

Sentencia T-301/21

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA Y SUS EXCEPCIONES EN MATERIA DE DICTAMENES DE PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Procedencia cuando afecta derechos fundamentales

PRINCIPIO ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI/ACCION DE TUTELA-Informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no se encuentra probada la existencia de una relación laboral

DICTAMEN QUE CALIFICA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Improcedencia de la acción de tutela

Referencia: Expediente T-8.146.186

Acción de tutela interpuesta por Jaime Arturo Mira Díaz en contra de Savia Salud EPS-S.

Magistrado ponente:

Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia del ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín (Antioquia), en el que se confirmó la sentencia del nueve (09) de diciembre de dos mil veinte (2020), expedida por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín, por medio de la cual se declaró improcedente el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la seguridad social y a la igualdad de Jaime Arturo Mira Díaz.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 33 del Decreto 2591 de 1991 y 55 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección de Tutelas No. 41 mediante auto de fecha 30 de abril de 2021, notificado por la Secretaría General de esta Corporación en el estado no. 08 del 14 de mayo de 2021, escogió para

efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a resolver el asunto en revisión, con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud y hechos

El señor Jaime Arturo Mira Díaz presentó acción de tutela en contra de Savia Salud EPS-S, con el propósito de que sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la igualdad sean amparados. Lo anterior, debido a que la entidad accionada se negó a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, imposibilitándole una valoración para obtener un dictamen de pérdida de capacidad laboral, que le permita acceder a un eventual reconocimiento de pensión de invalidez. El accionante basó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. Manifestó que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado con la EPS Savia Salud². Adicionalmente, que su condición médica está desmejorada, debido a varias patologías que padece³.

1.2. Sostuvo que, el 8 de octubre de 2020, elevó derecho de petición ante la entidad a la que se encuentra afiliado, en el que solicitó: i) información del estado del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral; y que, ii) le indicaran la fecha en que le realizarían dicho examen. Una semana después, el 15 de octubre de 2020, la entidad accionada brindó respuesta de fondo, en el siguiente sentido:

“En cuanto a la solicitud de calificación de PCL, informamos que la calificación en primera oportunidad no corresponde a la EPS según la normatividad vigente y está a cargo del fondo de pensiones en enfermedades de origen común y a cargo de la ARL en casos de eventos laborales (...) Para usuarios de régimen subsidiado que hayan cotizado al sistema de general de seguridad social en salud y requieran realizar trámites ante los fondos de pensiones.

Así las cosas, la EPS a la luz de la información aportada se permite informar que no es posible acceder a su petición primero porque la EPS es una entidad que presta servicios de salud y no es competencia de la EPS realizar este tipo de calificaciones y segundo por tratarse de una solicitud producto de un accidente de trabajo. Esta calificación se debe solicitar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de manera particular o a cargo del empleador sobre quien recae la responsabilidad al realizar elusión de impuesto al no pagar la seguridad social que le correspondía al celebrar un contrato de trabajo”.

1.3. Adujo que requiere calificar su pérdida de capacidad laboral, para determinar si puede acceder al reconocimiento de una pensión de invalidez. Además, afirmó que nunca ha estado afiliado a una ARL, fondo de pensiones o a una EPS del régimen contributivo, que sumado al accidente laboral que sufrió y que lo dejó seriamente afectado, le impiden trabajar y tener los recursos para sufragar, de manera particular, la calificación de pérdida de capacidad laboral requerida⁴.

1.4. Insistió en que es necesario que el juez de tutela ampare sus derechos a la seguridad social y a la igualdad y, en ese sentido, recalcó que se debe ordenar a la entidad accionada realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, sin que le sea exigible el pago de los honorarios de la junta médica de calificación⁵.

1. Admisión y traslado de la demanda

2.1. El Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín, mediante Auto No. 352 del 27 de noviembre de 2020, admitió la demanda de tutela en contra de la entidad Savia Salud EPS-S, de oficio ordenó vincular como parte pasiva de la demanda a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia (en su calidad de administradora del régimen subsidiado de salud); también, ordenó notificar a sus representantes legales, concediéndoles un término de dos días para pronunciarse, en garantía del derecho de contradicción y defensa⁶.

1. Contestación de la demanda

3.1. A través de apoderado especial, Savia Salud EPS-S refirió que el accionante Mira Díaz tiene 50 años de edad y es uno de sus afiliados desde el año 2013; y que, como él mismo narró en el escrito de tutela, sufrió un accidente laboral, en desarrollo o con ocasión de sus funciones y, a raíz del mismo, requiere calificar el grado de pérdida de capacidad laboral, para acceder al reconocimiento de una pensión de invalidez⁸.

