



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54-001-41-05-002-2022-00635-01
PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: ANGELICA PATRICIA ORTEGA ROJAS
ACCIONADO: SANITAS EPS
VINCULADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CLÍNICA SANTA ANA S.A., HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA Y CLÍNICA CHICAMOGA

Procede este Despacho a decidir la impugnación interpuesta por la parte accionante en contra de la sentencia de fecha del 21 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta, dentro de la acción de tutela de la referencia.

1. CUESTIÓN PREVIA

Advierte el Despacho que obra en el expediente escrito de impugnación propuesta en contra de la sentencia de la referencia, por la accionante, la señora **ANGÉLICA PATRICIA ORTEGA RÍOS**, remitido al correo electrónico del **JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES** el 05 de diciembre del año en curso, respecto del cual el Juzgado de origen no se pronunció, debido a que el mismo fue recepcionado posterior a la notificación del auto que concedió la impugnación de la **EPS SANITAS** y de que el expediente electrónico fuese remitido a la Oficina Judicial para su correspondiente reparto, veamos:

5/12/22, 14:29

Correo: Juzgado 02 Municipal Pequeñas Causas Laborales - N. De Santander - Cúcuta - Outlook

IMPUGNACIÓN

Angélica Ortega <angelikapatricia6@gmail.com>

Lun 5/12/2022 2:20 PM

Para: Juzgado 02 Municipal Pequeñas Causas Laborales - N. De Santander - Cúcuta

<j02mpcluc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Recepcion Demandas - N. De Santander - Cúcuta <demandascuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>; notificacionesjudiciales

<notificacionesjudiciales@keralty.com>; notificacionesjudiciales@adres.gov.co

<notificacionesjudiciales@adres.gov.co>; Gerencia-Externo <gerencia@clinicasantaanasa.com>; solicitudjuridica

<solicitudjuridica@fcv.org>; sianltda@hotmail.com <sianltda@hotmail.com>; CLINICAC

<CLINICAC@CLINICACHICAMOGA.COM>; bienestarensalud2022@gmail.com <bienestarensalud2022@gmail.com>

San José Cucuta, 05 de Diciembre de 2022

Señores

JUZGADO 02 MUNICIPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES- NORTE SANTANDER -CUCUTA

Referencia: Impugnación

Radicado: 2022-00635

Yo, Angélica Patricia Ortega Rojas C.C 60.397.212 cómo aparece al pie de mi correspondiente firma de manera respetuosa me dirijo al señor juez, que no estoy de acuerdo con la Impugnación que hace sanitas al fallo de tutela con el radicado 2022-00635.



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER
JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS
San José Cúcuta, uno (01) de diciembre del dos mil veintidós (2022)
ACCIÓN DE TUTELA 54-001-41-05-002-2022-00635-00

Se encuentra al despacho esta acción de tutela radicada bajo el No. 54-001-41-05-002-2022-00635-00 instaurada por ANGELICA PATRICIA ORTEGA ROJAS en contra de la EPS SANITAS S.A.S para resolver sobre la concesión de la impugnación de la sentencia presentada por la accionada.

Revisada la solicitud se observa que fue presentada en la forma y términos que señala el artículo 31 del decreto 2591 de 1991 y la impugnante se encuentra legitimada por cuanto la decisión tomada le afecta, por lo cual es viable conceder la impugnación y se remite a la oficina de apoyo judicial para que sea repartida a los Juzgados Laborales Del Circuito de esta ciudad.

Dado lo anterior, este Despacho Judicial:

2/12/22, 10:03

Correo: Juzgado 02 Municipal Pequeñas Causas Laborales - N. De Santander - Cúcuta - Outlook

Entregado: AUTO DE IMPUGNACION Y DE ENVIO A REPARTO ANTE LOS JUECES LABORALES DEL CIRCUITO, TUTELA CON ANEXOS RADICADO 2022-00635

Microsoft Outlook

<MicrosoftExchange329e71ec88ae4615bbc36ab6ce41109e@etbcsj.onmicrosoft.com>

Vie 2/12/2022 9:28 AM

Para: Recepcion Demandas - N. De Santander - Cúcuta <demandascuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

[Recepcion Demandas - N. De Santander - Cúcuta \(demandascuc@cendoj.ramajudicial.gov.co\)](mailto:demandascuc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Asunto: AUTO DE IMPUGNACION Y DE ENVIO A REPARTO ANTE LOS JUECES LABORALES DEL CIRCUITO, TUTELA CON ANEXOS RADICADO 2022-00635

Aunado a ello, se tiene que el fallo de tutela de primera instancia se notificó personalmente vía correo electrónico del 22 de noviembre hogañ, por lo que, acorde el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, que dispone el término de 3 días siguientes a su notificación para impugnar el fallo, y el artículo 8 de la Ley que establece que las notificaciones personales efectuadas a través mensaje de datos a la dirección electrónica de notificación, se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes a su envío y recepción de acuse de recibido, luego de lo cual deberán empezarse a contar los términos legales; por lo que en este caso, el término apara impugnar fenecía el 29 de noviembre del año 2022, veamos:

