



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintinueve (29) junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: TUTELA.
PROCESO: 70001-33-33-003-2017-00119-01.
DEMANDANTE: BERNARDA PATRICIA JARABA ÁLVAREZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y NUEVA EPS S.A.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE, el día 22 de mayo de 2017, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró **BERNARDA PATRICIA JARABA ÁLVAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-** y la **NUEVA EPS S.A.**

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

La actora presentó Acción de Tutela en contra de **COLPENSIONES Y LA NUEVA EPS S.A.** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, salud, seguridad social, mínimo vital y móvil.

1.1.1. RESEÑA FÁCTICA:

Sostiene la demandante que desde el año 2008 hasta la fecha, padece diversas molestias de salud, asociadas a la patología lumbar; por tal motivo, solicitó a COLPENSIONES establecer su pérdida de capacidad laboral, entidad que a través de

dictamen del día 11 de febrero de 2014 decretó, que la referida pérdida de capacidad era del 25.94%.

Señaló que, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral referenciado anteriormente, fue modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; toda vez que este correspondía al 38.45%; decisión que fue confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 16 de junio del 2016.

Comentó la actora que la decisión tomada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 16 de junio del 2016 imposibilita obtener una Pensión por Invalidez, y que por las razones expuestas le toca seguir cumpliendo con las actividades de su trabajo con dificultad, ya que estas se tornaron más agudas, tal como consta en su historia clínica.

Además manifestó que, por causa de su estado de salud se han generado a su favor varias incapacidades laborales, las cuales han sido reconocidas y pagadas parcialmente por las entidades accionadas.

Aseguró que, mediante derecho de petición calendado 7 de febrero de 2017 le solicitó a COLPENSIONES certificar las incapacidades que se encontraran a su cargo; el cual fue resuelto mediante Oficio BZ2017-1315799-03400007 de fecha 16 de febrero de 2017 y que en efecto dice "... es procedente el reconocimiento de incapacidad general desde el día 181 hasta la fecha de calificación de la pérdida de capacidad laboral, completándose un total de 273 días."

Así mismo, esgrimió la accionante que el reconocimiento señalado en el párrafo precedente no se encuentra conforme al artículo 142 del decreto 019 de 2012; puesto que COLPENSIONES solo canceló 273 días de incapacidad laboral contados estos desde el día 181, sin embargo debió pagar 360 días para así completar un total de 540 días.

Finalmente afirmó, que luego de haber transcurrido sus primeros 540 días de incapacidad el galeno tratante le otorgó sendas incapacidades laborales; las cuales iniciaron el 16 de abril del 2014, finalizando el 31 de diciembre de 2016, sin que a la fecha hayan sido reconocidas y pagadas por la NUEVA E.P.S; quien es la facultada para tales fines, en atención a lo preceptuado en el artículo 67 de la ley 1753 del 2015.

1.1.2. LAS PRETENSIONES:

Pretende la parte accionante que se le tutelen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia:

- Se le ordene a COLPENSIONES al pago de las incapacidades laborales, teniendo en cuenta el pago realizado y hasta la fecha en que debió cancelar dichas incapacidades, es decir hasta los 540 días de incapacidad.
- Que se le ordene a la NUEVA EPS pagar las incapacidades laborales que se le reconocieron, generadas a partir de los 540 días y las que en adelante se sigan causando, de acuerdo a la normatividad pertinente.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 10 de mayo de 2017 (fol. 21- 104).
- Admisión: 11 de mayo de 2017 (fol. 105).
- Notificación a las partes: 11 de mayo de 2017 (fol. 106-108).
- Contestación de la demanda: 18 de mayo de 2017 (fol. 109-115).
- Sentencia de primera instancia: 22 de mayo de 2017 (fol. 118 -122).
- Impugnación: 26 de mayo de 2017 (fol. 129-132).
- Concesión de la impugnación: 30 de mayo de 2017 (fol. 134).