3.2. Respecto de los servicios en salud relacionados en la demanda de amparo, informó que la atención oportuna y el tratamiento derivado del accidente de trabajo deberán ser asumidos por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) en la que se encuentre afiliado el usuario, en virtud de su vinculación laboral, al momento de la ocurrencia de los hechos. Y en caso de la omisión de la afiliación, estos servicios los deberá asumir su empleador, según lo establecido en la Ley 776 del 17 de diciembre de 2002⁹.

3.3. Manifestó la EPS-S, en cuanto a la atención de salud en el usuario referido, que en ningún momento le fue negada y que se le viene prestando el servicio asistencial sin

interrupción alguna. Adicionalmente, informó que el área de medicina laboral estudió el caso y conceptuó; “que el señor Mira Díaz, afiliado al régimen subsidiado, nunca ha realizado cotizaciones a fondo de pensiones ni a ninguna ARL, pero si pretende adelantar una reclamación de pensión de invalidez, que según el usuario presentó accidente laboral al servicio de la señora Luisa Edilma Montoya en calidad de afiliado a régimen subsidiado; en este caso, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del accidente de trabajo o enfermedad laboral, deben ser reconocidas y pagadas por la ARL a la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad laboral, al momento de requerir la prestación”¹⁰.

3.4. Por todo lo anterior, solicitó declarar improcedente la acción de tutela por falta de legitimidad por pasiva, toda vez que el usuario fue víctima de un accidente laboral y se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, y por tanto no corresponde a su representada, realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral que pretende el actor.

3.5. Por su parte, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia guardó silencio.

1. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Copia de derecho de petición radicado el 8 de octubre de 2020 por el señor Jaime Arturo Mira Díaz ante la entidad Savia Salud EPS-S; en el que se dice que sufrió un accidente el 28 de mayo de 2020 al servicio de la señora Luisa Edilsa Montoya, que le “generó una herida en el rostro, incapacidad médica por varios días y varios padecimientos de salud” ¹¹.

4.2. Copia de la respuesta al derecho de petición del 15 de octubre de 2020, que dio la entidad del régimen subsidiado, en la que indicó que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional deben ser reconocidas y pagadas por la ARL a la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrencia del accidente¹².

4.3. Cuadro de consulta de afiliados compensados del régimen contributivo del accionante Jairo Arturo Mira Díaz, descargado de la página web del ADRES por Savia Salud EPS-S, en la que se observa que no tiene ningún periodo compensado ni en calidad de cotizante ni como beneficiario¹³.

4.4. Pantallazo del historial de autorizaciones médicas emitidas por la EPS-S Savia Salud al afiliado Jaime Arturo Mira Díaz, solicitadas por la Cooperativa de Hospitales de Antioquia 'Cohan'.

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

1. Decisión del juez de tutela de primera instancia

5.1.1 El 9 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín profirió sentencia que declaró improcedente el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la seguridad social y a la igualdad del señor Jaime Arturo Mira Díaz. La decisión judicial tuvo en cuenta que no se cumplió con el carácter subsidiario de la acción de tutela, toda vez que el accionante busca el reconocimiento y pago de unas incapacidades de su empleador, entre otras prestaciones económicas; ante lo cual debe acudir al juez laboral; de igual manera, el funcionario recordó la procedencia excepcional de la tutela en casos como el conocido,

cuando se quiere evitar un perjuicio irremediable o la afectación al derecho fundamental al mínimo vital, ante lo cual, todo debe ser acreditado y probado por los medios establecidos para tal fin¹⁴.

5.1.2. En relación con el derecho a la salud y seguridad social, retomando la línea jurisprudencial adoptada desde la sentencia T-760 de 2008, el juez a quo hizo varias precisiones del concepto de salud, para adentrarse a los principios rectores de universalidad¹⁵ y solidaridad¹⁶ que rigen la seguridad social en salud en Colombia, los cuales han sido decantados por la misma Corte Constitucional; ajustes que quedaron inmersos en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015. Todo para concluir que: i) “el derecho a la seguridad social es un verdadero derecho fundamental, que permite la materialidad de los derechos a la dignidad humana e integridad personal, cuyo desarrollo, ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social”; y por otro lado que, ii) “la jurisprudencia ha reiterado que la prestación del servicio de salud también es un servicio público a cargo del Estado, entendiendo que la vulneración al derecho a la salud consiste tanto en la negación del servicio como en la falta de oportunidad y falta de continuidad en la prestación del mismo, que no es renunciable y que goza de autonomía como fundamental en casos particulares”¹⁷.

5.1.3. De igual manera, se refirió a la seguridad social en lo atinente a la pensión de invalidez, mencionó el artículo 48 superior en el que se predica una doble condición, de ser un derecho irrenunciable y tener la calidad de servicio público de carácter obligatorio; es así que, se cita el artículo 10 de la Ley 100 de 1993¹⁸, para indicar que, una vez ocurridas las contingencias y bajo el cumplimiento de los requisitos legales, se reconozcan las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes de los afiliados o de sus beneficiarios o el otorgamiento de las prestaciones sociales que operan en su reemplazo, como ocurre con la devolución de saldos, o el pago de indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral, según se establezca en la ley¹⁹.

5.1.4. Frente al caso concreto, a partir de los hechos, de los medios de prueba, de las afirmaciones del accionante²⁰ y de la contestación de la tutela, se estableció que el actor pretende ser calificado de su pérdida de capacidad laboral por parte de su EPS-S Savia Salud, situación que se torna improcedente, pues al tratarse de un evento de origen laboral, la entidad encargada de sus atenciones y del trámite de pérdida de capacidad laboral sería su ARL; y si bien no se allegó historia clínica o documento que certificara dicha situación, indicó que sufrió un accidente en la cara, mientras desempeñaba sus labores como empleado al servicio de la señora Luisa Edilma Montoya quien, según él, omitió su deber de afiliarlo al régimen general de seguridad social en salud, incluida una ARL, obligación consagrada en el artículo 21 de la Ley 1295 de 1994²¹.

1. Dentro del término correspondiente, el señor Mira Díaz impugnó la sentencia de primera instancia; en su intervención recalcó que la tutela fue interpuesta para que Savia Salud EPS-S calificara su pérdida de capacidad laboral, fundamentando su petición en que se encuentra afiliado a dicha entidad y a que no tiene empleo, ni ingresos, para acceder a la valoración de manera particular. En esa medida, se mostró en desacuerdo con la decisión del juez a quo²².

1. Adicionalmente, recordó que nunca ha estado afiliado al régimen contributivo, por lo que no puede acudir a un fondo de pensiones, ni ARL a reclamarles. Aclaró que requiere la calificación de pérdida de capacidad laboral, para usarla en un proceso judicial, donde pueda vincular a su empleadora para que responda por las prestaciones derivadas del accidente de trabajo; y que “las EPS del régimen subsidiado, son las obligadas a realizar los dictámenes de pérdida de capacidad laboral de las personas afiliadas al régimen subsidiado”²³.

1. Decisión del juez de segunda instancia

5.3.1 El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, mediante fallo del 8 de febrero de 2021, resolvió la impugnación contra la decisión recurrida, confirmando la sentencia de primera instancia, al considerar que “la acción de tutela está circunscrita directamente por la Constitución, a salvaguardar la efectividad de los derechos fundamentales cuando el ordenamiento jurídico no ofrece al afectado ninguna otra vía judicial de amparo, pues si esto último ocurre y el medio correspondiente es idóneo para tal efecto, ninguna razón tiene la aplicación del procedimiento excepcional y supletorio plasmado en el artículo 86 de la Carta. Y la reclamación de derechos laborales no es la excepción a tal regla, por lo que, como lo ha establecido en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional, aquellas pretensiones deben ser solucionadas por la jurisdicción ordinaria correspondiente”²⁴.

5.3.2. De la misma manera, señaló que ordenar a la EPS-S Savia Salud que asuma el pago o realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en virtud de un accidente de trabajo, por la negligencia del empleador en afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, sería generar un detrimento económico en los recursos del sistema, destinados precisamente para la garantía de la atención en salud de la población más vulnerable.

5.3.3. Por tanto, no encontró el juez ad quem, como también lo determinó la juez de primera instancia, vulneración alguna de sus derechos por parte de la EPS-S Savia Salud, al no disponer la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante, por no ser de su competencia; reiterándose que la única razón es por cuanto el accidente fue de origen laboral y, por consiguiente, es la empleadora la llamada a responder por los gastos de calificación, atención en salud, incapacidades y demás que se hubieran generado en virtud de dicho accidente, por lo que el accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral y sea allí donde se determine la responsabilidad del patrono²⁵.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de la selección y del reparto realizado acorde con el Reglamento Interno de la Corporación (Acuerdo 02 de 2015).

2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Son varios los aspectos procedimentales que establece el artículo 86 superior, en conjunto con el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta alta Corporación²⁶, para que exista un pronunciamiento de fondo en materia de tutela. Por tal motivo, en el presente asunto se estudiarán los requisitos de: i) legitimación en la causa por activa, ii) legitimación en la causa por pasiva, iii) inmediatez y iv) subsidiariedad, con el fin de determinar, si en el caso sub examime sometido a estudio, es procedente la acción de tutela y, en ese sentido, proceder a formular el respectivo problema jurídico que permita dar solución al caso concreto.

2.1. Legitimación en la causa por activa

2.1.1. El inciso 1° del artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales; por su parte, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 preceptua que el mecanismo de amparo puede ser formulado en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Incluso puede

interponerse en causa ajena, en el caso de que ese individuo no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo en defensa de sus propios intereses²⁷.