22/11/22, 14:44

Correo: Juzgado 02 Municipal Pequeñas Causas Laborales - N. De Santander - Cúcuta - Outlook

FALLO DE TUTELA RADICADO N° 54001 4105 002 2022 00635 00

Juzgado 02 Municipal Pequeñas Causas Laborales - N. De Santander - Cúcuta

<j02mpclcuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 22/11/2022 11:42 AM

Para: notifiacjudiciales <notifiacjudiciales@keralty.com>; notificaciones judiciales@adres.gov.co
<notificaciones.judiciales@adres.gov.co>; Gerencia-Externo <gerencia@clnicasantaanasa.com>; solicitudjuridica
<solicitudjuridica@fcv.org>; sianltda@hotmail.com <sianltda@hotmail.com>; CLINICAC
<CLINICAC@CLINICACHICAMOGCHA.COM>; bienestarensalud2022@gmail.com
<bienestarensalud2022@gmail.com>; angelikapatricia6@gmail.com <angelikapatricia6@gmail.com>

San José de Cúcuta, 22 de noviembre de 2022

Cordial Saludo

Señores:

SANITAS EPS
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES
CLÍNICA SANTA ANA S.A.
HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA
CLÍNICA CHICAMOGCHA
ANGELICA PATRICIA ORTEGA ROJAS

En este sentido, esta Unidad Judicial se abstendrá de pronunciarse sobre la impugnación propuesta por la señora **ANGÉLICA PATRICIA ORTEGA RÍOS**, toda vez que la misma fue interpuesta encontrándose el término legalmente establecido para ejercerla.

2. ANTECEDENTES

2.1. Fundamento fáctico de la acción:

Manifiesta la accionante que en el año 2021 fue diagnosticada con “COLANGITIS -OBSTRUCCIÓN DEL CONDUCTO BILIAR -ICTERICIA NO ESPECIFICADA”, por lo cual ha sido remitida en diferentes oportunidades a la ciudad de Bucaramanga, donde ha sido atendida por el Hospital Internacional de Colombia.

Resaltó que su residencia se encuentra en la ciudad de Cúcuta, y actualmente le han ordenado nuevamente traslado para el Hospital Internacional de Colombia, no obstante, anteriormente había solicitado el cubrimiento de viáticos ante Sanitas EPS, y a la fecha no ha recibido respuesta a dicha solicitud.

De igual forma manifestó que sus actuales patologías ameritan tener una persona como acompañante a los servicios médicos que se le realizan constantemente, por otra parte, declaró que es una persona con escasos recursos económicos y el traslado constante de su lugar de residencia a las instalaciones donde se es prestado los servicios médicos requeridos conlleva a un gasto de dinero que no puede costear de forma continua.

2.2. Pretensiones:

Con fundamento en los anteriores hechos, la accionante solicitó la protección de derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, y en consecuencia, se ordene a la entidad **SANITAS EPS** a que autorice y garantice un tratamiento integral con todos los servicios, procedimientos, medicamentos, cirugías, valoraciones, insumos y exámenes que sean prescritos según el criterio del médico tratante, conforme a sus patologías, así mismo que se le ordene a la accionada el reconocimiento de viáticos ida y vuelta, en lo referente al traslado de su lugar de residencia a la ciudad de Bucaramanga en las instalaciones de salud donde le son prestados los servicios médicos.

1.3. Posición del extremo pasivo:

1.3.1. La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, respondió en primera instancia, lo siguiente:

Manifestó la vinculada que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, la prestación de los servicios de salud, así mismo aclaró que tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva del ADRES.

Conforme a lo anterior refirió que es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

1.3.2. La **CLÍNICA SANTA ANA S.A**, en primera instancia, informó lo siguiente:

Manifestó que a la accionante se le han prestado todos los servicios de salud cuando los ha requerido, por lo tanto, solicitó su desvinculación, pues refieren no haber vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, destacando que el conflicto se suscita entre la EPS Sanitas y la señora Angelica Patricia Ortega Rojas.

1.3.3. El **HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA**, en primera instancia, informó lo siguiente:

Manifestó que los servicios pretendidos por la señora Angelica Patricia Ortega Rojas, a través de la acción constitucional, aunque fueron ordenados por su institución, estos no han sido autorizados por

parte de su aseguradora, por otra parte, recalcó que los servicios que le han sido brindados por su parte, siempre han sido de manera prioritaria y a la fecha no se tienen órdenes pendientes.

Conforme ello solicitó su desvinculación, pues no han vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante.

1.3.4. La CLÍNICA CHICAMOCHA, en primera instancia, manifestó:

Refirió que lo solicitado por la accionante no tiene nada que ver con sus servicios e institución, pues no son los encargados de autorizar los viáticos y el tratamiento integral deprecado.

1.3.5. La EPS SANITAS, manifestó en primera instancia, lo siguiente:

Declaró la accionada que han realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la señora Angélica Patricia Ortega Rojas, de acuerdo a las coberturas del Plan de beneficios en Salud, y se le han brindado los servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud que han sido ordenados y autorizados por el médico tratante o junta médica por medio de la plataforma web (Reporte de Prescripción de Servicios y Tecnologías No cubiertas por el Plan De Beneficios con cargo a la UPC).