1.2.1. DE LOS INFORMES RENDIDOS.

1.2.2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES— COLPENSIONES:

Manifestó que la presente acción de tutela es improcedente para endilgarle a la entidad cualquier responsabilidad, toda vez que la llamada a reconocer y pagar las incapacidades laborales reclamadas es la Nueva E.P.S, puesto que el artículo 67 de la Ley 1753 del 2015 preceptúa que las E.P.S son las competentes para reconocer y pagar las precitadas incapacidades cuando superan 540 días continuos.

1.2.2.1. LA NUEVA E.P.S: No contestó la acción de tutela.

1.3. LA SENTENCIA IMPUGNADA¹.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, luego de hacer un análisis de los medios probatorios que reposan en la demanda y los hechos narrados, sometiéndolos a las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales, determinó que, el presente litigio no se debe adelantar y dirimir a través de la jurisdicción constitucional; dado que la parte accionada no logró demostrar que padece o se encuentra a las puertas de sufrir un perjuicio irremediable, que requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar la vulneración de los derechos fundamentales invocados en el escrito genitor.

Igualmente manifestó el A-quo, que la mora en el pago de las incapacidades que compromete los derechos fundamentales de la accionante se encuentra desvirtuada, toda vez que en los hechos de la demanda se expresó que, se encuentra laborando; lo que quiere decir que su mínimo vital y móvil no se encuentra afectado o vulnerado, dado que el salario que recibe como contraprestación del servicio prestado le permite solventar sus necesidades básicas. Razones estas, por las cuales se resolvió denegar la acción de tutela instaurada.

1.3.1. LA IMPUGNACIÓN².

La accionante inconforme con la decisión, impugna el fallo a través de escrito presentado el 26 de mayo de 2017, reiterando lo dicho en el libelo demandatorio, y agregando que, no es viable considerar que, el hecho de que la actora se encuentre laborando no se vulnere el derecho al mínimo vital y móvil, *"dado que el salario que recibe como contraprestación del servicio prestado le permite solventar sus necesidades básicas"*; desconociendo que la finalidad del pago de las incapacidades, es sustituir el salario durante el tiempo en que el afiliado se encontró ausente del lugar del trabajo, el cual en el caso específico de la accionante representaba la única fuente de ingreso, configurándose así una violación a su derecho mínimo vital y móvil al no poder recibir por algunos meses su salario, lo que produjo que la actora adquiriera obligaciones dinerarias que se encuentran insolutas.

Por lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su

¹ Folio 118 a 122 C. Ppal.

² Folio 128 a 131 C.Ppal.

lugar, se conceda el amparo invocado.

1.3.2. ACTUACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

La impugnación de la presente acción de tutela le correspondió a este despacho por reparto de fecha 30 de mayo de 2017 (folio 2) y subió a conocimiento del Magistrado sustanciador el 31 de mayo de 2017 (folio 3).

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en si en el presente asunto, *¿es la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para buscar el reconocimiento de derechos de índole meramente económico-auxilio por incapacidades de origen común -, cuando existen medios de defensa ordinarios para ello, de los que no ha hecho uso en término, y no se demuestra un perjuicio irremediable, con el cual se acceda a ella como mecanismo transitorio?*

Para dar solución a los anteriores planteamientos, se abordaran los siguientes temas, **(i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia, **(ii)**, procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias económicas-indemnizaciones-incapacidades- y **iii)** El caso concreto.

2.2.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del

artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable³.

El Consejo de Estado se ha manifestado en el sentido de indicar que *"su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes"*⁴

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria⁵ no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno

³ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00. Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁶, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁷

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

⁶ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁷ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto:

Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibles acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable⁸:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.⁹" (Negritas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

⁸Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

2.3. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA. PROCEDENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE CARÁCTER ECONÓMICO- AUXILIOS POR INCAPACIDAD DE ORIGEN COMÚN.

Sea lo primero advertir que, jurisprudencialmente se ha trazado un precedente respecto al tema de la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios, dejando clara la tesis de que, la procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones sociales no puede desconocer el ordenamiento jurídico que prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de los derechos en cumplimiento del debido proceso. De esta forma, por regla general las acreencias laborales a que el trabajador tenga derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista afectación del mínimo vital y se hayan agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia.

