



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

San José de Cúcuta, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2021-00143-00  
ACCIONANTE: JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ  
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

Procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela impetrada por **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ** contra la **NUEVA EPS**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la salud.

1. ANTECEDENTES

El señor **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ**, interpone la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que es paciente VIH – SIDA desde hace aprox. 20 años, en donde la **NUEVA EPS** le ha suministrado su tratamiento de forma correcta, sin embargo, actualmente está padeciendo otras enfermedades que le afectan su estado de salud.
- Explica que con prescripción médica se acercó a las instalaciones de **NUEVA EPS** con el fin de solicitar el medicamento XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID, pero la respuesta del funcionario es que faltaba MIPRES, por lo que no autorizaron los mismos.
- Señala que los medicamentos referidos son esenciales para mantenerse con vida y no se vea afectada su salud y su entorno familiar.

2. PETICIONES

La parte accionante solicita que se ordene a **NUEVA EPS** que autorice y entregue los medicamentos especificados por su galeno en razón a que su salud no se vea gravemente afectada.

3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

→ La **NUEVA EPS** manifestó que actualmente se encuentran en revisión de los trámites que se han llevado a cabo en el caso de la actora, sin embargo, que ello no quiere decir que se esté negando el servicio alegado o se esté prestando en indebida forma.

Asimismo, señalan que debido a que con la Ley Estatutaria del 2015 cambió el panorama de la salud en Colombia, se creó el aplicativo en línea MI PRESCRIPCIÓN o MIPRES, por lo que: “Al entrar en vigencia la citada ley, los afiliados al sistema podrán acceder a los medicamentos, procedimientos y/o servicios adicionales NO PBS que hayan prescrito sus médicos:

- A través de MIPRES, ahora su médico, odontólogo, optómetra o nutricionista podrán prescribirle sin necesidad de autorización.
- El profesional de la salud que le prescribe, le entregará la fórmula o un plan de manejo con un número de prescripción.
- La EPS deberá informarle dónde le suministrarán el servicio o tecnología.

- *Espere máximo cinco días para que la EPS le suministre el servicio o tecnología.”*

En este sentido, explican que no es capricho de la entidad la no entrega de medicamentos o autorización de procedimientos o insumos NO PBS pues tienen el deber de cumplir con la normatividad especial que regula el tema.

En lo que respecta el tratamiento integral, señalan que han actuado diligentemente es todos los requerimientos médicos que ha solicitado la accionante conforme las necesidades médicas que han expresado sus galenos tratantes, por lo que no consideran encontrarse vulnerando sus derechos fundamentales. Además, que la pretensión de tratamiento integral versa sobre derechos futuros e inciertos, lo que significa que no hay fundamento factico en una conducta positiva o negativa de la autoridad publica o de particulares.

## 6. CONSIDERACIONES

### 6.1. Problema Jurídico

De acuerdo a los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela, las pruebas aportadas y las respuestas de los accionados, este Despacho debe determinar si la **NUEVA EPS** vulneró los derechos a la vida, a la dignidad humana y la salud de la accionante **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ** por la negativa en la entrega de los medicamentos XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID por falta de MIPRES.

### 6.2. 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 2° 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 1° del artículo 6° 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.

### 6.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En atención a las anteriores precisiones normativas, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por el señor **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ**, por la defensa de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y a la salud en nombre propio, por lo que se encuentra legitimado para iniciar la misma.

### 6.4. Derecho fundamental a la salud

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de 1991, consagran la seguridad social y la salud, como un derecho social y económico de carácter irrenunciable y como un servicio público a cargo del Estado, en el cual debe garantizar el acceso de todas las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud, la H. Corte Constitucional ha fijado un criterio claro y reiterado, según el cual éste es un derecho autónomo, debido a que es necesario garantizar la vida digna de las personas y resulta ser indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; que en sí mismo considerado implica un cierto grado de complejidad, dado que protege diversos aspectos de la vida humana y comprende prestaciones de orden económico orientada al efectivo goce de éste derecho.

En la sentencia T-144 de 2008, la Corte Constitucional, explicó lo siguiente:

*“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico. Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 4*

*Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...*

*En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”*

Así mismo, en la sentencia T-760 de 2008, señaló:

*“(...) 3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.”*

*3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud*

de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘principio de igualdad en una sociedad’. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.’”

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio del derecho a la salud como derecho fundamental e irrenunciable, es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela de forma autónoma; y de acuerdo a lo planteado por el Máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia T-433 de 2014, es procedente en los siguientes casos: 1. Cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud o dentro de los planes de cobertura y la negativa no tiene Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 5 un fundamento estrictamente médico; 2. Cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica; 3. Cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos; y, 4. Cuando se desconoce el derecho al diagnóstico.

#### 6.1. Medicamentos no incluidos en el PBS

En relación con servicios, medicamentos, insumos no incluido en el PBS, la Corte Constitucional en la Sentencia T-235 de 2018, señaló que, además del requisito de subsidiariedad, se deben acreditar los siguientes presupuestos:

“43. En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.”

44. Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

45. Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

46. Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse

la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios. Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 6

47. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

48. La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera subregla, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio de un Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte, sino que su protección exige además asegurar la calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

49. En torno a la segunda subregla, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

50. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

- i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.
- ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.
- iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, la Sentencia T-899 de 2002, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservarla dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

En este mismo sentido, recientemente se han proferido sentencias como la T-226 de 2015[130]. En esta oportunidad, se ampararon los derechos a la salud y a la vida digna de una persona que tenía comprometida su movilidad, autonomía e independencia y se encontraba en estado de postración. Por lo anterior, ante la evidente necesidad y su circunstancia particular se consideró que era posible prescindir de la orden médica para ordenar la entrega de pañales y se indicó la Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 7 cantidad y periodicidad hasta que un médico tratante valorara a la paciente y determinara la cantidad precisa a entregar.

Así mismo, la Sentencia T- 014 de 2017[131], reiteró la jurisprudencia constitucional en los casos en que se reclaman servicios e insumos sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Bajo esta línea se ampararon los derechos de una persona adulta mayor que solicitó pañales sin prescripción médica en razón a que de la historia clínica se podía concluir la necesidad de dichos insumos.

Igualmente, la Sentencia T-120 de 2017[132], con respecto a la solicitud de pañales, expuso que aunque los pañales, pañitos húmedos y la crema antipañalitis no están incluidos dentro de los servicios o elementos que deben garantizar las EPS, en ese caso concreto se evidenció que eran necesarios en virtud del diagnóstico médico del menor de edad. Por tanto, se protegió el derecho a la vida digna del niño.

51. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”.

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.”

## 7. Caso Concreto

Así las cosas y de conformidad con el problema jurídico planteado y el precedente jurisprudencial citado, se debe determinar si la **NUEVA EPS** vulneró los derechos fundamentales de la accionante por la negativa en la entrega de los medicamentos XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID.

En el escrito allegado a la presente acción, la accionante manifiesta que desde hace 20 años padece VIH – SIDA, y que su tratamiento ha sido otorgado por NUEVA EPS de forma correcta. Sin embargo, tiene otros diagnósticos que están generando afectaciones a su salud, y le fueron expedidos medicamentos para el tratamiento de los mismo. Sin embargo, la entidad se negó a realizar la entrega en razón a que no son medicamentos NO PBS y requieren de MIPRES para su autorización y entrega.

Al respecto, NUEVA EPS señaló que se encontraba en revisión de la situación fáctica en comento por el señor **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ**, sin que hiciera pronunciamiento de fondo explicando las razones por las cuales no se hizo entrega efectiva del medicamento a la paciente.

En este sentido, en el caso en cuestión, el señor **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ** solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la salud con fundamento en la negativa de NUEVA EPS a su solicitud para la autorización y entrega de los medicamentos que requiere y fueron ordenados por su galeno el 18 de marzo de 2021.

Al respecto, la sentencia T – 1024 de 2010 señaló que *“la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que sus condiciones de existencia son indignas, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece. La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera subregla, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.”*

Así pues, se tiene que los medicamentos alegados en el escrito de tutela fueron prescritos a través de orden suscrita por médicos adscritos a NUEVA EPS. Al respecto, este Despacho advierte que la falta de habilitación en el MIPRES que aseveraron los médicos tratantes respecto del coche neurológico no puede convertirse en una barrera administrativa que imponga a los usuarios de los servicios de salud obstáculos para acceder a los insumos necesarios para conservar su salud. Así, la misma resolución señala que es obligación de las EPS garantizar el suministro oportuno a través de la red de prestadores de los servicios y tecnologías en salud no financiadas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC prescritos por los profesionales de la salud y **“[e]n ningún caso la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, podrá significar una barrera de acceso a los usuarios, bien sea por el diligenciamiento del aplicativo o por la prescripción realizada mediante el formulario que el Ministerio de Salud y Protección Social expida para tal fin.”**

Dado lo anterior, teniendo en cuenta la orden médica del 18 de marzo de 2021 en donde se indicó tratamiento con los medicamentos XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID, se avizora que corresponden al tratamiento de la enfermedad del accionante y de otros diagnósticos que se han desplegado por su salud, por lo que están en riesgo inminente sus derechos fundamentales conculcados.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la vulneración a los derechos fundamentales de la accionante referido por la entidad accionada para la autorización del tratamiento integral solicitado por la parte actora, este Despacho encuentra que aunque se ha respondido por el tratamiento del señor JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ, no se han realizado los trámites de manera acertada y proporcional a la situación de salud que padece, por cuanto existe dilación y demora en los trámites de autorización y realización, lo que pone en riesgo su salud. Dado lo anterior, como juez constitucional, se tiene la obligación de identificar en qué momentos se debe acudir a medidas impostergables que neutralicen la amenaza a los derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso en concreto, puede avizorarse que se han brindado las atenciones médicas que ha requerido el paciente, y la demora en uno de sus requerimientos, no puede ser el punto de partida de la medida de tratamiento integral. Es por esta razón que no se dará favorabilidad a la petición de la orden de tratamiento integral solicitado en la acción de tutela en cuestión.

Por esta medida, este Despacho luego de analizar la situación fáctica planeada, concluye que los derechos invocados por el señor JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ están siendo vulnerados por la entidad, toda vez que se realizó la petición para la autorización del procedimiento y se negó vía telefónica.

Por lo anterior, se tutelarán los derechos invocados en la presente acción por la accionante, y en consecuencia, se ordenará **NUEVA EPS** a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, realice sin ningún tipo de impedimento de carácter administrativo la autorización y entrega de los medicamentos XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID ordenados por el médico tratante el 18 de marzo del año en curso al accionante.

## 5. 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. TUTELAR** los derechos fundamentales del señor **JULIO CESAR SANCHEZ DÍAZ** por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO. ORDENAR** a **NUEVA EPS** a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, realice sin ningún tipo de impedimento de carácter administrativo la autorización y entrega de los medicamentos XTAND (ENZOLUTAMIDO) y REVLIMID ordenados por el médico tratante el 18 de marzo del año en curso al accionante.

**TERCERO. NOTIFICAR** esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991 haciéndole 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.

**CUARTO.** 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

Juzgado Tercero Laboral  
del Circuito de Cúcuta



REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TERCERO LABORAL DE CIRCUITO DE CÚCUTA

| DATOS GENERALES DEL PROCESO  |  |
|--|--|
| FECHA AUDIENCIA:   | 10 de marzo 2021                               |
| TIPO DE PROCESO:   | PROCESO ORDINARIO LABORAL                      |
| RADICADO:  | 54001-31-05003-2017-00427                      |
| DEMANDANTE:  | NICOL STEFANNY CORREDOR FIGUEREDO              |
| APODERADO DEL DEMANDANTE:  | DARWIN HUMBERTO CASTRO GOMEZ                   |
| DEMANDADO:   | UNIDAD DE MEDICINA MATERNOFETAL NORFETUS S.A.S |
| APODERADO DEL DEMANDADO:   | OMAR JAVIER GARCIA QUIÑONES                    |
| DEMANDADO:   | IPS CEDMI SAS                                  |
| REPRESENTANTE LEGAL CEDMI:   | NELSON OMAR SANCHEZ URE                        |
| APODERADO DEL DEMANDADO:   |  |
| INSTALACIÓN  |  |
| Se dejó constancia de la asistencia de las partes y sus apoderados judiciales.   |  |
| AUDIENCIA DE TRÁMITE   |  |
| <p>Práctica de Pruebas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Se aceptó el desistimiento de los testimonios decretados a favor de la parte demandante los señores <b>SAMUEL BAUTISTA VARGAS, DORIS RINCÓN ROJAS y ALBERTO GALVIS CENTURIÓN.</b></li> <li>B. Se practicaron los testimonios de <b>DACIA ACEVEDO QUIJANO y ANA MILENA MENDEZ.</b></li> <li>C. Se realizó el interrogatorio de parte a los representantes legales de <b>NORFETUS IPS SAS y CEDMI SAS.</b></li> <li>D. Se admitió el desistimiento de los testimonios decretados a favor de la parte demandada Norfetus SAS, correspondientes a <b>TATIANA PINTO BAUTISTA, PABLO ALBERTO GALVIS CENTURIÓN y LIZETH ORTEGA JAIMES.</b></li> <li>E. Se practicaron los testimonios de <b>MAYERLY GUEVARA PAREDES y SAMUEL BAUTISTA VARGAS.</b></li> <li>F. La demandante rindió interrogatorio de parte de la demandante. Se dispuso negar la práctica de la declaración de parte decretada a favor de la parte demandante.</li> </ul> <p>Se declara cerrado el debate probatorio.</p> <p><b>SE FIJA FECHA PARA CONTINUACIÓN DE AUDIECIA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EL DIA 14 DE MAYO DE 2021 A LAS 4:00 PM.</b></p> |  |
| FINALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA   |  |
| <p>Se anexa al expediente la presente acta y el correspondiente disco grabado.</p> <p style="text-align: center;"> <br/> <b>MARICELA C. NATERA MOLINA</b><br/>                     JUEZ                 </p> <p style="text-align: center;"> <b>LUCIO VILLAN ROJAS</b><br/>                     SECRETARIO                 </p>   |  |

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TERCERO LABORAL DE CIRCUITO DE CÚCUTA

| DATOS GENERALES DEL PROCESO  |   |
|--|---|
| FECHA AUDIENCIA:   | 10 de marzo 2021  |
| TIPO DE PROCESO:   | PROCESO ORDINARIO LABORAL                                       |
| RADICADO:  | 54001-31-05003-2019-00152                                       |
| DEMANDANTE:  | MARY LUCY ARIZA TORRES  |
| APODERADO DEL DEMANDANTE:  | WALTER EDGARDO RAMIREZ ALBARRACÍN                               |
| DEMANDADO:   | COLPENSIONES  |
| APODERADO DEL DEMANDADO:   | JOHANA GISELL SALAS TUPAZ                                       |
| DEMANDADO:   | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. |
| APODERADO DEL DEMANDADO:   | NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO                                      |
| PROCURADOR JUDICIAL 10 PARA ASUNTOS LABORALES  | CRISTIAN MAURICIO GALLEGO SOTO                                  |
| INSTALACIÓN  |   |
| Se dejó constancia de la asistencia de las partes y sus apoderados.  |   |
| AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN ART.77 CGP   |   |
| El derecho cuyo reconocimiento se pretende es irrenunciable de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la C.P., por lo que no es susceptible de conciliación.  |   |
| DECISIÓN EXCEPCIONES PREVIAS ART.32 CGP  |   |
| Las partes demandadas no propusieron excepciones previas.  |   |
| SANEAMIENTO DEL PROCESO  |   |
| No se observaron causales de nulidad o irregularidad procesal que invaliden lo actuado.  |   |
| Se ordenó seguir adelante con el trámite.  |   |
| FIJACIÓN DEL LITIGIO   |   |
| Se debe determinar si existe la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional de la parte demandante  |   |
| DECRETO DE PRUEBAS   |   |
| <b>PARTE DEMANDANTE</b>  |   |
| Documentales: Se ordenó tener como pruebas las documentales aportadas a la demanda   |   |
| <b>PARTE DEMANDADA COLPENSIONES</b>  |   |
| Documentales: Se ordenó tener como pruebas las documentales aportados den la contestación de la demanda  |   |
| Interrogatorio de parte: Se ordenó tener como prueba el interrogatorio de la parte demandante  |   |
| <b>PARTE DEMANDADA PROVENIR SA</b>   |   |
| Documentales: Se ordenó tener como pruebas las documentales aportados en la contestación de la demanda.  |   |
| <b>PARTE PROCURADOR GENERAL</b>  |   |
| Oficios: Se negaron las pruebas solicitadas.   |   |
| AUDIENCIA DE TRÁMITE   |   |
| Se inicia la práctica de pruebas las cuales son documentales que se encuentran aportadas con el expediente sobre las mismas no se presentó ningún desconocimiento o tacha de falsedad.   |   |
| Se hizo la práctica del interrogatorio de parte del demandante.  |   |
| Se declara cerrado el debate probatorio  |   |
| ALEGATOS DE CONCLUSIÓN   |   |
| Las partes presentaron sus alegatos de conclusión  |   |
| AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO   |   |
| SENTENCIA  |   |
| En relación con la ineficacia del traslado, la entidad demandada <b>PORVENIR S.A.</b> como Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tenía la obligación de demostrar que para el momento en que el actor solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba. |   |

Sin embargo, únicamente aportó el formulario de solicitud de vinculación suscrito por la demandante, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia; de esta manera, se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En relación con la pensión de vejez, la demandante cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debido a que cumplió los 57 años de edad el 30 de septiembre de 2018 y cotizó más de 1900 semanas. Dicho derecho se reconoce a partir de la fecha en que cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas, pero su disfrute se hace efectivo desde que se acredite el retiro del sistema conforme el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Por otra parte, el monto de la prestación se determinará de acuerdo con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

No se accede al reconocimiento de los intereses moratorios, debido a que COLPENSIONES asume la responsabilidad en el reconocimiento de la prestación como consecuencia de una posición jurisprudencial; pero se accederá a la indexación de las mesadas pensionales mes a mes desde la fecha en que se hagan exigibles y hasta que se haga efectivo su pago.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora **MARY LUCY ARIZA TORRES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, a devolver a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

**CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que valide la afiliación de la demandante, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, para financiar las prestaciones económicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

**QUINTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **MARY LUCY ARIZA TORRES** la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que cumplió con los requisitos de edad y semanas cotizadas, esto es, 30 de septiembre de 2018, condicionando el disfrute de esta pensión a que se acredite la desafiliación al sistema de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y disponiendo que a partir de esa fecha se realice la indexación de las mesadas causadas, desde el momento en que se hicieron exigibles y hasta que se haga efectivo el pago.

**SEXTO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a las entidades demandadas.

**OCTAVO: CONSULTAR** la providencia a favor de COLPENSIONES, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

**NOVENO: DISPONER** que el monto de la pensión de vejez deberá establecerse de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

**RECURSO DE APELACIÓN**

La partes demandadas interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido por el Despacho, por lo que se ordenó remitir el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta para que se surta la alzada y se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada Colpensiones.

**FINALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA**

Se anexa al expediente la presente acta y el correspondiente disco grabado.

  
**MARICELA C. NATERA MOLINA**  
JUEZ

**LUCIO VILLAN ROJAS**  
SECRETARIO



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

San José de Cúcuta, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

**RAD. JUZGADO:** 54-001-33-33-006-2021-00142-00.  
**ACCIONANTE:** LEONARDO CORREA GUERRERO  
**ACCIONADO:** INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – DAFP y la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS

Procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela impetrada por **LEONARDO CORREA GUERRERO** contra la **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – DAFP** y la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, principio de la confianza legítima, y derechos fundamentales de los niños.

1. ANTECEDENTES

El señor **LEONARDO CORREA GUERRERO**, interpone la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que adelantó el proceso de convocatoria pública abierta que suscribió el Instituto Nacional de Vías - INVIAS con el Departamento Administrativo de la Función Pública a través del convenio Interadministrativo de Cooperación No. 170 de 2019, con la expedición de la Resolución No. 275 del 04 de febrero de 2021 “por la cual se convoca a concurso público abierto para proveer las plazas de la serie de empleo de Director Territorial de las Direcciones Territoriales de Norte de Santander, Putumayo y Sucre, código 0042 grado 16.”
- Así pues, indica que, de acuerdo al cronograma de actividades, el 13 de abril de 2021 se publicaron los resultados de la prueba de conocimientos con los puntajes obtenidos por cada aspirante al cargo referido, en donde se publicaron solo a dos aspirantes, sin embargo, en la Resolución 275 de 2021, se especificó que en caso de que no fuera superada por mínimo 3 aspirantes la prueba, se declararía desierta la convocatoria.
- Señala que luego de presentar recursos sobre los resultados de la prueba de conocimiento, le confirmaron su puntaje correspondiente a 52/100 (31.20%). Sin embargo, el día 19 de abril se publicó lo que serían los resultados definitivos de la prueba de conocimiento con los cambios generados, en donde se agregó el puntaje de una persona que superó el puntaje mínimo requerido de 65/100.
- Para el accionante, ese cambio en el enfoque estructural y la metodología de la prueba, así como en la modificación de los resultados de la prueba, considera está vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, participación entre otros.

2. PETICIONES

La parte accionante solicita que se conceda la protección de sus derechos fundamentales de debido proceso, igualdad, acceso al empleo público tras concurso de mérito y el derecho a la igualdad, vulnerados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS**, y en consecuencia, se expida acto administrativo declarando desierto el concurso público abierto para proveer la plaza de Director Territorial de Norte de Santander contemplada en la Resolución No.275 del 04 de

febrero de 2021; o en su defecto, se suspendan los términos de la convocatoria pública referida y se dejen sin efectos los resultados definitivos publicados el día 19 de abril de 2021.

### 3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

→ El **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS**, estando debidamente notificada de la acción interpuesta a través del auto con fecha de 27 de abril de 2021, no respondió.

→ El **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA - DAFP** estando debidamente notificada de la acción interpuesta a través del auto con fecha de 27 de abril de 2021, no respondió.

→ LA **SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS** indicó que respondía a los hechos y pretensiones de la tutela en los mismos términos que la accionada INVIAS, quien fue la entidad encargada del proceso de selección ordenado a través de la resolución 275 del 4 de febrero de 2021.

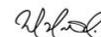
→ El señor **LEONEL VALERO ESCALANTE**, participante en el proceso de selección para el cargo de **Director Territorial del INVIAS para el departamento de Norte de Santander**, manifiesta que la prueba de conocimientos y la prueba de competencias y habilidades fueron desarrolladas conforme estaba estipulado, y que quienes cumplieron con los requisitos, y obtuvieron el puntaje superior al mínimo requerido, siguieron en el proceso.

Así pues, explica que el ajuste realizado por el DAFP al desatar los recursos interpuestos no solo fue técnico, sino que se llevó a cabo respetando el derecho fundamental a la igualdad de todos los participantes. Por lo anterior, señala que el hecho de que el accionante no esté de acuerdo con los ataques que otros colegas suyos realizaron a los resultados, es un asunto técnico que debe ser resuelto por vías ordinarias y no por la vía de tutela.

### 4. CONSIDERACIONES

#### a. Problema Jurídico

De acuerdo a los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela, las pruebas aportadas y la respuesta de la accionada, este Despacho debe determinar si la **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA - DAFP y la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS** vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público tras concurso de mérito y al trabajo del actor **LEONARDO CORREA GUERRERO**.



#### b. 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 2° 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 1° del artículo 6° 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.

### c. Legitimación en la causa por activa

En el artículo 86 inciso primero de nuestra Constitución Política, se consagra el derecho que tiene toda persona de *reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados*, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

El estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces y constituye un presupuesto procesal en la demanda. Ésta, configura una garantía de que la persona que presenta la acción de tutela tiene un interés directo y particular respecto del amparo que se solicita al juez constitucional, para que así, el fallador fácilmente logre establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del accionante. Se encuentra legitimado por activa quien promueva la acción de tutela siempre que concurren dos condiciones: (i) *que la persona actúe a nombre propio o a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso*; y, (ii) *procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales*<sup>1</sup>.

En concordancia con lo anterior, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por el señor **LEONARDO CORREA GUERRERO** quien actuó en nombre propio en pro del amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público tras concurso de mérito, principio de la confianza legítima, y derechos fundamentales de los niños.

### d. Requisito de subsidiariedad

Previamente a definir si es procedente la protección de los derechos invocados por el accionante, debe establecer este Despacho si se cumplen con el requisito de subsidiariedad que identifica a las acciones de tutela, con el fin de que a través de este mecanismo se puedan controvertir decisiones adoptadas por la administración pública, las cuales en principio deben ser controvertidas ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-313 de 2017, explicó lo siguiente:

*“De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

*Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.*

**No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. (...)**

*La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de*

<sup>1</sup> Sentencia T-435 de 2016

acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Ahora bien, esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien **estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos**, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2° y 3° del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).”

#### **e. Verificación de cumplimiento de requisitos de subsidiariedad**

De conformidad con lo anterior se debe determinar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para cuestionar en el marco de un concurso de méritos, la modificación a la lista de resultados definitivos de la prueba de conocimientos en la convocatoria abierta pública para el cargo de Director Territorial Código 0042, grado 16 de Norte de Santander del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.

De las pruebas allegadas a la presente acción, se observa que en efecto, el señor **LEONARDO CORREA GUERRERO** participó en la convocatoria de concurso público y abierto que suscribió el Instituto Nacional de Vías – INVIAS con el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP- para la designación de los Directores Territoriales, Código 0042, Grado 16 de las Direcciones Territoriales de Norte de Santander, en el cual tuvo un puntaje de 52/100 (31,20%), el cual fue ratificado por un tercer calificador asignado por la entidad accionada INVIAS.

Al verificar si en este caso se cumplen con los requisitos de subsidiariedad es pertinente señalar que el perjuicio irremediable consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño; ello implica algunas características a demostrar como la inminencia de que ocurra un daño grave y de urgente atención ante un daño antijurídico de carácter irreparable; debido a que

existen mecanismos judiciales previstos en la Ley que permiten la protección de los derechos, de forma que la procedencia de la misma es excepcional.

Bajo esta lógica, la Corte constitucional en la sentencia T-442 de 2014 explicó:

*“... el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa. Debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario[21], excepcional y residual, que no puede ser visto como una vía judicial adicional o paralela[22] que pueda sustituir a las vías judiciales ordinarias[23], como tampoco se ha establecido como un salvavidas, al que se pueda acudir para corregir los errores en que pudieron incurrir las partes, o para revivir términos ya fenecidos a consecuencia de la incuria procesal de esas mismas partes[24], que luego de haber dejado vencer los términos para hacer uso de los medios procesales ordinarios o especiales, acuden de manera soterrada a la acción de tutela para subsanar tales omisiones.”*

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos públicos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar.

De esta manera, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó y para este caso en específico, el señor **LEONARDO CORREA GUERRERO** tuvo un puntaje de 52/100 en donde el puntaje mínimo requerido era de 65/100 para figurar en la lista de elegibles, de conformidad con la Resolución N° 275 del 04 de febrero de 2021.

Conforme la pretensión del accionante, este Despacho considera que no puede existir discusión frente a los derechos que alega a través de la acción de tutela, pues también deben tenerse en consideración los derechos fundamentales de las personas que figuran en el resultado definitivo publicado, respetando el derecho fundamental a la igualdad; y no puede ser este utilizado como un mecanismo adicional para buscar una nueva calificación o una decisión diferente a las que se adoptaron en el trámite administrativo del Concurso, donde tuvo la oportunidad de ejercer debidamente su derecho de contradicción y defensa.

En este punto, existe la necesidad de hacer referencia al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, para el caso en concreto este presupuesto no se configura, pues a consideración del Despacho existen otros medios judiciales idóneos y concretos para atender forma integral y a juicio del juez ordinario las pretensiones y los derechos vulnerados que el accionante invoca.

Sumado a lo anterior, por las circunstancias particulares del solicitante no se avizora la posible materialización de un perjuicio irremediable, pues no se vislumbra una afectación grave e inminente a un derecho fundamental.

Por consiguiente, analizando el caso en cuestión, se evidencia que existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial a los que el accionante puede acudir, pues no se logra constatar la existencia de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales por la modificación que realizó la entidad al resultado definitivo del 13 de abril de 2021 de la prueba de conocimientos realizada.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Despacho concluye que, luego de analizar la situación fáctica planteada, la acción de tutela interpuesta por el señor LEONARDO CORREA GUERRERO resulta improcedente, pues no se cumple el presupuesto de subsidiariedad de la misma al no configurarse un perjuicio irremediable por la vulneración de sus derechos fundamentales, por lo que el accionante puede acudir a otros medios judiciales ordinarios que resultan idóneos y eficaces para resolver la controversia presentada.

## 1. 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. DECLARAR** la improcedencia de la presente acción de tutela de conformidad con lo explicado en la parte motiva.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** 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



**Juzgado Tercero Laboral  
del Circuito de Cúcuta**