En relación con la pretensión del suministro de tratamiento integral, refirieron que sin que se cuente con orden o prescripción médica, no se puede presumir que en el futuro EPS Sanitas S.A.S., vulnerará o amenazará los derechos fundamentales de la accionante, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán, máxime cuando no han negado ningún servicio ordenado, y por el contrario los han autorizado de acuerdo con las prescripciones médicas.

Por otra parte, en lo que respecta a la solicitud de servicios de transporte (cada vez que requiera salir del municipio de residencia para cumplir con citas médicas), señalaron que se trata de una pretensión de carácter económica, la cual no debe ser cubierta por la EPS, ya que se trata de servicios de transporte los cuales no tiene relación con algún servicio de salud puntual que refiera la Accionante, sino cuando requiera salir del municipio. En efecto, indicaron que la Accionante solicitó transporte ilimitado para cuando necesite asistir a una cita médica u otros procedimientos relacionados con la patología que padece, lo cual no es procedente pues se enmarca en una solicitud de servicios futuros, hipotéticos e inciertos, que ni siquiera se han causado, por lo tanto, expresaron que se debe tener en cuenta que el servicio de transporte debe ser prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, quien de acuerdo a la patología y necesidades médicas del paciente, determinará el tipo de transporte que se debe suministrar (aéreo, terrestre, puerta a puerta, intermunicipal etc.) y si el paciente requiere o no acompañante a partir de la valoración médica con la que cuenta del paciente, tal y como lo indica la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia.

1.4. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 2022, **el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta**, resolvió lo siguiente:

Como primera medida TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas vulnerados por SANITAS EPS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En segunda medida, ORDENÓ a SANITAS EPS que en el término perentorio e improrrogable de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente proveído, autorice y suministre los emolumentos o los medios correspondientes a viáticos de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas entendidos como: traslado ida y regreso, transporte interno, hospedaje y alimentación, junto con un acompañante, por el medio de transporte que ordene el galeno, para asistir a los procedimientos médicos ordenados en el Hospital Internacional de Colombia en la ciudad de Bucaramanga en su fecha de programación, y para el manejo de su actual patología “COLANGITIS - OBSTRUCCIÓN DEL CONDUCTO BILIAR -ICTERICIA NO ESPECIFICADA”.

En tercera medida, NEGÓ el tratamiento integral solicitado, conforme lo expuesto en las motivaciones.

2.5. Impugnación:

La **EPS SANITAS** se opuso a la decisión adoptada por el ad quo, al considerar que no existe orden médica de prestador adscrito a esta EPS, quien es el profesional idóneo para determinar el servicio que requiere el usuario y no el Juez Constitucional, para ordenar los gastos de transporte a la accionante, así como tampoco advierte que los mismos se requieran con relación a los servicios de salud, así como también cuestiona que los mismos se ordenen de manera ilimitada, para servicios futuros, hipotéticos e inciertos.

Finalmente, de manera subsidiaria, se ordene de manera expresa a la **ADRES** a reintegrar el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud NO POS que sean ordenadas en su contra.

2.5. Trámite de segunda instancia:

Mediante el auto del 07 de diciembre de 2022, se admitió la impugnación presentada por la parte accionante en contra de la sentencia de tutela dictada dentro de la acción en referencia, efectuando el trámite correspondiente.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

En virtud de la impugnación presentada por la parte accionante, se debe determinar si es viable modificar el fallo proferido por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta, que AMPARÓ los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora ANGÉLICA PATRICIA ORTEGA ROJAS y con el cual manifiesta mediante escrito impugnación no estar de acuerdo con el mismo.

3.2. Fundamentos normativos y jurisprudenciales a considerar para resolver el problema jurídico:

2.2.1. Aspectos generales de la acción de tutela:

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de éstos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular.

2.2.2. Principio de integralidad del Derecho Fundamental a la Salud.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien

contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.

Dicho criterio es desarrollado por la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015 – en cuyo artículo 8 dispone:

“La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

En ese contexto, sostuvo la H. Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018 que el principio de integralidad que prevé la precitada ley opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio *“se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno”*.

En virtud del principio en comento, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(…) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia T-209 del 2013, indicó que: *“(…) que existe una serie de casos o situaciones que hacen necesario brindar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros); o de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras)”*. (Negrilla del Despacho) 

Así mismo, la Corte en reciente sentencia T-081 de 2019, ha señalado que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse lo siguiente:

“(…) (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.
(…)” (Negrilla del Despacho)

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y

¹ Sentencia T-760 de 2008.

mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine².

Del mismo modo, el máximo tribunal constitucional ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no ser así, le corresponde al juez constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T- 406 de 2015 sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. (Negrilla del Despacho)

2.2.3. Reglas jurisprudenciales para reconocer el transporte con el fin de garantizar un acceso real y efectivo del derecho a la salud.

Si bien en principio el servicio de transporte debe ser asumido por el usuario, la reglamentación del PBS ha incluido su garantía en la medida que en algunos casos es una prestación necesaria para el acceso efectivo a servicios de salud. Al respecto, esta Corporación expresó:

“(…) si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (…) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”³ (Negrilla fuera de texto)

Actualmente, el servicio de transporte está regulado en los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, la modalidad de transporte intraurbano no fue incluido en dicha regulación. No obstante, la H. Corte Constitucional estableció⁴ que **la EPS debe brindar el transporte y luego realizar los recobros correspondientes ante el FOSYGA, en aquellos casos en (i) que la falta de ese servicio sea un obstáculo para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y (ii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para pagar este servicio por su cuenta**⁵. Así, en sentencia T-155 de 2014, la Corte ordenó a la EPS que autorice el transporte requerido a una menor y su acompañante, dado que:

“No siendo suficiente tener derecho a acceder a un servicio médico si se carece de los medios para hacer de este un acceso real y efectivo, el derecho a la salud debe incluir, además del acceso formal a la atención médica, el suministro de los medios indispensables para materializar la prestación del servicio. Así, cuando se está frente a un caso en el cual un usuario del Sistema de Salud no tiene los recursos económicos para acceder a los servicios médicos que requiere, el Estado y las entidades de salud deben concurrir garantizando su acceso efectivo por virtud de la garantía de accesibilidad económica.” (Negrilla y Subraya del Despacho)

² Sentencia T-387 de 2018.

³ Sentencia T-056 de 2015.

⁴ Ver, entre otras, Sentencia T-1158 de 2001, Sentencia T-481 de 2011, T-859 de 2014 y T-012 de 2015.

⁵ La sentencia T-481 de 2011: “[S]e ocupó del caso de una mujer de cincuenta y cuatro (54) años que, a raíz de su obesidad y acumulación de grasa en las piernas, no podía desplazarse por sí misma hasta un centro médico ubicado en su municipio de residencia. Esto impedía que su enfermedad fuera valorada y diagnosticada. A pesar de que su médico tratante no ordenó el servicio de transporte, esta Corporación tuteló su derecho fundamental a la salud. De esta manera, le ordenó a la EPS a sufragar los gastos respectivos, dado que ni la paciente ni su familia tenían los recursos necesarios para tal efecto y el servicio médico era requerido con urgencia.”

Entonces le corresponde al juez de tutela evaluar en cada caso particular la pertinencia, necesidad y urgencia de autorizar el servicio de transporte **“en los eventos en los cuales, (i) el tratamiento sea imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona; (ii) el paciente o sus familiares carezcan de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento, y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genere riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente”**⁶. (Negrilla y Subraya del Despacho)

2.3. Caso Concreto:

Descendiendo al caso en concreto, se procede a estudiar si hay lugar a modificar el fallo proferido por el **JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA**, a través del cual se ampararon los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora **ANGÉLICA PATRICIA ORTEGA ROJAS**, disponiendo lo siguiente:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas vulnerados por SANITAS EPS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a SANITAS EPS que en el término perentorio e improrrogable de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente proveído, autorice y suministre los emolumentos o los medios correspondientes a viáticos de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas entendidos como: traslado ida y regreso, transporte interno, hospedaje y alimentación, junto con un acompañante, por el medio de transporte que ordene el galeno, para asistir a los procedimientos médicos ordenados en el Hospital Internacional de Colombia en la ciudad de Bucaramanga en su fecha de programación, y para el manejo de su actual patología “COLANGITIS - OBSTRUCCIÓN DEL CONDUCTO BILIAR - ICTERICIA NO ESPECIFICADA”.

TERCERO: NEGAR el tratamiento integral solicitado, conforme lo expuesto en las motivaciones.”

Inconforme con la anterior decisión, **SANITAS EPS** presentó impugnación en contra de la misma, argumentando que no existe orden médica de prestador adscrito a esta EPS, quien es el profesional idóneo para determinar el servicio que requiere el usuario y no el Juez Constitucional, para ordenar los gastos de transporte a la accionante, así como tampoco advierte que los mismos se requieran con relación a los servicios de salud, así como también cuestiona que los mismos se ordenen de manera ilimitada, para servicios futuros, hipotéticos e inciertos.

Finalmente, de manera subsidiaria, solicitó que se ordene de manera expresa a la **ADRES** a reintegrar el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud NO POS que sean ordenadas en su contra.

Sobre el particular, acorde a lo dispuesto en la Ley 1751 de 2015, artículo 6°, literal c, ***“(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”*** (Resaltado propio). Por lo que, el servicio de transporte, si bien no es un servicio médico, resulta un mecanismo efectivo para acceder a los mismos en condiciones dignas.

A su vez, la jurisprudencia de la H. Corte constitucional de manera pacífica ha establecido que la ausencia de servicio de transporte no puede ser una barrera de acceso a servicios de salud, estableciendo que las EPS deben brindar dicho servicio cuando ***“(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”***⁷.

Además, el máximo tribunal constitucional, también previó que el para ordenar el reconocimiento de un acompañante, se debe corroborar que el paciente ***“(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.”***⁸

⁶ Sentencia T-339 de 2013.

⁷ Entre otras, reiterado recientemente en Sentencia T-277 del 2022.

⁸ Ibidem.

Dicho esto, se encuentra el Despacho que la decisión adoptada por el Juez de Primera instancia se encuentra ajustada a los presupuestos jurisprudenciales previamente señalados, debido a que; (i) Se tiene por cierto en aplicación a la presunción de la buena fe, y dado a que la **EPS SANITAS** no lo desvirtuó, que la accionante, pese a encontrarse afiliada al régimen contributivo, gana 01 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente y tiene a su cargo a su hija de 17 años de edad **AVZO**; (ii) Que padece de **CONSTIPACIÓN, OBSTRUCCIÓN DEL CONDUCTO BILIAR, ICTERICIA NO ESPECIFICADA; CONVALECENCIA CONSECUTIVA A CIRUGÍA** consecuente a una **COLECISTECTOMÍA y RECONSTRUCCIÓN BILAR** realizada hace 13 años, por lo que ha requerido atención médica y procedimientos quirúrgicos en el último año en el **HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA**, donde en el mes de agosto hogaño le fue realizada una **DERIVACIÓN BILAR INTERNA EXTERNA IZQUIERDA CON OCLUSIÓN BILIAR, ESTENOSIS DE ANASTOMOSIS DE VÍA BILIAR; EXPLORACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN BILIAR**, de la que todavía requiere control postquirúrgico⁹, por lo que es evidente que resulta necesario acudir a estas consultas para garantizar su integridad física; (iii) que por su estado de salud convaleciente requiere acompañante; y (vi) que su médico tratante le prescribió orden de **TRASLADO ASISTENCIAL BASICO TERRESTRE PRIMARIO**.

Empero, considera necesario esta Instancia modificar la orden impartida, toda vez que obra en el archivo 14 del expediente de origen, que la señora **ANGELICA PATRICIA ORTEGA ROJAS** el 22 de noviembre hogaño, acudió al control que le fue prescrito en el mes de septiembre en el **HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA** ubicado en el área metropolitana de Bucaramanga, donde le fue prescrito, entre otras, **NUEVA SESIÓN DE BILIOPLASTIA + CAMBIO DEL CATETER EN 3 SEMANAS**, veamos:

Medicamentos ordenados-CIRUGIA GENERAL HIC-1595875:
Acetaminofen 500 mg TABLETA
Ibuprofeno TABLETA 400 mg
OmePRAZOL CAPSULA 20 mg

Exámenes y procedimientos ordenados-CIRUGIA GENERAL HIC:
BILIRRUBINAS TOTAL Y DIRECTA Traer reporte el dia del procedimiento
FOSFATASA ALCALINA Traer reporte el dia del procedimiento
TRANSAMINASA GLUTÁMICO OXALACÉTICA [ASPARTATO AMINO TRANSFERASA] Traer reporte el dia del procedimiento
TRANSAMINASA GLUTÁMICO-PIRÚVICA [ALANINO AMINO TRANSFERASA] Traer reporte el dia del procedimiento
CREATININA EN SUERO, ORINA U OTROS Traer reporte el dia del procedimiento
COLANGIOGRAFIA PERCUTANEA nueva sesion de bilioplastia en 3 semanas
INSERCIÓN DE DISPOSITIVO EN VÍA BILIAR VÍA PERCUTÁNEA nueva sesion de bilioplastia en 3 semanas
ANGIOPLASTIA O ATRECTOMIA DE VASOS ABDOMINALES CON BALON nueva sesion de bilioplastia en 3 semanas
EXTRACCIÓN DE TUBO EN T U OTRO TUBO DE VIA BILIAR O TUBO HEPATICO SOD nueva sesion de bilioplastia en 3 semanas

Plan:
Alta a casa con indicaciones
Nueva sesion de bilioplastia + cambio del cateter en 3 semanas (se entregan ordenes)
Incapacidad medica por 5 días
Traer reportes de laboratorios el dia del procedimiento (se entregan ordenes)

[Km 7 Via Piedecuesta - Floridablanca, Vereda de Menzuly. Teléfono (607) 6394040. Piedecuesta - Santander - Colombia - Sur América. CITA _____ Fecha: 4 - Lunes a



Angelica

Bajo este panorama, al encontrar acreditado que la señora **ANGELICA PATRICIA ORTEGA ROJAS** tiene pendiente la prestación de unos servicios médicos en el **HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA** ubicado en el área metropolitana de Bucaramanga, y al haber acreditado los presupuestos para ordenar los gastos de transporte para ella y una acompañante, es procedente disponer la protección del derecho a la salud de la accionante, ordenando el cubrimiento de estos.

Sin embargo, como quiera que la acción de tutela es improcedente respecto a hechos futuros e inciertos, conforme se ha reiterado en la Sentencia T-652 de 2012 al precisar que “Si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”; es necesario, **MODIFICAR** la orden para precisar su alcance, en el sentido de que la autorización y suministro de los emolumentos o los medios correspondientes a viáticos de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas entendidos como: traslado ida y regreso, transporte interno, hospedaje y alimentación, junto con un acompañante, por el medio de transporte que ordene el galeno, se otorgarán únicamente respecto al control ordenado en la consulta del 22 de noviembre hogaño.

⁹ Historia Clínica obrante en el archivo 001 del expediente.

no puede ordenar se ordenará MODIFICAR el numeral segundo del fallo de tutela proferido en primera instancia por el **JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES**, el cual quedará así:

“”

Como consecuencia de lo explicado, se **CONFIRMARÁ** en lo demás la decisión proferida por el **JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA**; por lo expuesto en la parte motiva.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 17 de noviembre de 2022, en el sentido de que la autorización y suministro de los emolumentos o los medios correspondientes a viáticos de la señora Angelica Patricia Ortega Rojas entendidos como: traslado ida y regreso, transporte interno, hospedaje y alimentación, junto con un acompañante, por el medio de transporte que ordene el galeno, se otorgarán únicamente respecto al control ordenado en la consulta del 22 de noviembre hog año.

SEGUNDO. CONFIRMAR la providencia en todo lo demás por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO. NOTIFICAR esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991 haciéndosele saber al accionado que el término con que cuenta para el cumplimiento de la orden aquí impartida empezará a correr a partir de la notificación.

QUINTO. Una vez ejecutoriada la presente providencia, en caso de no ser impugnada, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser seleccionada para revisión, se dispone a obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y el archivo de la acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS

Secretario





REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 54-001-31-05-003-2022-00399-00
ACCIONANTE: SILVANA LUCIA ISAZA REYES
ACCIONADO: UNIVERSIDAD LIBRE – UT CONVOCATORIA FGN 2021; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Teniendo como fundamento lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamentos fácticos jurídicamente relevantes:

Manifiesta el accionante que se inscribió en el concurso de méritos 001 del año 2001 celebrado entre UNIVERSIDAD LIBRE - UT CONVOCATORIA FGN 2021 (contratista) y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN (contratante), para dos cargos, así: para la OPECE I-106-10(3)-188107 aspirando en la modalidad de ingreso al cargo denominado PROFESIONAL INVESTIGADOR II, perteneciente al proceso misional denominado "Investigación y Judicialización"; y para la OPECE I-104-10(3)-188314 aspirando en la modalidad de ingreso al cargo denominado INVESTIGADOR EXPERTO, perteneciente también al proceso misional denominado "Investigación y Judicialización".

Refiere que, presentó en la plataforma SIDCA como requisito de estudio, el archivo PDF del escaneo del diploma otorgado por la Corporación Universitaria de Santander (hoy UDES) como Especialista en Gerencia de Empresas, título obtenido el 20 de mayo de 1998.

No obstante, expone que, el 03 de noviembre del año 2022, al consultar los resultados de la *valoración de antecedentes*, advirtió que el referido título no fue admitido como *documento válido para la asignación del puntaje en el ítem de educación formal* para el cargo de "INVESTIGADOR EXPERTO", pero si fue tomado en cuenta para el cargo de "PROFESIONAL INVESTIGADOR II", sin considerar que los dos cargos tienen 18 de sus 19 funciones de igual función y que los objetivos, plan de estudios y perfil del egresado de la especialización en "GERENCIA DE EMPRESAS" tienen aplicación al Sistema Penal Acusatorio, el cual se relaciona al cargo optado.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

Considera vulnerados sus derechos fundamentales de acceso a la igualdad, defensa, debido proceso y acceso a cargo públicos.

1.3. Pretensiones:

En aras de garantizar los derechos fundamentales anteriormente referidos, solicita se ordene a las entidades accionadas a validar y otorgue el puntaje a que haya lugar en el ítem EDUCACION FORMAL por la Especialización en GERENCIA DE EMPRESAS cursada y aprobada, con relación al cargo de "INVESTIGADOR EXPERTO".

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela se presentó el día 12 de diciembre de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, a través de proveído de la misma fecha se dispuso su admisión, así como negar el decreto de la medida provisional solicitada, notificándose tal actuación a las interesadas para garantizar su derecho a la defensa.

1.5. Posición del sujeto pasivo de la litis:

1.5.1. La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** se opone a la prosperidad de la acción de tutela, argumentando inicialmente que, la misma resulta improcedente para debatir controversias dentro del concurso de méritos, pues cuenta con los mecanismos ordinarios para debatir la respuesta brindada el 30 de noviembre del año 2022.