Así las cosas, la H. Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada la imposibilidad, como regla general, de buscar la protección de dichos derechos por este mecanismo tras la existencia de otros medios judiciales idóneos y que son competencia ya sea de la justicia ordinaria laboral o de la justicia contenciosa administrativa, según el caso; sin embargo, de manera excepcional la Corte permite el reconocimiento de estos derechos, siempre y cuando se trate de personas de la tercera edad y cumplan con los requisitos señalados por dicha corporación en relación con: "*(i) a la afectación del mínimo vital o de otros derechos constitucionales como la salud, la vida digna o la dignidad humana, (ii) a la demostración de cierta actividad administrativa y judicial desplegada por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iii) a que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados*"¹⁰.

Por consiguiente, se puede observar que dicha postura varía cuando pueda vislumbrarse un perjuicio inminente e irremediable, que afecte bienes jurídicamente protegidos, por lo que se ha señalado entonces, que excepcionalmente procede la tutela como mecanismo para conjurar la vulneración

¹⁰ Ver Sentencias T-782 de 2014, T-249 de 2006, T-055 de 2006 y T-851 de 2006.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha mencionado:

"La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida como un mecanismo de defensa judicial, al cual puede acudir cualquier persona, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados en la ley.

(,,)

En aplicación de dicho mandato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden laboral, como es el caso de las incapacidades, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa laboral. No obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa¹¹(Negrillas de la Sala).

En igual sentido la H. Corporación expuso:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador¹², quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia...

(,,).

Del análisis de las premisas enunciadas se colige que el no pago de la incapacidad por enfermedad general acarrea la pérdida de ingresos para un trabajador inactivo laboralmente por enfermedad debidamente comprobada. El sujeto de derecho que omite dicho deber vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del trabajador incapacitado, motivo por el cual se considera que la acción de tutela debe proceder para salvaguardar sus pretensiones.¹³(Destacado de la Sala).

Para ampliar un poco más el tema, valga la pena traer a colación otro de los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, que al respecto se destaca¹⁴:

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-920 de 2009. M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

¹² Ver Sentencia T-786 de 2010.M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-018 de 2010. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-097 de 2015. M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

"Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.

A su vez, la Corte Constitucional estableció que "el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia..

De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna.

Por último, cabe señalar que en la sentencia T-404 de 2010. Se reiteró que ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. La Sala primera de revisión aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Al respecto indicó:

Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable"(Destacado de la Sala).

En síntesis el Máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional, concluyó respecto al tema que, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades, y puntualmente aquellas que superan los 180 días, señaló que, surgen varias hipótesis a saber: **i)** que el trabajador sea calificado con

pérdida de capacidad laboral de menos del 50% o, **ii)** que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%.¹⁵

En el primer escenario, corresponde el reintegro del trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral¹⁶.

El H. Consejo de Estado¹⁷, no ha sido ajeno al tema, sobre el particular ha manifestado:

"Es menester precisar que el escenario adecuado para reclamar prestaciones económicas como el subsidio por incapacidad laboral es la jurisdicción ordinaria, a través de los procedimientos y juicios dispuestos por el legislador

¹⁵ Breves Precisiones respecto al marco normativo aplicable al pago de incapacidades laborales superiores a 180 días, derivadas de una causa común:

- En cuanto al pago de incapacidades de origen común, el primer referente jurídico es el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó el "Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad"
- Respecto de las incapacidades que no superen los 180 días, la primera norma que reguló el tema fue el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 227 consagró el valor del "auxilio monetario por enfermedad no profesional".
- En virtud de lo señalado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el pago de las incapacidades desde el día 4 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S. A su vez, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador.
- Por otra parte, entrando al estudio de la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones.
- A su turno el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días.
- Aunado a lo anterior, cuando la incapacidad supera los 180 días que prevé el citado marco normativo, los subsiguientes pagos deben ser asumidos por la respectiva administradora de fondos pensionales, hasta por 360 días más¹⁰, siempre que se verifique el trámite dispuesto para ello, pues, de lo contrario, tal responsabilidad continuaría en cabeza de la E.P.S (Lo que genera un marco jurídico de protección para el trabajador que se puede extender hasta, por lo menos, 540 días).

