cuanto, como se lo indicó la AFP Protección cuando le negaron dicho reconocimiento pensional, ella no cumple con el requisito de las semanas mínimas cotizadas hasta antes de esa fecha para acceder a la prestación; de allí que estemos ante un caso en donde no solo se debe revisar la actuación de la entidad accionada, sino que se debe apreciar todo el contexto que rodea la problemática planteada, lo que hace que surja como evidente la necesidad de que la situación de la accionante sea dirimida por un juez laboral.

En ese orden de cosas, a pesar de lo dicho por el apelante, dentro del presente asunto no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable que implique la intervención urgente del Juez de tutela para paliar la situación de la señora ELIANA OROZCO POSADA, pues a pesar de todo lo aportado en el expediente, en ello no se observa que ella se encuentre en una situación tal que le sea imposible poder interponer una demanda laboral ordinaria para que sea revisado el dictamen definitivo emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y de paso, porque no, definir de una vez si ella tiene derecho o no al reconocimiento pensional por invalidez.

En conclusión, la presente acción resulta improcedente toda vez que existe otro mecanismo judicial al cual puede acudir la parte accionante para buscar allí la resolución del problema jurídico aquí planteado y bajo esas circunstancias lo lógico es que se proceda a confirmar el fallo adoptado en primera instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido el 16 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**LUZ STELLA RAMIÍREZ GUTIÉRREZ**

Magistrada

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T -254 de 1993 [↑](#footnote-ref-3)