2.1.2. En el caso bajo examen, el señor Jaime Arturo Mira Díaz se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela, porque es un ciudadano que actúa en nombre propio y afirmó estar siendo perjudicado en sus derechos a la seguridad social y a la igualdad, por la respuesta desfavorable que le dio Savia Salud EPS-S a la solicitud de asumir los honorarios de la junta de calificación de invalidez o para calificar la pérdida de capacidad laboral, la cual es indispensable, según él, para iniciar el trámite de reconocimiento de una pensión de invalidez; o en su defecto, como afirmó en su impugnación, para llevarlo como prueba contra su empleadora en un eventual proceso ordinario laboral.

2.2. Legitimación en la causa por pasiva

2.2.1. El mismo artículo 86 superior señala que el mecanismo de amparo procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda especial similitud con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991²⁸.

2.2.2. En particular, aludiendo al artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en un caso análogo al presente, en referencia a la legitimación en la causa por pasiva de la acción de tutela, la sentencia T-220 de 2018²⁹ indicó que: “se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada”.

2.2.3. En el asunto de la referencia, la parte accionada, Savia Salud EPS-S, es una entidad que hace parte del sistema de seguridad social en salud, en el régimen subsidiado que, acorde con el literal a) del numeral 2) del artículo 155 y del artículo 177 y de la Ley 100 de 1993, garantiza la prestación del derecho a la salud de sus afiliados.

2.2.4. Para lo que interesa en el presente proceso, es necesario tener en cuenta que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012³⁰, señala que corresponde a Colpensiones, a las ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En este sentido, la sentencia T-399 de 2015, «que amparó el derecho a la seguridad social de una persona víctima del conflicto armado interno, ordenándole a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado a la que estaba afiliado, llevar a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral a ese accionante, con el fin de que obtuviera la pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado», concluyó, en virtud del principio de igualdad, que la responsabilidad de calificar la pérdida de capacidad laboral de las EPS involucra tanto a las entidades del régimen contributivo como a las del régimen subsidiado; en esta providencia se señaló que:

“Resulta absurdo prever garantías para quienes hacen un aporte económico al sistema, y no para quienes requieren una protección especial por su estado de vulnerabilidad y están afiliados a través del subsidio. Por lo tanto, es preciso señalar que las EPS del régimen subsidiado deben ser contempladas en el citado artículo del Decreto 019 de 2012, y en consecuencia, les corresponde adelantar el examen de pérdida de capacidad laboral a sus beneficiarios”.

2.2.5. Por tanto, para la Corte Constitucional, según el párrafo en cita, respecto a las EPS como sujetos obligados a practicar la calificación de invalidez, se precisa que esta obligación no es exclusiva de las entidades del régimen contributivo, sino también de aquellas que

hacen parte del régimen subsidiado. Dicha sentencia también mencionó que:

“La pertenencia a determinado régimen no es justificación para negar la valoración laboral a una persona en situación de discapacidad que requiere dicho examen para acceder a una pensión. Como se evidencia en las normas citadas, existe una disposición general en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 que modifica la Ley 100 de 1993, la cual establece que corresponde a las EPS llevar a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral, sin hacer distinción alguna al régimen al cual pertenecen”.

2.2.6. Otro factor de análisis, dentro del presupuesto en estudio, se encuentra relacionado con el artículo 2.2.5.1.26 del Decreto 1072 de 2015 (antes, artículo 5° del Decreto 2463 de 2001), que ordena a toda entidad promotora de salud del régimen subsidiado disponer de un equipo interdisciplinario para realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, conformado por un médico, un médico especialista en medicina física y rehabilitación y un profesional diferente a las áreas de la medicina con formación en áreas afines. Por tanto, de acuerdo a lo anotado en precedencia, este requisito se entiende superado en el presente caso.

2.3. Inmediatez

2.3.1. Este requisito, el de inmediatez, es de creación jurisprudencial y hace relación a que la acción de tutela debe ser presentada dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Su fundamento radica en la mención que hace el artículo 86 superior de que el mecanismo de amparo puede ejercerse en todo momento y lugar, para la protección inmediata. Entonces, como lo menciona la sentencia T-160 de 202131: “Para definir el plazo razonable, se considera el tiempo transcurrido entre el momento en el que se produjo la vulneración o amenaza a un derecho fundamental y la interposición de la acción. De manera que no se vea afectada la naturaleza propia de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata y urgente de derechos fundamentales”³².

2.3.2. En el caso bajo estudio, la Sala observa que se cumple con el presupuesto de inmediatez; pues, cómo lo afirmó el señor Mira Díaz, el accidente ocurrió el 28 de mayo de 2020, estando al servicio de la señora Luisa Edilsa Montoya, y le “generó una herida en el rostro, incapacidad médica por varios días y varios padecimientos de salud”; por lo que el 8 de octubre de 2020 el demandante elevó derecho de petición a la entidad demandada, solicitando: i) información del estado del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral; y que ii) le indicaran la fecha en que le realizarían dicho examen. Una semana después, el 15 de octubre de 2020 la EPS respondió negativamente a su solicitud. Situación que él considera vulneradora de los derechos fundamentales alegados y que lo llevó a interponer la acción de tutela el 27 de noviembre de 2020, tiempo que se estima razonable y muestra un actuar diligente en el tiempo.

2.4. Subsidiariedad³³

El carácter subsidiario de la acción de tutela en casos de calificación de pérdida de capacidad laboral

2.4.1. La premisa en que se sustenta este requisito está en que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, lo que implica necesariamente, para evaluar su procedencia, que: i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o ii) que existiendo el medio ordinario de defensa judicial, este no resulta ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, o en últimas iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En los dos primeros eventos, la tutela procedera de forma definitiva”³⁴.

2.4.2. Lo anterior quiere indicar que las personas deben, primero, hacer uso de todos los recursos ordinarios que el sistema judicial pone a su alcance para lograr la protección de sus derechos que consideren amenazados o vulnerados; de esta manera, se propende por un correcto uso de la tutela. Así las cosas, para la Corte Constitucional es claro que cuando una persona acude al sistema judicial con la idea de hacer valer sus derechos, no puede ignorar la existencia de acciones judiciales preestablecidas en la normatividad vigente, ni buscar que el funcionario judicial, en sede de tutela, sustituya o usurpe las funciones asignadas a otros jueces que, como en el presente caso, es el juez ordinario laboral y de la seguridad social³⁵.

2.4.3. Así lo aseguró la sentencia T-876 de 2013³⁶, en un caso donde el accionante de 54 años y afiliado a ARL, EPS y fondo de pensiones, reclamaba la práctica de una valoración de pérdida de capacidad laboral, ya que las entidades accionadas estaban supeditando el pago de sus incapacidades laborales al cumplimiento del requisito en mención. En esa ocasión la sentencia dijo: “cuando exista otro medio de defensa judicial mediante el cual se pueda proteger los derechos del demandante, la acción tuitiva es improcedente y, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2463 de 2011, el juez ordinario laboral es el competente para conocer acerca de las controversias que se susciten sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez”³⁷.

2.4.4. En ese orden de ideas, para que el juez establezca si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o si existiendo no resulta ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, debe concentrar su labor, en aras de examinar la procedencia de la acción, en la búsqueda de toda aquella información que reposa en el expediente, relacionada con las condiciones particulares del accionante y revisar si la vía judicial ordinaria es idónea para proteger suficientemente sus derechos fundamentales, y “en caso de no serlo, el conflicto planteado trasciende del nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional”³⁸.

2.4.5. Pues bien, conforme al análisis que se efectúa, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional reconoce, pese a la existencia de otros medios de defensa judicial, que el juez de tutela puede ser menos exigente con la valoración de este requisito cuando están en entredicho derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de niñas, niños, adolescentes³⁹, adultos mayores⁴⁰, personas en condición de discapacidad⁴¹, mujeres embarazadas⁴², mujeres cabeza de familia⁴³, personas desplazadas por la violencia⁴⁴ y aquellas que se encuentran en extrema pobreza⁴⁵. Por ejemplo, cuando se advierte “de personas que padecen un estado de debilidad manifiesta, como aquellas que sufren una invalidez laboral, se impone una urgente protección de sus garantías fundamentales, pues no cuentan con la posibilidad de acceder a una oferta laboral u otros medios económicos que le permitan garantizar su subsistencia en condiciones dignas”⁴⁶.

2.4.6. De otro lado, acerca de la posibilidad de dar un amparo como mecanismo transitorio para evitar la realización de un perjuicio irremediable, de acuerdo a los requisitos establecidos en la sentencia T-375 de 2018⁴⁷, que se transcriben a continuación, se exige del juez que:

“Verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo”

La calidad de sujeto de especial protección constitucional del accionante y la necesidad de la prueba. Principio “onus probandi incumbit actori”

2.4.7. De acuerdo con el asunto en consideración, esta Sala estima que el señor Mira Díaz, de

50 años, quien pertenece al régimen subsidiado en salud, que confesó en forma reiterada en varias etapas del trámite de tutela nunca haber cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones⁴⁸, y afirmó carecer de recursos económicos para sufragar por su cuenta los honorarios de una junta de calificación de invalidez, a pesar de no haber acreditado condición de discapacidad física o mental, puede ser catalogado como un sujeto de especial protección constitucional, en razón a sus condiciones socioeconómicas desfavorables. Aspecto que se reafirma al consultar la base de datos del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBÉN⁴⁹, ya que allí se encuentra, bajo la nueva metodología, en un nivel C-14, como población vulnerable.

2.4.8. Ahora bien, sin desconocer la calidad especial del accionante, que se determinó por su afiliación al régimen subsidiado y su calificación en la base de datos del SISBEN; la Sala se encuentra ante una situación en donde el demandante hace dos requerimientos diferentes; uno, es la petición del escrito de tutela, en el que el tutelante solicitó que se ordene a Savia Salud EPS-S calificar su de pérdida de capacidad, pues de eso “depende que en un futuro pueda acceder a las prestaciones asistenciales y económicas que se reconocen a una persona inválida”⁵⁰; mientras que la otra pretensión, que obra en la impugnación, señala que con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral podrá “vincular en un proceso judicial a mi empleadora para que responda por las prestaciones generadas con ocasión del accidente de trabajo que sufrí a su servicio, pero dicha entidad se niega”⁵¹.

2.4.9. Frente a estos dos requerimientos o razones aducidas durante el curso del proceso de tutela, la Sala considera, por varios motivos, que el accionante, dependiendo de la forma en que quiera encausar la acción, puede acudir a la vía idónea y eficaz establecida en los numerales primero o cuarto del artículo 2° del Código procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que reza:

“ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. (...)4. Las controversias relativas a la prestación de

los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

2.4.9.1. La primera razón por la cual la Sala estima que el accionante puede acudir a la vía ordinaria está relacionada con las normas que le imponen al empleador la responsabilidad de afiliación de su trabajador al Sistema de Riesgos Profesionales (literal h del artículo 4° y literales a), b) y e) del artículo 21 del Decreto 1295 de 1994). Obligación de afiliación y cotización cuyo cumplimiento conduce al traslado al Sistema de Seguridad Social de los riesgos correspondientes a invalidez, vejez y muerte del trabajador. (Artículo 22 y parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993). El incumplimiento de esta obligación de afiliación y de cotización, indefectiblemente, hace que le corresponda al empleador omiso asumir todas las consecuencias derivadas de un accidente laboral como el que presuntamente afectó al aquí tutelante, incluyendo el pago de incapacidades, de la rehabilitación, e incluso el reconocimiento de otras prestaciones económicas.

2.4.9.2. La siguiente razón por la cual la Sala estima que el accionante puede acudir a la acción ordinaria laboral tiene que ver con su reiterada manifestación inequívoca de no haber sido afiliado nunca a alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social Integral (ARL, Salud y Pensiones), aspecto considerado como una confesión en los términos del artículo 191 del Código General del Proceso, lo que hace necesario que acuda al medio judicial ordinario, para que se indague sobre la responsabilidad que le incumbe al presunto empleador, a través de los diferentes mecanismos probatorios.

2.4.9.3. El tercero de los argumentos por los cuales la acción de tutela no resulta procedente por falta del requisito de subsidiariedad tiene que ver con la necesidad de demostrar ante el juez natural en tiempos procesales más adecuados: a) la existencia de una relación o contrato de trabajo, o la que se logre demostrar en el curso de dicho proceso, b) el accidente de naturaleza laboral alegado por el demandante, presuntamente ocurrido el 28 de mayo de

2020 y, c) el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral; en relación a éste último aspecto, dentro del proceso laboral se tiene la posibilidad de solicitarlo como prueba para que el juez sea quien determine su decreto y práctica.

2.4.9.4. Por último, los artículos 183 a 190 del Código General del Proceso establecen la posibilidad de acudir a la práctica de pruebas extraprocesales antes de iniciar algún proceso judicial, cuando pretenda demandar o tema ser demandado; en este sentido, los artículos 26 y 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social permiten allegar con la demanda o con la contestación de la demanda pruebas anticipadas para quien pretenda hacerlas valer dentro del proceso ordinario laboral, tesis que se refuerza por la mención expresa que hace el artículo 51 del aludido estatuto adjetivo al Código General del Proceso, que dice: “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”⁵².

2.4.10. En gracia discusión, en relación con un posible decreto de práctica de pruebas por parte del juez constitucional⁵³, la Corte ha establecido que: “el juez de tutela goza de amplias facultades con miras a establecer la verdad de los acontecimientos que se llevan a su análisis y las verdaderas circunstancias del caso controvertido”⁵⁴. No obstante, la Sala considera que en el caso concreto el deber de demostrar el accidente en el rostro, ocurrido el 28 de mayo de 2020, que el actor catalogó como laboral no obstante no encontrarse afiliado a ninguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social Integral, específicamente al Sistema de Riesgos Profesionales, era del resorte del demandante. Esta demostración implicaba a su vez aportar alguna prueba, así fuera sumaria, de la relación laboral; ahora bien, el decreto y la valoración de tales pruebas constituye, a juicio de la Sala, cuestión que rebasa las competencias del juez constitucional y recae en la jurisdicción ordinaria laboral. No debe olvidarse que el señor Mira Díaz tampoco, acreditó dentro del trámite de la presente acción de tutela prueba siquiera sumaria de la eventual relación de trabajo que le endilga a la señora Luisa Edilsa Montoya, ni allegó copia de su historia clínica, ni incapacidades, entre otras, contando con varias oportunidades para hacerlo, considerando incluso que, siendo pruebas que al estar en su poder, allegarlas no implicaba una carga desproporcionada.

2.4.11. En ese sentido, es importante recordar el principio “onus probandi incumbit actori”, que consiste en que: “incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue”, el cual ha sido utilizado por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos de tutela⁵⁵ para indicar que existe una carga mínima probatoria en cabeza del accionante, que no se cumplió, sin haber justificación alguna. El peticionario manifestó, sin aportar elemento probatorio alguno que lo demuestre, (i) una condición médica desmejorada debido a varias patologías que padece; (ii) que sufrió un accidente el 28 de mayo de 2020 que le dejó una herida en su rostro, el cual catalogó de naturaleza laboral; (iii) una incapacidad médica por varios días y varios padecimientos de salud; (iv) un impedimento de trabajar y de contar con los recursos para sufragar, de manera particular, la calificación de pérdida de capacidad laboral requerida; y (v) la existencia de un contrato de trabajo en desarrollo del cual presuntamente ocurrió el accidente mencionado. Sobre el particular debe recordarse que a la petición de amparo solo se acompañó del derecho de petición con constancia de recibido del 8 de octubre de 2020 y la respuesta de la entidad accionada.

2.4.12. Ahora bien, la Sala consideró si, de la misma manera a como se hizo el análisis del caso concreto de la sentencia T-131 de 2007, en el presente caso debía decretar de oficio las pruebas pertinentes para llegar a la verdad de la situación fáctica alegada por el actor; sin embargo, si bien la facultad de acudir a las pruebas de oficio es una herramienta con la que cuenta el juez para saber el fondo de lo sucedido, cuando la actividad probatoria es de tal envergadura que se opone al carácter sumario y urgente de la acción de tutela, debe colegirse que esta última no es el medio judicial adecuado para ventilar la causa desplazando al juez ordinario. De otro lado, la facultad de decretar pruebas no puede convertirse en un medio para suplir absoluta e indebidamente las graves carencias probatorias de las partes, ni aun tratándose del caso de un sujeto de especial protección constitucional como acontece en este caso, pues no se indicaron razones por las cuales no se pudieron allegar elementos tan relevantes como los mencionados previamente (ver supra 2.4.10.).

2.4.13. Al respecto, poca relevancia tendría el hecho de haber decretado pruebas, si como lo señaló el juez de primera instancia, no fue posible vincular al presunto empleador, pese a haberse intentado; es cierto que esta persona hubiera colaborado con esclarecer aquella “relación laboral” y permitido aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente ocurrido el 28 de mayo de 2020, que el accionante calificó de laboral. Pero, a falta de información, no había garantía de que en sede constitucional se fuera a lograr la vinculación en cita, que no pudo hacer el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín.

2.4.14. En relación con lo anotado, la sentencia T-582 de 2013 estudió un caso similar al que es objeto de análisis; en dicha ocasión, el actor había sido contratado para realizar unos arreglos en el techo de un templo, y que sin haber sido afiliado a seguridad social, ni a ARL, al realizar la labor sin los elementos de seguridad, cae desde las alturas, accidente que fue asumido en comienzo por la iglesia. La Corte en virtud del principio “onus probandi incumbit actori” amparó el derecho del accionante, pues tuvo la oportunidad de valorar los medios de pruebas (un recibo de pago de la incapacidad médica asumida por la entidad demandada, imágenes diagnósticas, órdenes médicas de sesiones de fisioterapia, notas de evolución médica emitidas por la clínica que le brindó el servicio asistencial e historia clínica del actor), elementos que en el sub lite se echan de menos, porque a partir de allí, se pudo concluir que existía una relación laboral. De tal suerte, que al actor le correspondía una carga mínima probatoria que no cumplió, llevando a la improcedencia de la acción⁵⁶.

2.4.15. En jurisprudencia reciente, la sentencia T-427 de 2018⁵⁷ amparó el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral de una persona afiliada al régimen subsidiado en salud, al encontrarse vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social; para esa ocasión, el accionante de 58 años, sufría de la enfermedad de Guillain-Barré, la cual le impidió continuar con el pago de los aportes a salud y a pensiones como independiente. Como en la sentencia T-582 de 2013, aquí se trajeron como pruebas la copia de la historia clínica y la copia de pagos efectuados al fondo de pensiones, de donde se dedujo que había una expectativa legítima de ser beneficiario de una pensión de invalidez con la aplicación de la teoría de la condición más beneficiosa; sin embargo, dichas circunstancias no se evidencian en el expediente bajo estudio⁵⁸.

2.4.16. A partir del análisis llevado a cabo, la circunstancia que hace que la presente acción de tutela sea improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, se debe a que la acción de amparo no ha sido constituida como medio judicial para preconstituir las pruebas que deben aportarse a un eventual proceso ordinario laboral, pues de manera clara se pudo concluir que ese es el fin último del actor.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), mediante la cual confirmó el fallo del Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín, que declaró improcedente la acción de tutela incoada por el señor Jaime Arturo Mira Díaz, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

(Con salvamento de voto)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

(Con aclaración de voto)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro la integraron los magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo.

2 Esta información fue corroborada ingresando a www.adres.gov.co en consulta del 25 de junio de 2021.

3 Folio 2 archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

4 Folios 2 y 3, archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

5 Folios 3, archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

6 Folio 2, archivo pdf “fallo primera instancia 2020 - 0174” del expediente virtual T-8.146.186.

7 Folio 9, archivo pdf “fallo primera instancia 2020 - 0174” del expediente virtual T-8.146.186.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Folio 3, archivo pdf “fallo primera instancia 2020 - 0174” del expediente virtual T-8.146.186.

11 Folio 7, archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

12 Folio 8, archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

13 Folio 7, archivo pdf “Respuesta Savia Salud EPS-s” del expediente virtual T-8.146.186.

14 Folio 5, archivo pdf “fallo primera instancia 2020-0174” del expediente virtual

T-8.146.186.

15 De acuerdo con el principio de universalidad todas las personas en condiciones de igualdad deben estar amparadas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de esta.

16 se manifiesta en dos subreglas: en el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y en la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia.

17 Folio 6, archivo pdf “fallo primera instancia 2020-0174” del expediente virtual T-8.146.186.

18 En el que se consagra como principal objetivo “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte”.

19 Folio 7, archivo pdf “fallo primera instancia 2020-0174” del expediente virtual T-8.146.186.

20 Como el que nunca ha realizado aportes a un fondo de pensiones, así como tampoco, a una ARL, situaciones comprobadas por las pruebas aportadas por la accionada, ratificadas en la manifestación realizada por el actor en el numeral tercero del acápite de “hechos” del escrito de tutela.

21 Folio 9, archivo pdf “fallo primera instancia 2020-0174” del expediente virtual T-8.146.186.

22 Folios 1 y 2 archivo pdf “impugnación fallo de tutela” del expediente virtual T-8.146.196.

23 Folios 3 y 4 archivo pdf “impugnación fallo de tutela” del expediente virtual T-8.146.196.

24 Folio 4, archivo pdf “fallo 2da instancia 2020-00174-J29” del expediente virtual T8-146.196.

25 Folio 6, archivo pdf “fallo 2da instancia 2020-00174-J29” del expediente virtual T8-146.196.

26 Corte Constitucional, Sentencias: T-336 de 2020 (MP Diana Fajardo Rivera); T-256 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo); T-427 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-399 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado)

27 Corte Constitucional, sentencias T-256 y 257 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo).

28 Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2021 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

29 MP Diana Fajardo Rivera.

30 Mediante la sentencia C-120 de 2020 (MP Diana Fajardo Rivera) la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

31 MP Cristina Pardo Schlesinger.

32 Ibídem.

33 La Sala precisa que en este acápite se incluirán algunas consideraciones relacionadas con el asunto propuesto en la tutela con el objetivo de realizar el análisis de procedencia.

34 Corte Constitucional, sentencias T-160 de 2021 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-256 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo); T-427 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-301 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

35 Corte Constitucional, sentencia T-046 de 2019 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

36 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

37 Ibídem.

38 Corte Constitucional, sentencia T-324 de 2017 (MP Iván Humberto Escruceria Mayolo), T-662 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacios); entre otras.

39 Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2018 (MP Diana Fajardo Rivera).

40 Corte Constitucional, sentencia T-252 de 2017 (MP Iván Humberto Escruceria Mayolo).

41 Corte Constitucional, sentencias T-575 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo); T-608 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil);

43 Corte Constitucional, sentencia T-345 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

44 Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

45 Corte Constitucional, sentencia T-257 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo); T-167 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

46 Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

47 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

48 La mención de la palabra confesión se hace en el sentido del artículo 191 del Código General del Proceso, que genera consecuencias negativas o adversas del confesante, en este caso del accionante.

49 https://reportes.sisben.gov.co/dnp_sisbenconsulta/dnp_sisben_consulta.aspx

50 Folios 2 y 3, archivo pdf “demanda de tutela y anexos” del expediente virtual T-8.146.186.

51 Folio 2, archivo “impugnación fallo de tutela.pdf” del expediente T-8.146.186.

52 Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012 (MP Juan Carlos Henao Pérez), C-830 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería)

53 Artículo 64. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas.

54 Corte Constitucional, sentencias T-074 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo); SU 768 de 2014.

55 Corte Constitucional, sentencias T-126 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio); T-575 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa); T-497 de 202 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-131 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

56 Corte Constitucional, sentencias T-571 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa); T-131 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto).

57 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

58 Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).