¹⁶ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-404 de 2010, T—727 de 2011, T-729 de 2012, T-733 de 2013 y T-004 de 2014.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. sentencia del 19 de febrero de 2015. Consejera Ponente. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Radicado. 11001-03-15-000-2014-03259-00.

para la concreción de las garantías conferidas al trabajador, o la Superintendencia de Salud en los términos de la Ley 1438 de 2011, según corresponda.

(..)

*Se trata de un apoyo económico que, desde la óptica del constitucionalismo, adquiere una importante connotación para el trabajador. Sin embargo, ello no implica, per se, que para su protección efectiva el juez de tutela desplace del conocimiento del asunto al laboral. Habida cuenta que la cláusula general de competencia, para estos casos, se encuentra depositada en el juez laboral. **Para conocer de reclamaciones asociadas al pago de una incapacidad laboral, la jurisdicción constitucional se activa solo de manera excepcionalísima.** El advenimiento de esa circunstancia se encuentra supeditado a la verificación de ciertos factores:*

"las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; [ii] si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, [iii] su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto"¹⁸ (Destacado de la Sala)

Teniendo en cuenta los amplios pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, es claro entonces que la acción de amparo procede para obtener el pago de incapacidades laborales, cuando la no cancelación de las mismas amenaza derechos fundamentales tales como el mínimo vital, la salud, la seguridad social, entre otros, que ante su evidente vulneración, se causaría un perjuicio irremediable.

2.3.1. EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, en el sub examine la parte actora persigue que por vía de acción de tutela se le reconozca y ordene el pago de unas incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común.

Para sustentar las súplicas del mecanismo de amparo, se aportaron al plenario las siguientes documentales¹⁹:

- Cédula de ciudadanía de la señora Bernarda Patricia Jaraba Álvarez.
- Copia del dictamen expedido por COLPENSIONES, del 11 de febrero del 2014, donde consta que la señora Bernarda Patricia Jaraba Álvarez ostenta una pérdida de capacidad laboral del 25.94%.
- Copia de la comunicación del dictamen de pérdida de Capacidad Laboral, mediante el cual COLPENSIONES le informa a la accionante que presenta una

¹⁸ Cita tomada de la sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Folio 23 a 103 C.Ppal.

pérdida de capacidad laboral del 25.94%, de origen enfermedad y riesgo común, con fecha de estructuración del 20 de enero del 2014.

- Copia del formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la Invalidez de fecha 8 de julio del 2014, a través del cual la junta de calificación de Invalidez de Cartagena-Bolívar determinó que la accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 34,45%.
- Copia del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 16 de junio del 2016, donde se concluyó que la accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 38,45% de riesgo común y con fecha de estructuración del 29 de noviembre del 2013.
- Historia clínica de la señora Bernarda Jaraba Álvarez, donde reposa que desde hace varios años padece de Fibromialgia Crónica.
- Contestación a solicitud de Reconocimiento y pago de incapacidad laboral que presento la señora Bernarda Jaraba Álvarez; mediante el cual esta entidad le informó el 16 de febrero del 2017 a dicha peticionaria que "era procedente el reconocimiento de incapacidad generales desde el día 181 hasta la fecha de calificación de la pérdida de capacidad laboral, completándose un total de 273 días reconocidos.
- Copia de las incapacidades laborales otorgadas a la señora Bernarda Jaraba Álvarez.

• **ANÁLISIS DE LA SALA:**

Revisado el haz probatorio y las premisas sentadas en acápites precedentes, la decisión de primera instancia que denegó la acción de tutela, será modificada en el entendido de declararla improcedente para ventilar este caso de litigios, lo anterior, por las siguientes razones:

La acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales no es procedente por regla general cuando existen otros medios de defensa judiciales para reclamar su protección, no obstante, el artículo 86 de la Constitución, establece que esta deberá ser revisada por el juez de tutela cuando a pesar de existir otros

procedimientos en la vía ordinaria se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable, lo cual es desarrollado en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala revisar cuáles son los mecanismos de defensa judiciales existentes en el ordenamiento de jurídico para solicitar el pago de incapacidades laborales así como la idoneidad y eficacia de los mismos cuando el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de *"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"*, así mismo, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con otros mecanismos ordinarios idóneos, como por ejemplo el procedimiento preferente y sumario desarrollado ante la Superintendencia Nacional de Salud, desarrollado en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, incluyendo dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, *"conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador"*.

Por lo anterior, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, tiene vía judicial ordinaria propia y eficaz, por lo que no podrían ser ventiladas a través de tutela.

En tal sentido y como quiera que, lo pretendido por la demandante, no es otra cosa, que el pago del auxilio económico derivado de unas incapacidades de origen común, ello escapa de la órbita de cobertura del mecanismo de amparo constitucional.

Como previamente se advirtió, por regla general, dada su naturaleza de mecanismo subsidiario de defensa judicial, la acción de tutela no es procedente para ventilar asuntos de naturaleza laboral y prestacional, pues para ello existen las acciones pertinentes ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante y de manera excepcional, se ha dispuesto la viabilidad

del amparo constitucional, en aquellos casos en que el accionante se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital, a la salud o a la vida digna, situación que no concurre en el caso de la señora BERNARDA PATRICIA JARABA ÁLVAREZ, pues como lo advirtió el A quo, en la actualidad la accionante se encuentra laborando, por lo que sus ingresos congruos se encuentran satisfechos.

En lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia²⁰, debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, siendo necesario realizar un análisis de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración encaminada más hacia lo cualitativo que lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana, el cual debe en todo caso, ser probado de manera siquiera sumaria, lo cual en el presente asunto no acaeció²¹.

Así las cosas, en el presente asunto, la tutela deviene improcedente, la cual dada su naturaleza subsidiaria y residual, no puede desplazar las reglas ordinarias de resolución de conflictos entre un afiliado al sistema de seguridad social y su ente gestor para la pretensión de pago del auxilio económico por incapacidad de origen común, amen que se no acreditó, que los mismos no resultan idóneos o eficaces, para resolver las pretensiones de la actora y obtener la prestación económica reclamada.

De la misma forma, no existe, al menos sumariamente, prueba de la existencia de un perjuicio irremediable que sustente transitoriamente el amparo constitucional, por lo cual este Tribunalm considera, en el caso que nos ocupa, la accionante debe acudir a las vías ordinarias ya expuestas.

²⁰ T-581 A/11

²¹ "Es importante resaltar que el accionante en la tutela no acreditó perjuicio irremediable, limitándose a indicar que "en la medida en que si no se ejerce una defensa por parte del juez de tutela, todo lo que sea dicho con posterioridad... quedará como simplemente letra muerta" (f. 7 ib.), sin expresar alguna circunstancia de debilidad manifiesta o conculcación que requiriere urgente amparo, recordándose que, de tal manera, que nada explica que la vía tutelar reemplace a la jurisdicción contenciosa administrativa, para verificar la legalidad del acto administrativo de supresión del cargo en cuestión" Corte Constitucional, sentencia T 204 de 2011.

3. CONCLUSIÓN:

Así las cosas, debido al carácter excepcional de la acción de tutela, esta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo entonces, que en este caso el mecanismo de amparo constitucional, no es la vía adecuada frente al reconocimiento y pago de una acreencia de índole meramente económico-incapacidades laborales-, pues la actora cuenta con otros recursos judiciales, los cuales resultan idóneos para la protección de sus derechos fundamentales que consideraba vulnerados. Además, no demostró siquiera sumariamente la causación de un perjuicio irremediable que conlleve a la afectación del mínimo vital, así las cosas y ante la inexistencia de vulneración del mínimo vital, claramente, en el caso concreto, no se llenan las condiciones jurisprudenciales para que la tutela sea la vía adecuada para dicho fin. Razones suficientes para **MODIFICAR** la decisión en sentido de declarar la improcedencia de la acción de tutela intentada.

4. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral primero de la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 22 de mayo de 2017 por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por BERNARDA PATRICIA JARABA ÁLVAREZ, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- y la NUEVA E.P.S De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Sentencia".

En lo demás **confírmese** la sentencia impugnada.

SEGUNDO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI. .

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, según consta en el acta No. 109.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA