



Valledupar, veinte (20) de enero del dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso:	Acción de Tutela
Rad. Nro.	20014003006-2019-01339-00
Accionante:	PATRICIA RIVERA OSORIO
Accionados:	EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A.AS ASERVIN S.A.De Oficioso COLPENSIONES, SALUD TOTAL EPS, ARL SURA Y A LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA.
Derechos Involucrados:	DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL ESTABILIDAD FORZADA.

En Valledupar, en la fecha antes indicada, el Juez sexto Civil Municipal, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales, especialmente las establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, dicta la siguiente SENTENCIA:

I. OBJETO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente ACCIÓN DE TUTELA, impetrada por PATRICIA RIVERA OSORIO; contra EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A.AS ASERVIN S.A., De Oficioso COLPENSIONES, SALUD TOTAL EPS, ARL SURA Y A LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA., Por la presunta violación del derecho fundamental al MINIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL.

II. ANTECEDENTES

Que mi poderdante la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, inicio a laboral con la empresa ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. ASERVIN.S. A. Con la modalidad por labor contratada. Que los contratos laborales se suscribieron de manera continua sin ninguna interrupción; por lo que anualmente le hacían el contrato laboral. Pero no había interrupción en él, como se puede observar en la historia laboral emitida por Colpensiones folio 15.

-Que la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, suscribió contrato para la fecha del mes de noviembre del año Dos Mil Catorce 2014. Que las funciones laborales que desempeñaba la señora RIVERA, era promotor pospago.

-Que el contrato suscrito entre las partes se suscribió para que se prestara el servicio a la empresa usuaria GLOBAL COMUNICACIONES S.A. en el municipio de Valledupar departamento del cesar. Que el último salario que devengo mi poderdante el del salario mínimo legal vigente.

-Que mi representada viene padeciendo de diversas enfermedades de origen común desde la fecha del mes de enero del año 2017. Como son las siguientes patologías. SÍNDROME SECO SJOGREN, POLIAETROPATIA INFLAMATORIA, ESCLERODERMA LOCALIZADO MORFEA, trastornos inflamatorios del ovario de la trompa de Falopio y de ligamento ancho, trastorno de adaptación, Cefalea, Lupus eritematoso sistémico, asma y otras patologías.

-Que las patologías mencionadas en el numeral anterior se hicieron progresivas, por lo que el estado de salud de la señora patricia cada día se deterioraba.

Por lo que la empezaron a incapacitar, incapacidad que se adjuntaran al libelo probatorio. Que, para la fecha del mes de febrero del año 2018, la despidieron estando incapacitada y estando en estado de

Debilidad manifiesta. Por lo que empezó a tramitar la calificación ante el fondo de pensiones Colpensiones para que la calificara y se le definiera el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. Y así iniciar un trámite de reintegro laboral. Por lo que Colpensiones mediante dictamen la califico en primera instancia mediante dictamen del mes de mayo del año en curso, donde le dan un porcentaje de la PCL del 25.49%. folios 16,17,1.

-Que se apeló el dictamen en primera oportunidad ante la JUNTA REGUIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA, para que resolviera el recurso. Que, para la fecha del mes de agosto del año 2019, la JUNTA REGUIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA, Mediante doctamente, resuelve el recurso de apelación, en donde le dan porcentaje de la PCL 52.68%. Folios 20 al 25, Que el dictamen al que me refiero en el punto anterior fue apelado por COLPENSIONES por lo que en estos momentos está en controversia. Cabe manifestarle al señor juez de que lo cierto es que hay varias patologías, y sea cual sea su origen la corte ha retirado jurisprudencialmente, sobre la protección laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta, la cual indica que no necesariamente debe estar incapacitado para ser beneficiario de la de lo protección, sino se debe Demostrar una disminución evidente en el estado de salud del empleado que afecte sus funciones laborales. Que para la fecha del despido mi mandante se encontraba en estado de protección especial por encontrarse en debilidad laboral reforzada teniendo en cuenta de que él se encontraba enfermo al momento que fue desvinculado laboralmente. Qué Para el despido de mi poderdante la demandada no solicito al inspector de trabajo "ministerio de trabajo", el permiso o la autorización para despedir, de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Que El único motivo que dio origen al despido de mi mandante, fue su estado de salud, el cual ha venido empeorando.

-Que la accionada le ha causado daños y perjuicios a la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, y a su núcleo familiar ya que mí acobijada es cabeza de familia que el núcleo familiar depende económicamente del accionante, por lo que el único medio de sustento es su trabajo ya, ,que no cuenta con los medios requerido para cubrir sus necesidades básicas.

Le ruego su señoría que sea usted atreves el poder que le confiere el estado y la constitución nacional, proteja los derechos fundamentales a la señora PATRICIA a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la salud y que hasta el momento no tiene ingresos.

De igual manera tenga en cuenta de que una demanda ordinaria tardaría meses tal vez años, en solucionar este litigio y afectaría los derechos fundamentales como el del mínimo vital, y el de la seguridad social, ya que por la condición de la accionante al tener una PCL laboral profunda, sumándole las patologías crónicas, sumándole la situación económicamente por lo que se estaría frente a un perjuicio irremediable.

III. PETICIÓN

Que se protejan los derechos fundamentales al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, entendida como VIDA DIGNA y a la DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, Y ESTABILIDAD REFORZADA , y por consiguiente:

PRIMERO. Que le sean amparados sus derechos fundamentales por la violación a los DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD AL DE LA SALUD, una VIDA DIGNA y la DIGNIDAD HUMANA, a la IGUALDAD y al MINIMO VITAL MOVIL, a la IGUALDAD al TRABAJO a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA por estar arrojados por un padre cabeza de familia.

SEGUNDO. Que se declare la INEFICACIA del despido laboral.

TERCERO. En consecuencia, solicito ORDENAR la empresa, ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. ASERVIN.S. A. Que REINTEGRE, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que dentro la 48 hora a partir de la notificación de la providencia REINTEGRE a la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, al cargo que desempeñó hasta el día quince (15) de febrero del año Dos Mil Dieciocho (2018) u otro igual o similar.

CUARTO. ORDENAR la empresa, ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. ASERVIN.S. A que por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que dentro la 48 hora a partir de

la notificación de la providencia. Le reconozca y Cancele a la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, a la indemnización por 180 días de salario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

QUINTO. ORDENAR la empresa ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. ASERVIN.S. A. que por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que dentro la 48 hora a partir de la notificación de la providencia pague los salarios y prestaciones sociales que legalmente le corresponden y efectúe los aportes al sistema de general social.

SEXTO. Prevenir al REPRESENTANTE LEGAL, de que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que le dieron merito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionados conforme lo Dispone el artículo 52 de 1 decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

IV. PRUEBAS

4.1. DEL ACCIONANTE:

- Cedula de ciudadanía de la señora demandante (copia simple)
- Historia clínica emitida por colpensiones (copia simple)
- Dictamen por colpensiones en primera instancia (copia simple)
- Certificados laborales (copia simple)
- Incapacidades y certificaciones de incapacidades (copias simples)

4.2. DE LA ACCIONADA:

-EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. "ASERVIR S.A".

No apporto

-Las demás accionas aportaron sus certificaciones de existencia y representación

V. TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por auto de fecha 17 de septiembre del dos mil diecinueve (2019), se admitió la solicitud de tutela y se notificó a las accionada EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. "ASERVIR S.A" para que en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la comunicación, rindieran informe con respecto a los hechos materia de la acción.

DE oficio: COLPENSIONES A SALUD TOTAL EPS, ARL SURA Y a la JUNTA DE CALIFICACIONES DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA., para que en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la comunicación, rindieran informe con respecto a los hechos materia de la acción.

VI. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

6.1. EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. "ASERVIR S.A.:

Fue debidamente notificada por medio de Oficio No.013 de 13 de enero del 2020, no dio contestación alguna.

6.2 JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIONES DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA

Fue notificada por medio de oficio No. 017 del 13 de enero del 2020.no dio contestación alguna.

6.3. ARL SURA

Fue notificada por medio de oficio No. 016 del 13 de enero del 2020, "manifestando que al revisar nuestro sistema de información, no se reportó durante su cobertura con ARL SURA ningún evento como accidente de trabajo, y tampoco presentó ninguna enfermedad laboral a cargo de ARL SURA; así mismo confirmamos que en el caso de la señora Rivera, no hemos sido notificados de ningún proceso de calificación de origen adelantado por alguna entidad de seguridad social. ARL AXA COLPATRIA última ARL de afiliación de la accionante".

"De otro lado, revisando los anexos de la tutela encontramos certificado del empleador de la accionante, en el que indica que la ARL de la accionante es AXA COLPATRIA asi Según se desprende de los hechos narrados en la acción de tutela, la señora Rivera

Presenta patologías varias que no guardan ninguna relación con su actividad laboral (POLIARTROPTIA INFLAMATORIA, ESCLERODERMIA, TRASTORNO OVARI CO, LUPUS, ASMA, CEFALEA, TRASTORNO DE ADAPTACIÓN, SINDROME SJOGREN), por lo anterior todas las prestaciones que requiera por esta patología tanto asistenciales como económicas deben ser asumidas por la eps y fondo de pensiones a los cuales se encuentre afiliada la señora Rivera, y será el fondo de pensiones el encargado de calificar la pérdida de capacidad laboral y definir si cumple los requisitos para que se reconozca una eventual pensiones por invalidez de origen común.

En el caso de la señora Rivera, se informa en los hechos de la acción de tutela, que presenta proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral por enfermedad común, y actualmente se encuentra en trámite en juntas de calificación de invalidez, aclaramos que los dictámenes que emitan las juntas de calificación no son notificados a ARL SURA por no ser la última ARL de la señora Rivera".

Por consiguiente "De hecho en los anexos de la tutela se observa que la accionante cuenta con calificación de invalidez de origen COMUN, razón por la que las únicas llamadas a responder por ello son la EPS y AFP a la que se encuentre afiliada la accionante. Conforme a la respuesta dada a los hechos, las pruebas adjuntas y el fundamento jurídico y jurisprudencia', solicito de manera respetuosa Señor Juez, NEGAR el amparo constitucional solicitado por la parte accionante y, en consecuencia, declarar la IMPROCEDENCIA de esta acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de ARL SURA. Se vincule a la presente acción de tutela a la ARL AXA COLPATRIA a la que se encuentra afiliado para que responda por las prestaciones asistenciales y económicas reclamadas por el accionante en el presente escrito; de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo estipulado en el artículo 61 del Código General del Proceso".

6.4. SALUD TOTAL EPS.

Fue notificado por medio de oficio No.015 de enero del 2020,"manifiesta que la señora se encuentra afiliada a l régimen de salud total eps, bajo el régimen subsidiado, contando con todos los servicios médicos, y es claro que estamos frente a una FALTA DE LEGITIMACION DE LA CAUSA POR CAUSA PASIVA, ya que nunca ha existido la vulneración de un derecho fundamental como tal, por lo que se sirve DENEGAR la presente acción de tutela, sobre todo si se parte de la base que mi representada no es la empleadora de la tutelante."

6.5. COLPENSIONES:

Fue notificada por medio de oficio No. 014 del 13 de enero del 2020."manifestando que la empresa ASERVIN S.A dio por terminado el contrato laboral con la señora PATRICIA RIVERA OSORIO a pesar que se encontraba en estado de protección especial por estar enferma y en trámite de calificación de PCL. De acuerdo a lo anterior, se precisa señor Juez que la petición elevada por la señora PATRICIA RIVERA OSORIO no resulta de la competencia administrativa y funcional de esta administradora, correspondiendo únicamente dar respuesta a la accionada ASERVIN S.A., respecto del reintegro laboral pretendido. Así las cosas, legalmente COLPENSIONES solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que éste es el marco de su competencia y en consecuencia, esta Administradora no se encuentra legalmente facultado para ello".

Por lo anteriormente expuesto, no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión del derecho fundamental alegado., por lo tanto Disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad que represento, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1991 consagró, en el artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo creado para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que por alguna acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

7.1. Competencia del Juez para la resolución del presente conflicto jurídico - constitucional:

Además de las normas citadas en el encabezamiento de esta providencia acerca de la facultad en cabeza de los Jueces de la República para conocer de este tipo de conflicto jurídico-constitucional, el Decreto 1382 de 2000, estableció las reglas para el reparto de la Acción de Tutela. Al manifestar la Corte Constitucional que todos los jueces son competentes para conocer de Tutelas, este Despacho es competente para conocer de ella, en consecuencia, entrará a estudiar si en efecto se han vulnerado los derechos cuya protección reclama la accionante.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Juzgado determinar si SECURITAS COLOMBIA S.A- DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA (D.P.A) FABRICA NESTLE ha vulnerado el Derecho Fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, TRABAJO de la señor JAIRO ANTONIO JIMENEZ RUIZ.

7.2.1. De la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando considera que estos han sido vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador, y tal como lo ha indicado la Corte una de sus características esenciales es la subsidiaridad, por lo que conviene recordar que este mecanismo excepcional resulta improcedente si el afectado en el curso de un proceso judicial o trámite administrativo ha contado o cuenta con medios de defensa que le permitan el ejercicio efectivo de sus derechos.

Cuando se trata de revisar por vía de tutela actuaciones judiciales o administrativas, se ha reiterado que la labor del juez constitucional se debe centrar en el análisis de la conducta desplegada por los funcionarios y que se refleja en los actos administrativos o judiciales atacados como ilegales y presuntamente violatorios de un derecho constitucional, y solamente si de la apreciación de aquellos se desprende que la conducta reviste el carácter de abusiva, caprichosa o arbitraria, de forma tal que vulnere algún derecho constitucional y siempre que no se disponga de otros medios de defensa judicial puede admitirse la tutela, en razón de que se configuraría una vía de hecho.

Para resolver el presente asunto, antes del análisis del caso concreto, se reiterará la regla general de la Corte sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, en virtud de la cual esta resulta improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el legislador para la protección de los derechos presuntamente conculcados, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela

El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, dado que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica. En consecuencia, en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-568/94 :

"Sobre el particular, debe reiterar la Sala la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta el carácter de mecanismo excepcional concebido en defensa de los derechos fundamentales, con la característica de ser supletorio, esto es, que sólo procede en caso de inexistencia de otros

medios de defensa judicial, salvo que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -artículo 86 de la CP. y artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991-".

Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

Sobre el punto, ha dicho la Corte:

"la acción de tutela 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 que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."^[1]

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar "una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales"^[2], razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos para controvertir las decisiones que se adopten durante su trámite.

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 efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración *iustfundamental* y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.

7.2.2. Condición de procedibilidad de la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Según el Art. 6 del Decreto 2591 de 1991, esta condición significa que la constitución y la ley no le hayan consagrado expresamente a la acción u omisión infractora de la autoridad o de los particulares, cualquier otro medio legal para su defensa en el proceso y que el afectado no haya podido disponer del mismo. De modo, que si existe ese medio de defensa y el mismo es tan eficaz como la tutela esta se torna improcedente, dado su carácter subsidiario, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se desprende que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública o en casos especiales por particulares, siempre que no exista otro medio de defensa judicial de aquellos derechos, salvo que deba amparárseles transitoriamente por circunstancias muy particulares.

7.2.3. En torno al requisito de subsidiariedad, señalado en la norma constitucional que consagra la acción de tutela, lo que la Corte Constitucional dijo desde sus inicios:

(Sentencia T-106 de 1993): *"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela 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 que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."*

De allí que la jurisprudencia ha sido recurrente en advertir que la subsidiariedad solo se puede obviar en presencia de un perjuicio irremediable, es decir aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables, de suerte que se ha señalado como características del mismo (sentencia T-1316 de 2001) lo siguiente:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"

7.2.4. La procedencia de la acción de tutela. La existencia de otro medio de defensa judicial. La tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable. Reiteración de Jurisprudencia.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006² esta Corte precisó:

"Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,³ se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior."

¹ Consultar las sentencias T-354 de 2010, T-059 de 2009, T-595 de 2007, T-304 de 2007, T-580 de 2006, T-222 de 2006, T-972 de 2005, T-712 de 2004 y C-543 de 1992, entre otras.

² Corte Constitucional (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

³ Respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte en sentencia T-1222 de 2001 señaló: "(...) el desconocimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir."

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 2005⁴, 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 constitucional⁵, 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.

7.3. CASO CONCRETO:

En el caso que hoy ocupa la atención del despacho, se extrae del acápite de los hechos que la señora PATRICIA RIVERA OSORIO " inicio a laboral con la empresa ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. ASERVIN.S. A. Con la modalidad por labor contratada, la señora presento diversas enfermedades de origen común desde 1 mes de enero del año 2017. Como son las siguientes patologías. SÍNDROME SECO SJOGREN, POLIAETROPATIA INFLAMATORIA, ESCLERODERMA LOCALIZADO MORFEA, trastornos inflamatorios del ovario de la trompa de Falopio y de ligamento ancho, trastorno de adaptación, Cefalea, Lupus eritematoso sistémico, asma y otras patologías, Por lo que la empezaron a incapacitar, pero estando en estas incapacidades, la despidieron estando incapacitada y estando en estado de Debilidad manifiesta.

En virtud de lo anterior, la señora, PATRICIA RIVERA OSORIO, en sus pretensiones manifiesta que se ordene a la empresa ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A."ASERVIR S.A" Que se declare la INEFICACIA del despido laboral, En consecuencia, solicita el REINGRO al cargo que desempeñó hasta el día quince (15) de febrero del año Dos Mil Dieciocho (2018) u otro igual o similar. Que se le reconozca y Cancele la indemnización por 180 días de salario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y paguen los salarios y prestaciones sociales que legalmente le corresponden y efectuó los aportes al sistema de general social.

En consecuencia, se tiene que el accionante tiene otros medios de defensa judicial para la búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales, ante la jurisdicción ordinaria laboral, por lo anterior se considera, que *"La naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas, y que por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de prestaciones sociales. La Corte Constitucional ha determinado*

⁴ Corte Constitucional (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

⁵ Cfr. las sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo prefiere. De ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio”.

En consecuencia, se advierte que la acción no se enmarca dentro del supuesto (i), debido a que, la parte actora no manifiesta interponer la tutela como mecanismo transitorio. En tal sentido, que la señora PATRICIA RIVERA OSORIO, no podía prescindir del mecanismo laboral y ordinario, para la resolución de su conflicto, pues ello comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Al respecto, el despacho considera que esta desestimación realizada por la accionante frente al mecanismo ordinario, desconoce la subsidiariedad de la acción de tutela. Se concluye que la acción tampoco se enmarca dentro del supuesto (ii), pues la tutelante no logró demostrar la existencia de un *perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable*.

Igualmente deberá establecerse si la acción de tutela procede contra mecanismo transitorio. Para el efecto habrá de precisarse si la situación planteada por el accionante constituye a una amenaza a sus derechos fundamentales o ha ocasionado un perjuicio irremediable.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela es subsidiaria, en cuanto no procede o cuando existe otro mecanismo de defensa para la protección de los derechos incoados; es residual, en cuanto a que complementa aquellos mecanismos que no son suficientes o eficaces en la protección de los derechos fundamentales; y es informal, toda vez que por esta vía se tramitan las violaciones o amenazas de los derechos fundamentales que dada su evidencia o simplicidad, no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria”.

Por lo tanto, a juicio del despacho, no se ha demostrado dentro de la foliatura que el ente accionado pone en riesgo o le ocasiona un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de quien demanda su protección. Repárese que la Acción de Tutela se estableció justamente con el objeto de lograr por una vía expedita e informal, la protección de las personas cuando sin contar con un medio administrativo o judicial ordinario idóneo para su defensa, sufren ataque o amenaza a sus derechos fundamentales, por razón de actos u omisiones de las autoridades públicas o de particulares.

Ha dicho la corte constitucional: *“Es la tutela un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable” (T-013 de Abril / 92).*

La función del Juez de Tutela es una función delicada y seria, que no puede limitarse simplemente a la evacuación formal de fallos sino que requiere el elemento sustancial de una plena conciencia sobre los hechos planteados y acerca de las normas constitucionales aplicables, para lograr así, mediante la administración de una justicia eficaz, que se hagan realidad en los casos específicos los mandatos generales del Constituyente.

El juez no puede acudir a interpretaciones superficiales de la normatividad para despachar sin mayor análisis las solicitudes de protección que ante él presentan quienes consideran que sus derechos han sufrido afrenta o que se encuentran en peligro. Factor esencial para el logro de los fines propuestos por la Carta es el análisis ponderado y responsable de las situaciones que se someten al juzgamiento y la aplicación efectiva de la normatividad superior para que se pueda hablar de una verdadera administración de justicia constitucional. La conducta contraria hace responsable al juez por omisión y compromete de manera grave el papel que ha sido señalado en cabeza de la Rama Judicial, precisamente por la confianza que en ella depositó la Constitución”.

Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que para el Juzgado no existe prueba de la existencia de un perjuicio irremediable que genere vocación de prosperidad de la presente acción, pese a existir otro medio de defensa judicial, como es la jurisdicción ordinaria laboral denegará la misma.

Por lo tanto, a lo expuesto la acción de tutela será negada por improcedente.

VIII.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Civil Municipal , hoy juzgado tercero de pequeñas causas y competencias múltiples, Administrando Justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución Política.

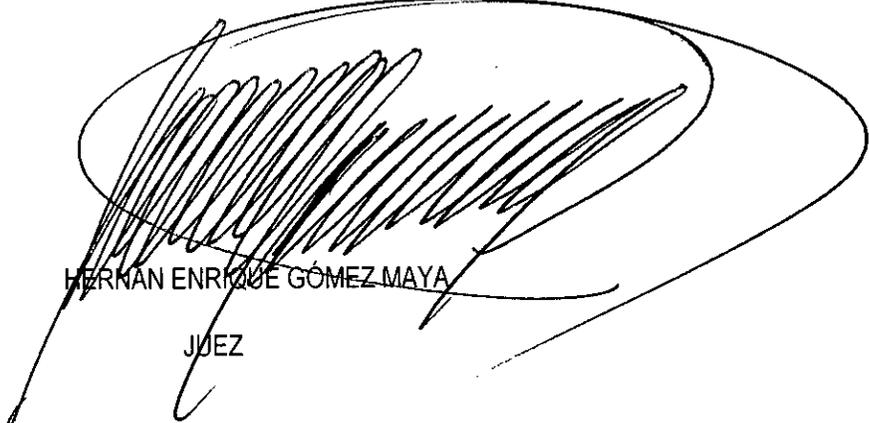
IX.RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUESE por IMPROCEDENTE el amparo constitucional impetrado por PATRICIA RIVERA OSORIO, actuando a través de apoderado judicial DRA.YANIDYS STELLA VARELA CANTILLO, contra EMPRESA ASESORIAS Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.A.AS " ASERVIN S.A".De Oficioso COLPENSIONES, SALUD TOTAL EPS, ARL SURA Y A LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA, en relación del DERECHO AL MINIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD SOCIAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1.991. La secretaria proceda de conformidad.

TERCERO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para lo de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



HERNAN ENRIQUE GÓMEZ MAYA

JUEZ