Aunado a ello, informa que, producto de la interposición de acción de tutela, esta entidad procedió a efectuar nuevamente una valoración a la inconformidad planteada por la accionante, encontrándose que la respuesta brindada el pasado 30 de noviembre a la inconformidad planteada se encuentra ajustada a derecho, pues la **ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE EMPRESAS** no se relaciona con las funciones del empleo ofertado “INVESTIGADOR EXPERTO”, pues no sólo se valoran las funciones del cargo, sino el propósito del mismo, cuyo enforque son las “*técnicas de investigación criminal*”

1.5.2. La **UNIVERSIDAD LIBRE – UT CONVOCATORIA FGN 2021**, pese a ser notificada en debida forma, guardó silencio

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2.1. Problema jurídico:

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a la acción de tutela de la referencia, corresponde a esta Instancia determinar si *¿resulta improcedente la presente acción de tutela para debatir la legalidad de la decisión adoptada por la entidad accionada dentro del proceso de selección del concurso de méritos FGN 2021?*

En caso de superar el anterior análisis de procedibilidad, corresponde al Despacho establecer si *¿las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales incoados por la accionante al no valorar y otorgar puntaje a la “ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE EMPRESAS” dentro del ítem de educación formal, de forma común para los dos cargos optados, considerando la equivalencia de sus funciones?*

2.2. Tesis del Despacho:

En el entender del Despacho, se configura una de las causales de improcedencia de la acción de tutela consagradas en el Decreto 2591 de 1991, ya que la alegada violación de derechos fundamentales proviene de una decisión de la entidad pública demandada plasmada en un acto administrativo definitivo de contenido particular y concreto, el cual puede ser demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo judicial que resulta eficaz y efectivo, pues la accionante por demás no demuestra la configuración de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales incoados.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:

2.3.1.1. Subsidiariedad de la Acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia dispone que toda persona podrá incoar la acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede solo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador

En lo que hace relación a la subsidiariedad, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sido enfática desde un inicio, en la necesidad de que el Juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia de tal regla, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 dicha Corporación, afirmó:

"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 lo anterior, se advierte que por regla general la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa.

En virtud de lo anterior, las reglas a las que debe sujetarse el ejercicio de la acción de tutela y su correcta ejecución por parte de los jueces, permiten que con la misma, a la vez que se consigue el propósito de la protección de los derechos fundamentales, no se desplacen las acciones ordinarias y de paso se evite que por esta vía se llegue a desarticular el sistema de competencias y procedimientos propio del Estado Constitucional de derecho.

También ha expresado dicho organismo de control constitucional que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales; que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales y que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la

subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).

A efectos de concretar lo expuesto, vale la pena citar un aparte de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en la cual se sintetiza lo expuesto en precedencia, así:

“Con fundamento en las anteriores normas la Corte Constitucional ha indicado que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Sin embargo, también ha dicho que esta regla tiene dos excepciones que se presentan cuando la acción de tutela es: (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados. (Subraya y negrilla del despacho)

Al efecto, cuando la afectación de los derechos fundamentales proviene de una decisión adoptada por la administración en un acto administrativo de contenido carácter particular y concreto, la parte interesada puede si a bien lo tiene, hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, constatándose entonces la existencia de un mecanismo de defensa judicial ordinario. Con respecto a la eficacia del mismo, son muchas las elucubraciones que pudiesen realizarse, principalmente relacionadas con la congestión judicial y la demora para resolver este tipo de controversias, lo cual ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional.

No obstante, no podemos pasar por alto que con la entrada **en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se ha dotado al Juez Contencioso Administrativos de mayores facultades para adoptar decisiones previas a la sentencia, facultades que han sido denominadas por el legislador como “medidas cautelares”, instituidas para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que ello implique prejuzgamiento.** La adopción de dichas medidas cautelares, que ya no se limitan simplemente a la suspensión de los efectos del acto administrativo, sino que pueden ser también preventivas, conservativas o anticipativas, conlleva la aplicación de un trámite expedito que consiste en correr traslado a la contraparte por 5 días y resolver dentro de los 10 días siguientes, que en términos prácticos sería casi similar al que se ha dispuesto para la resolución de las acciones de tutela. Aún más allá, **el artículo 234 de dicha norma procesal contempla la figura de las “medidas cautelares de urgencia”,** mediante las cuales el juez de conocimiento de plano puede adoptar cualquier medida cautelar sin agotar el trámite referido.

De tal manera, que al estar revestido el Juez Contencioso Administrativo de facultades similares a las que posee el Juez de tutela en tratándose de la adopción de medidas previas para garantizar la efectividad de los derechos reclamados, es pertinente dejar de lado aquella creencia de que se debe acudir a la acción de tutela simplemente porque la acción ordinaria contencioso administrativa es dispendiosa e ineficaz, ya que como se indicó anteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, existen dentro del procedimiento contencioso administrativo, mecanismos que permiten garantizar la eficacia y la protección de los derechos objeto de controversia.

2.3.1.2. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos:

De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley. El mismo artículo señala que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El Constituyente del 1991 al repensar el sistema de carrera administrativa para la provisión de los empleos públicos en Colombia, buscó privilegiar el mérito para contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen mejores índices de resultados, al punto que colaboren con el desarrollo económico del país¹. Así mismo, al implementar el sistema de mérito, apuntó a garantizar la igualdad de oportunidades entre los participantes para que se cumpla la selección de forma objetiva y, de esta forma, se consoliden la democracia y los principios de la función pública en el marco de un Estado social de derecho.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional.

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la H. Corte Constitucional al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los

¹ Corte Constitucional SU-917 de 2010.

cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa ; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

En este sentido, **la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma.** En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

2.3.2. Análisis del caso en concreto:

En el caso que nos ocupa, la señora **SILVANA LUCIA ISAZA REYES** en amparo de sus derechos fundamentales que considera vulnerados, pretende le sea ordenado a las entidades accionadas modificar el puntaje obtenido en el ítem de educación formal para el empleo optado denominado como “INVESTIGADOR EXPERTO”, valorando y otorgándole puntaje la *ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE EMPRESAS*, tal y como ocurrió en el otro cargo optado denominado “PROFESIONAL INVESTIGADOR II”, considerando que a este si fue tenida en cuenta dicha especialización como *“documento válido para la asignación de puntaje en el ítem de educación formal”*.

Pues bien, acorde el problema jurídico planteado, corresponde inicialmente a esta Instancia realizar el análisis de procedencia de esta acción de tutela, lo cual acaece en dos situaciones: (i) cuando en el ordenamiento jurídico no existan otros mecanismos de defensa judicial, idóneos y eficaces, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados; y (ii) cuando, a pesar de su existencia, el tutelante se encuentra expuesto a la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual, en principio, el amparo sería de carácter transitorio.

Al respecto, como se dijo anteriormente, se tiene que la señora **SILVANA LUCIA ISAZA REYES** con la interposición de la presente acción de amparo, pretende se ordena a las accionadas a modificar la decisión en comento, así como la obtenida el 30 de noviembre del año en curso², ante la oposición planteada en tal sentido, respecto de la cual no procede recurso alguno.

Por lo tanto, sin mayor esfuerzo, colige el Despacho que lo pretendido por la prenombrada no es otra cosa que cuestionar la legalidad del acto administrativo tanto que dispuso los resultados

² Páginas 36 a 46 del archivo 002 del expediente electrónico.

de la prueba de valoración de antecedentes, como del que resolvió la reclamación interpuesta en contra de este, en contra del que no procede recurso alguno, por lo que, en los términos del artículo 43 del CPACA, se constituye en un acto administrativo particular definitivo, el cuales se presume legal, esta que sólo puede ser desvirtuada por el Juez Contencioso Administrativo, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Sobre el particular, en concordancia con lo expuesto en acápites anteriores, el principio de subsidiariedad prevé que la acción de tutela no procederá *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

En este sentido en la sentencia T- 260 de 2018 se precisó que *“(…) una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”*.

Ahora, la eficacia de dar inicio a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido ampliamente debatida en asuntos relacionados a concursos de méritos, pues se ha establecido que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho podrían extenderse en el tiempo de forma injustificada hasta ser resueltas y que las mismas no garantizaban el acceso al cargo para el cual se concursó. Sin embargo, con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011 se concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección a través de medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia y una menor vulneración de derechos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019 expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del ‘objeto del proceso y la efectividad de la sentencia’. Teniendo en cuenta que ‘la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional’, los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18-002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”. (Negrilla del Despacho)

Sentado lo anterior, concluye esta Judicatura que la accionante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para resolver lo pretendido como es la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por cuanto es al Juez Contencioso a quien le corresponde realizar el control de legalidad del acto administrativo que pretende controvertir la prenombrada, si a bien lo tuviere, mecanismo tal que resulta eficaz pues, como se dijo en el acápite 2.3.1.1, reiterado en el párrafo anterior de esta providencia, el Juez Contencioso Administrativo está revestido de facultades similares a las que posee el Juez de Tutela, pues la Ley 1437 de 2011 prevé la adopción de medidas previas para garantizar la efectividad de los derechos reclamados, como lo son las *“medidas cautelares de urgencia”*, mediante las cuales el Juez, al momento de conocer la demanda, de plano puede adoptar cualquier medida cautelar sin necesidad de correr traslado a la contra parte.

De otra parte, la señora **SILVANA LUCIA ISAZA REYES** no acredita ni pone de presente la posible configuración en este momento de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales

invocados, y el Despacho tampoco lo advierte de lo probado el trámite tutelar, que desvirtúe la eficacia e idoneidad del mecanismo ordinario, pues de una parte, no se evidencia que las accionadas hubiesen vulnerado las garantías al debido proceso en las etapas de inscripción y verificación de requisitos, o en la respuesta brindada a la reclamación interpuesta oportunamente. De otra parte, la señora **ISAZA REYES** se encontraba concursando en el proceso de selección y frente a la misma solo tenía una mera expectativa, por lo que no hay certeza respecto de la aprobación de todas las demás etapas del concurso de méritos, esto que de ninguna manera genera derechos adquiridos respecto del empleo optado que amerite brindar una garantía al mismo.

En consecuencia, dado a que la accionante cuenta con un mecanismo ordinario para la controvertir la decisión adoptada por la entidad accionada, el cual resulta idóneo y eficaz, sin que se acreditaran la configuración de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales que requiriera un amparo transitorio de los mismos; no es dable a esta Judicatura entrar a analizar el fondo del asunto, debiéndose entonces declarar la improcedencia de la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario