

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Tutela No. 47-2020-00215-00

Teniendo en cuenta que la anterior solicitud reúne los requisitos exigidos por el Decreto 2591 de 1991, el Juzgado DISPONE:

**PRIMERO:** ADMITIR a trámite la presente tutela instaurada por HENRY PARRA en contra del JUZGADO 68 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.

**SEGUNDO:** En virtud de lo anterior y en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, SOLICITAR a las sedes judiciales accionadas y vinculada que, en el improrrogable término de UN (01) DÍA contado a partir de la notificación de esta decisión, so pena de que se tengan por ciertos los hechos de esta tutela, dé respuesta a todo lo manifestado en el escrito tutelar y remita un informe pormenorizado de los antecedentes del caso, en lo que concierne al proceso No. 2019-00375-00 se le envía copia de a petición de tutela y sus anexos.

**TERCERO:** ORDENAR al JUZGADO 68 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ para que por conducto de dicha dependencia, se notifique a todas las partes, apoderados, curadores, y demás intervinientes, del Proceso No. 2019-00375-00, donde el actor de estas diligencias es interesado.

**CUARTO:** Por secretaría y por el medio más expedito e idóneo, procédase a notificar esta determinación tanto a la parte accionante como a la accionada, dejando las constancias del caso. Inténtese la notificación de ésta a través de los medios electrónicos disponibles.

Para todos los efectos dese cumplimiento a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20- 11546, PCSJA20- 11549, PCSJA20- 11556, PCSJA20- 11567,

PCSJA20- 11614, PCSJA20- 11622 Y PCSJA20- 11632 del Consejo Superior de la Judicatura.

Cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**858c1930e5ba9fe908abebc58088ce5c27686c879e4e90f4e2749f8259b13dbe**

Documento generado en 05/10/2020 06:26:49 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

Acción de tutela - primera instancia No. 2020-00192-00

Surtido el trámite de esta instancia, procede el Juzgado a decidir la Acción de Tutela interpuesta por EDWARD FRANCISCO BOLIVAR RODRIGUEZ contra la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales.

**I. ANTECEDENTES**

El ciudadano EDWARD FRANCISCO BOLIVAR RODRIGUEZ, actuando en causa propia, interpuso acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales, tras considerar que dicha entidad violentó su derecho al debido proceso, con las actuaciones adelantadas al interior del trámite No. 19-194819-17-0 adelantado en contra de INTERNACIONAL DE VEHICULOS LIMITADA.

El accionante fundamenta sus peticiones en los hechos que a continuación se compendian:

Indico que el día 28 de agosto del 2019 por medio de apoderado judicial, interpuso una acción de protección al consumidor, ante la SIC - Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales en contra de la sociedad Internacional de vehículos Chevrolet, actuación que fue admitida mediante auto del 16 de septiembre de 2019 y cuya providencia nunca les fue notificada.

Para el día 15 de octubre de 2019, la entidad Internacional de vehículos contestó la demanda y propuso excepciones las que denominó *“DE LA FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA / DE LA NO CONFIGURACION DE CONDICION RESOLUTORIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / DE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE INTERNACIONAL DE VEHICULOS LTDA / DE LA AUSENCIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”*

Agregó el actor que el 26 de mayo de 2020, se programó fecha de audiencia – artículos 372 y 373 del Código General del Proceso la cual se realizó el día 09 de junio del mismo año a las 8:00 am por medios virtuales, más sin embargo el no pudo estar presente en la misma, pues para tal data tuvo cortes en la energía eléctrica y le fue imposible participar en la actuación.

Señaló que en dicha audiencia, se negaron las pretensiones de la demanda por ser prosperas las excepciones planteadas por la entidad demandada y que fue condenado al pago de las costas procesales, e indicó que en la actuación efectuada el pasado 09 de junio el profesional universitario, hizo un relato sucinto del porque no era dable acceder a sus pretensiones señalando que la demanda interpuesta por él no iba encaminada al cumplimiento de garantías y/o condiciones de calidad de vehículo si no al contrato de financiamiento con Finandina, y por ello la SIC no era competente para conocer de dicha demanda.

Consideró el actor que la SIC Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales desde el inicio del proceso debió declarar la falta de competencia para conocer de la demanda al tenor del artículo 90 del Código General del proceso y por ello no debió haber esperado un año para realizar tal manifestación y que para la fecha no se encuentra en la capacidad económica de pagar las costas procesales.

### **Lo Pretendido**

Solicita el ciudadano, que se le ampare su derecho al debido proceso y se declare la NULIDAD de la actuación desde el 9 de junio de 2020, fecha en que se realizaron las audiencias reguladas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, generando con ello el no pago de las costas procesales y la declaración de pérdida de competencia por parte de SIC Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales y sean remitidas las diligencias a la entidad respectiva.

### **Actuación Procesal**

La acción de tutela fue admitida en auto del 23 de septiembre de 2020, en el cual se ordenó oficiar a la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales, para que se pronunciara sobre los hechos de la tutela y remitiera un informe pormenorizado del expediente No. 19-194819-17-0, e igualmente notificara a las partes y terceros intervinientes, para lo cual allegó copia de los oficios en el escrito de contestación y manifestó haberle enviado a sus destinatarios, poniéndoles en conocimiento la admisión de la presente acción de tutela para que ejerzan el derecho de defensa.

En informe presentado por la Coordinadora Grupo de Trabajo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio, se pronunció frente a los hechos de la acción de tutela y solicitó negar el amparo pretendido, por cuanto no hay quebrantos de derechos fundamentales invocados.

Señalando sobre el caso que nos ocupa que, conoció del proceso – demanda de acción de protección al consumidor, la cual fue admitida mediante auto del 16 de septiembre de 2019, en el cual la parte aquí accionante es el demandante, fallando el trámite el 09 de junio de 2020, respetando los términos y derechos que tienen las partes a controvertir las pruebas.

Por lo que, se observa que al interior del trámite se garantizaron todos y cada uno de los derechos que los ciudadanos tienen, sin que al señor Bolívar Rodríguez se le hubieren vulnerado derechos fundamentales.

Surtido el trámite indicado, se entra a decidir lo respectivo, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**

La Constitución Nacional en su artículo 86 consagró un nuevo instrumento a las personas para reclamar del Estado en forma preferente y sumaria *"la protección inmediata de los derechos fundamentales consagrados en la misma Carta"*, cuando quiera que se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en determinadas eventualidades.

La acción referida se caracteriza por una serie de principios y exigencias que deben ser analizadas y vigiladas en forma estricta. Uno de los principios característicos es su naturaleza judicial, en virtud a que se estructuró como acción para ser ejercida ante los jueces con el propósito de obtener una orden. Su objeto *"protector inmediato o cautelar"*, su causa *"típica"*, cual es el cercenamiento o amenaza de derechos

constitucionales, su procedimiento *“especial, preferente y sumario”*, igualmente son elementos que caracterizan la acción aludida. De otro lado, se le atribuye carácter subsidiario y eventualmente accesorio en la medida en que sólo puede interponerse en ausencia de cualquier otro mecanismo que al respecto pueda existir para salvaguardar tales derechos.

El despacho abordará primeramente el estudio del debido proceso en el entendido que si se encuentra su vulneración, al tutelarse, cesará la eventual vulneración de los demás derechos invocados por el accionante, pues aquel subsume a estos.

El artículo 29 de la Constitución Nacional establece:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*

Sobre el debido proceso, en sentencia T-200/2004, dijo la Corte Constitucional:

*“En la sentencia T – 924 de 2002 la Corte Constitucional señaló que “el debido proceso y el acceso a la justicia se atribuyen a las personas, naturales y jurídicas, porque son derechos que se basan en la capacidad de obrar de unas y otras, no en la naturaleza de su personalidad. Prueba de ello es que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que el artículo 229 constitucional garantiza a toda persona el acceso a la justicia.*

*En numerosas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela procede, de forma excepcional, contra providencias judiciales. Desde las sentencias T – 006 y T – 494 de 1992, la Corte Constitucional comenzó a precisar que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para evitar que a las personas les sean vulnerados sus derechos fundamentales, sin importar si el origen de dicha afectación es una decisión judicial. Si bien en la sentencia C - 543 de 1992 se declararon inexecutable los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, en esa misma decisión se señaló su procedencia excepcional, sujeta a criterios precisos que la Corte ha venido fijando a lo largo de su jurisprudencia.*

*En la sentencia T – 079 de 1993, con base en una decisión tomada por la misma Corte Suprema de Justicia, en donde precisamente concedió una acción de tutela contra una sentencia judicial, y respetando la ratio decidendi de la sentencia C – 543 de 1993, se comenzaría a construir y desarrollar esos criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En múltiples ocasiones, esta Corporación ha señalado que en aquellos eventos en los cuales puede constatarse la existencia de una vía de hecho, se configura una vulneración a principios constitucionales fundamentales, entre los cuales pueden destacarse el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o el derecho de defensa, entre otros, que permiten acceder a la protección de tutela.*

*En reciente jurisprudencia, la Corte ha comenzado a rediseñar el enunciado dogmático de “vía de hecho” como fundamento de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así, en la sentencia T – 949 de 2003, esta corporación señaló lo siguiente:*

*Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. (...) En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela*

con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”

La necesidad de estas redefiniciones dogmáticas, tiene como base una interpretación armónica de la función de la acción de tutela, con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, especialmente los establecidos en el artículo 2 superior. Allí, el constituyente estableció que uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” para lo cual previó en el artículo 86, un mecanismo de amparo que no admite excepciones cuando de proteger derechos fundamentales se trata, a menos que el afectado disponga de un medio de defensa judicial más idóneo.

(...) Este nuevo entendimiento de la acción de tutela contra sentencias judiciales, permitió afirmar a la Corte Constitucional en la sentencia T – 1031 de 2001, que ésta no sólo procede cuando puede constatarse la imposición grosera y burda del criterio de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, sino que también involucra aquellos eventos en los cuales una decisión judicial se aparta de los precedentes sin motivación alguna, o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”

Esta Corporación, también ha identificado aquellas hipótesis en las cuales puede afirmarse que una decisión judicial vulnera los principios, mandatos y garantías constitucionales a través de la afectación de los derechos fundamentales. Su desarrollo puede rastrearse desde la sentencia T–231 de 1994, en donde se señaló que la tutela procede contra sentencias judiciales, cuando en éstas puede constatarse la existencia de un defecto sustantivo, el cual ocurre cuando se aplica una norma claramente improcedente para el caso concreto; de un defecto fáctico, cuando puede apreciarse un error grosero en la valoración probatoria; de un defecto orgánico, cuando se da una falta absoluta de competencia; y de un defecto procedimental, en aquellos eventos en los cuales la autoridad judicial desconoce por completo los procedimientos establecidos por la ley.

Estos criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, han venido sistematizándose y racionalizándose a lo largo de las decisiones de constitucionalidad en casos concretos. Tales criterios, han sido clasificados en por lo menos seis eventos que pueden ser señalados de la siguiente manera:

i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido.

ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual varía drásticamente el sentido del fallo proferido.

iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia.

iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes

en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos.

v) *Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.*

vi) *Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto*

*Debe repetirse, sin embargo, que las anteriores causales para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, siguen teniendo un carácter excepcional, previstas para ser ejercida indistintamente por una persona natural o jurídica, en aquellos eventos en los cuales se tipifica uno de esos precisos eventos.”*

De igual modo, debe también ponerse de presente que para que proceda una acción de tutela, es menester que la parte accionante haya utilizado en forma oportuna todos los mecanismos de defensa que tenía a su alcance para la defensa de sus derechos fundamentales.

Frente a este tópico, ha reiterado la H. Corte Constitucional, que:

*“...Es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios. Es incorrecto pensar que la acción de tutela puede asumirse como un medio de defensa judicial paralelo al sistema de jurisdicciones y competencias ordinarias y especiales.*

*‘...El juez de tutela no puede entrar a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, especialmente si los mecanismos que permiten conjurar las posibles falencias que se suscitan durante los trámites procesales no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias que consagra la ley. El agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulta ser entonces, no sólo una exigencia mínima de diligencia de los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales, sino un requisito necesario para la procedibilidad de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial; circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en la acción de tutela...”.<sup>1</sup>*

### **Caso en concreto**

Para el trámite que nos ocupa, esta juzgadora advierte que en el presente asunto, no se cumple con el requisito de procedibilidad atinente a la subsidiariedad, por cuanto la pretensión de este trámite como tal es nulificar la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales, dentro del expediente No. 19-194819-17-0, de fecha 09 de junio de 2020, sin que por lo menos el señor Edward Francisco Bolívar Rodríguez o su

apoderada judicial en el expediente antes mencionado, acreditaran que incoaron los medios judiciales que la ley procesal le otorgó a fin de impugnar las decisiones emanadas al interior de la demanda de acción de protección al consumidor, la cual es de menor cuantía.

Agregase a lo antes dicho, que el actor confiesa en los hechos de la acción constitucional que no acudió a la diligencia fijada para el 09 de junio de 2020 por temas ajenos a su voluntad pero que fue representado por la profesional en derecho JENNIFER ANDREA CASTRO TOVAR, quien debió ejercer las actividades pertinentes en pro de las pretensiones de su poderdante.

No debe olvidar el actor, que el trámite Constitucional no está instituido con el fin de revivir términos fenecidos, dado que las tutelas en contra de providencias judiciales como se citó en el acápite respetivo, deben estar antecedidas del agotamiento, total de los medios ordinarios que el mismo legislador le entregó a los litigantes a fin de asegurar el cumplimiento del derecho al debido proceso que el aquí accionante reclama y que cita le fue vulnerado por la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales-, dentro del expediente No. 19-194819-17-0, al momento en que profirió la decisión que dio fin a la instancia y la cual se encuentra en firme por la no interposición de los recursos ordinarios que se debían interponer en lapsos concretos regulados por el Código General del Proceso.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos ha dicho que:

*“...el accionante no puede acudir a la justicia constitucional en pos de oportunidades defensivas adicionales, ya que la falta de proposición oportuna de los medios de resguardo diseñados para las correspondientes actuaciones, constituye una desidia procesal que no puede sanearse con la subsidiaria acción de tutela, toda vez que, como se ha reconocido ampliamente por la jurisprudencia, cuando las partes dejan de utilizar los mecanismos de protección previstos por el orden jurídico, quedan sujetas a las consecuencias de las decisiones que le sean adversas, que serían el fruto de su propia incuria, tanto más si se tiene en cuenta que al conductor de esta herramienta le está vedado injerir en las decisiones o instrucciones del juez de conocimiento, so pena de invadir su órbita funcional autónoma y quebrantar el debido proceso.”* (CSJ STC, 18 jul. 2014, rad. 00274-01, reiterada entre muchas otras, en STC13116-2015 y, STC1896-2016, 18 feb. rad. 02302-01).

Las consideraciones expuestas permiten concluir que en el presente caso la acción de tutela resulta improcedente, pues no se cumplen los requisitos que hagan viable el estudio de fondo del amparo invocado.

## **DECISIÓN**

En virtud a lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución;

## **RESUELVE:**

**PRIMERO:** NO CONCEDER la TUTELA solicitada por el señor EDWARD FRANCISCO BOLIVAR RODRIGUEZ, por las consideraciones anotadas en la presente providencia.

**SEGUNDO:** NOTIFICAR el presente fallo a las partes, por Secretaría procédase en la forma y términos indicados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación, en la forma prevenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: DISPONER que si este fallo no es impugnado por Secretaría se remita la actuación de tutela a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión; y, el expediente facilitado en préstamo REGRESE al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5cfec1b508da2fafdc91954b822c39333f217b64febc36d6f75841042e0e7359**

Documento generado en 05/10/2020 06:25:15 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

**Proceso:** Ordinario

**Demandante:** Sandra Patricia Garzón Niño y otros.

**Demandados:** Famisanar Cafam EPS, y otros

**Expediente:** 1100131030-20201200291-00

Procede el Despacho de conformidad con lo autorizado por el numeral 5º del art. 373 del C. G. del P., a emitir por escrito el fallo que en derecho corresponda, dentro del asunto de la referencia:

**I. ANTECEDENTES:**

**Pretensiones:**

1. Por intermedio de apoderado judicial, Sandra Garzón Niño y Carlos Andrés Arévalo Roa, actuando en su nombre y en representación de la menor Laura Daniela Arévalo Garzón, y Andrés Felipe Arévalo Garzón, demandaron a Famisanar Cafam EPS, IPS Cafam, Fundación Hospital Infantil Universitario de San José y La Sociedad de Estudios Anatomopatológicos LTDA, para que, en sentencia se declare que los demandados son civil, solidaria y extracontractualmente responsables de los hechos ocurridos entre el 18 de febrero y 1 de agosto de 2011, cuando erróneamente le fue diagnosticado a la señora Sandra Garzón Niño, un cáncer gástrico, por ello fue sometida a un procedimiento quirúrgico que culminó con la extracción total de su estómago.

1.2. En consecuencia, pidió que se condene a los demandados Famisanar Cafam EPS, IPS Cafam, Fundación Hospital Infantil Universitario de San José y La Sociedad de Estudios Anatomopatológicos LTDA, a que paguen de manera

solidaria el valor de los perjuicios causados, en la forma y términos descritos en el escrito demandatorio folios 49, 50, del cuaderno No 1, del presente proceso.

### **Los Hechos**

2. Como fundamento de las anteriores pretensiones se adujo que el día 18 de febrero de 2011, la señora Sandra Garzón Niño, asistió a cita con el gastroenterólogo debido a que sufría de gastritis, por lo que le ordenaron la práctica de una endoscopia y examen de biopsia.

2.1. El día 27 de abril de 2011, se le practicó a la señora Garzón Niño, una endoscopia digestiva alta en el Centro de Servicios de Gastroenterología de Cafam y el examen de biopsia en el laboratorio Estudios Anatomopatológicos Ltda, a folio 46, se observa el resultado de citado procedimiento.

2.2. El día 30 de junio de 2011, se le realizó a la señora Garzón Niño, “gastrectomía total por adenocarcinoma gástrico”, ordenada por los médicos tratantes. No obstante, el médico Orlando Velásquez, al salir de cirugía informó el parte médico al compañero permanente de la señora Garzón Niño, expresando que lo único encontrado fue unos ganglios en el estómago, los cuales fueron enviados a patología para el respectivo estudio.

2.3. Posteriormente, el 28 de julio de 2011, la señora Garzón Niño, asistió a consulta con el médico Orlando Velásquez, a quien le manifestó que presentaba inconvenientes al comer, y el médico le indicó que debía tomarse una hora para ingerir la alimentación.

2.4. Luego del procedimiento quirúrgico los demandantes solicitaron las placas a la EPS Famisanar, quienes manifestaron que esa patología la habían desechado, por lo que la señora Garzón Niño, llamó a patología y le manifestaron que habían hecho lo máximo con el estómago, pues lo normal para un estudio era mapearlo 15 veces y el médico patólogo lo había efectuado 60 veces.

2.5. Consecutivamente, el 1 de agosto de 2011, le fue entregado al señor

Carlos Arévalo Roa (compañero permanente de la demandante) la placa y los bloques histológicos de la biopsia y los llevó al patólogo de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, quien el mismo día entregó el resultado, a folio 48 del cuaderno No 1.

2.6. Alude la apoderada de la parte demandante que del anterior resultado se puede establecer que la señora Garzón Niño, no presentaba ningún tipo de tumor maligno, razón por la cual el diagnóstico de cáncer fue errado y era innecesaria la realización de la gastrectomía total.

2.7. De otra parte, refiere que la señora Garzón Niño, prestaba sus servicios como docente, reportando ingresos mensuales de \$640.000.

2.8. Los demandantes solicitaron ante el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá, audiencia de conciliación, el día 13 de septiembre de 2011. Sin embargo, no llegaron a un acuerdo, razón por la cual fueron dejados en libertad de acudir ante la jurisdicción ordinaria. (folio 6)

### **Actuación Procesal**

3. La demanda fue admitida mediante auto del 17 de julio de 2012, por el Juzgado Veinte Civil del Circuito, quien inicialmente tuvo conocimiento del proceso. Los demandados Estudios Anatomopatológicos, Famisanar, Fundación Hospital Universitario San José, fueron notificados por correo certificado.

3.1. El demandado Estudios Anatomopatológicos Ltda., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y solicitó se decrete el siguiente medio de defensa que denominó “inexistencia de responsabilidad”.

3.2. El demandado Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, contestó la demanda y en síntesis, se opuso a la prosperidad de la misma. Además, presentó como excepciones de fondo “Inexistencia de los requisitos para que se presente la responsabilidad civil por parte de la demandada Fundación Hospital Infantil Universitario de San José” “Inexistencia de la obligación de indemnización

de eventuales perjuicios a cargo de la demandada, por cuanto el daño que reclama la paciente y sus consecuencias no son atribuibles a acción u omisión de la demandada” “Cumplimiento cabal de las obligaciones de la demandada”.

3.3. Por su parte la demandada Famisanar Ltda., contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de la acción y formuló las excepciones de Inexistencia de responsabilidad por cumplir obligaciones legales, inexistencia por no prestar directamente el servicio, acto médico ajustado a la Lex artis, inexistencia de nexo causal entre la conducta y el resultado y la ausencia de perjuicios.

3.4. Los demandados Estudios Anatomopatologicos Ltda y la Fundación Hospital Universitario Infantil San José, presentaron llamamiento en garantía a Mapfre Seguros S.A., el cual fue admitido por el Juzgado 20 Civil del Circuito, la aseguradora en ambos casos contestó oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, como del llamado en garantía y propuso excepciones de mérito.

3.5. La parte demandante recorrió el traslado de los medios exceptivos, fracasada la conciliación en la audiencia de que trata el art. 101 del C. G. del P., mediante auto de fecha 4 de febrero de 2015, se abrió a pruebas el proceso y practicadas las probanzas, se celebró la audiencia contemplada en el art. 373 del C. G. del P., oportunidad en la cual se evacuaron sus etapas, se escucharon los alegatos de conclusión y se anunció que el fallo se dictaría por escrito.

## **II. CONSIDERACIONES**

1. Reunidos como se encuentran los presupuestos adjetivos y no advirtiéndose vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, resulta procedente dictar el fallo que resuelva el fondo de la controversia formulada por la parte actora.

### **2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.**

Sabido es, que desde el siglo XIX en el régimen de la responsabilidad por el

daño ocasionado a otro, hay lugar a reparación siempre que se vulnere injustamente un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, está obligado a indemnizar quien con dolo o culpa lesiona la integridad personal, la libertad, el buen nombre, la propiedad u otro bien jurídico ajeno. Un bien está jurídicamente protegido cuando está dotado de una tutela y tratamiento por el ordenamiento positivo, es decir cuando está amparado por una acción civil para reclamar su protección judicial, lo que significa que ostenta un valor para el derecho y un interés para su titular.

La persona a quien se le atribuye el daño, queda obligada a indemnizar las pérdidas antijurídicas, en razón de la exigencia general de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos. La responsabilidad civil, por tanto, tiene por finalidad imponer a un agente la obligación de resarcir el daño que se le imputa cuando están presentes ciertas circunstancias preestablecidas por el ordenamiento jurídico.

2.1. Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea típicamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable.

El sufrimiento de un daño, menoscabo o detrimento en sentido '*natural*' no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga.

Los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre –según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación– dejar abierta tal posibilidad para que sean los jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como daños objeto de posibles

resarcimientos.

La integridad personal y familiar, la vida, la libertad, la privacidad, el honor y el buen nombre son bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, cuya violación entraña la correlativa obligación de indemnizarlos, siempre que se prueben los demás requisitos que exige la ley para que surja la responsabilidad.

El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de *imputación* de la acción (o inactividad) a un sujeto. La '*causa jurídica*' o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche.

Lo anterior ha de hacerse precisamente con la valoración de la prueba en el proceso, dado que el hecho que se atribuye a un agente, en general no se prueba directamente sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales. De allí la dificultad de comprobar el "nexo causal", en no pocas oportunidades porque muchas veces, la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o la causación por medio de otro.

Una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante o insuficiente para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño.

Para que un juez declare que un hecho es obra de una persona, debe estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho que ocasionó el daño ocurrió bajo un escenario de su control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. La imputación así

valorada se derrumbará en cambio, si por ejemplo, se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.

### **3. El fundamento de la responsabilidad directa de las personas jurídicas en responsabilidad médica.**

La moral valora la conducta del sujeto a la luz de un enfoque voluntarista, es decir que funda su juicio de reproche en la facultad del ser humano para actuar según su libre albedrío, sabiendo lo que es moralmente bueno o malo para sí y para sus semejantes. Esta doctrina de la *responsabilidad moral* no resulta idónea para explicar la atribución de responsabilidad civil por violación de bienes jurídicos ajenos.

Tampoco responde a los problemas que se presentan en la atribución de culpa directa a las personas jurídicas o sistemas no psíquicos o de la voluntad humana, pues es evidente que ellas no poseen autoconciencia; por lo que han fracasado todos los intentos que hasta ahora se han hecho para explicar la imputación de responsabilidad subjetiva a tales entes a partir de su asimilación con las personas naturales.

La responsabilidad directa de las personas jurídicas no se deduce únicamente de la valoración de la conducta de los individuos de la especie humana que las conforman (aunque tales conductas suelen tenerse en cuenta); ni mucho menos se puede inferir a partir de una disminución de las exigencias probatorias en sede procesal, pues tales respuestas no resuelven el problema en su real dimensión y, de hecho, ni siquiera alcanzan a plantearlo de manera satisfactoria.

Hasta ahora se ha explicado la responsabilidad civil de los entes colectivos a partir de distintas posiciones, la primera de las cuales correspondió a la responsabilidad “indirecta” o “por el hecho ajeno”, que trataba de conectar la conducta lesiva de la persona física con los poderes de dirección y control de los administradores, o con sus defectos de vigilancia.

En realidad, no se trata de una culpa *indirecta o mediata* del ente colectivo

en la producción del perjuicio, sino de la propia culpa del directivo por el hecho de haber contratado al agente dañador o por no vigilarlo como debía.

En la evolución del concepto, la Corte expresó que: «*en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas (...), no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia o cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión*». (G.J.I. XLVIII, 656/57)

Una vez revaluada la teoría de la responsabilidad indirecta de los entes morales, se fue dando paso a la doctrina de la responsabilidad directa; desplazándose en tal forma de los artículos 2347 y 2349 al campo del 2341 del Código Civil. En relación con esta clase de responsabilidad, nació por obra de la jurisprudencia la tesis llamada 'organicista', según la cual la persona jurídica incurría en responsabilidad directa cuando los daños eran producidos por sus órganos directivos –directores o ejecutores de su voluntad–, y en responsabilidad indirecta en los restantes eventos.

El enfoque organicista asimilaba las personas jurídicas a seres biológicos u orgánicos con libertad de acción, voluntariedad y *conciencia encarnada* en las instancias directivas, mientras que el personal subordinado u operario únicamente podía desempeñar las labores preordenadas por aquella especie de 'cerebro', por lo que sólo comprometían indirectamente al órgano cuando el daño era ocasionado en seguimiento de las órdenes impartidas por los administradores.

A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), y con múltiples pronunciamientos posteriores, se abandonó esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:

«*Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor*

*jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (...). Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem». (SC del 17 de abril de 1975)*

El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última «*la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima*». (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975)

Podría pensarse equívocamente que la responsabilidad directa de los entes morales es teóricamente injustificable, pues ninguna de las explicaciones mencionadas resuelve el problema de la culpa directa de la persona jurídica en la producción de daños ocasionados en despliegue de su función o con ocasión de ella. Las dificultades para explicar y probar la responsabilidad directa de las personas jurídicas surgen del prejuicio de concebirlas como entes *semejantes* a los organismos psíquicos o humanos, pasando por alto que los sistemas supraindividuales tienen una estructura, organización, fines y procesos de acción y comunicación completamente distintos a los de sus elementos humanos e individuales.

El obstáculo consiste, como ya se demostró, en creer que la culpabilidad civil se origina en la voluntad o conciencia, lo cual no es más que una prórroga o extensión de la doctrina teológica del libre albedrío que presupone la conciencia del obrar, extraña por completo al derecho de la responsabilidad civil extracontractual; se parte de la idea de voluntariedad para explicar una culpa que

no es en modo alguno voluntaria, aunque requiera un mínimo de volición o capacidad para identificar patrones de comportamiento coordinados a fin de evitar producir daños, lo que implica una racionalidad que no es exclusiva de las personas.

### **3.1 La responsabilidad civil de las entidades del sistema de seguridad social en salud.**

Hasta hace un tiempo el vínculo médico-paciente, era personal, y desde el punto de vista del derecho era una contratación bilateral, principal, consensual y de libre discusión, el médico respondía por los eventuales daños que causaba al paciente por razón del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en el convenio celebrado. De igual manera respondía por las acciones u omisiones culposas del personal que estaba a su cargo, siempre y cuando tales perjuicios ocurrieran en el ámbito de sus funciones, es decir, en razón y con ocasión de la prestación del servicio médico.

Esta especie de responsabilidad que no ha desaparecido por completo pero es cada vez menos frecuente, hubo de integrarse, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993), a una manera de prestación de servicios médicos distinta, cuyo espíritu responde a un sistema general que comprende las obligaciones del estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico y de salud (artículo 1° de la citada ley) de la población colombiana, bajo caros y ambicionados principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que necesariamente deben dar cuenta de un enfoque distinto a la actividad médica y por supuesto a la responsabilidad civil que de allí ha de derivarse.

El paciente ingresa ahora a un sistema de salud que comprende todas las áreas de salud de su vida y puede haber culpa del facultativo que lo atiende como culpa de la organización a la cual pertenece y en muchos casos se torna compleja la determinación del agente que pudo haber causado el daño. Asimismo, los grandes adelantos de la ciencia moderna, el aumento de los aciertos terapéuticos, el uso de nuevas tecnologías, han hecho de la medicina una disciplina sofisticada,

en la que se ha acumulado una enorme fuente de pronósticos, diagnósticos y procedimientos que elevan el nivel de especialización y disminuyen a la vez, el del riesgo imprevisible.

De ahí que tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto compartido de responsabilidad.

La medicina se enmarca en un concepto solidaridad que no involucra únicamente al médico, sino que éste hace parte de una organización corporativa que se alimenta de los recursos de los regímenes contributivo y subsidiado y que se traduce en práctica diaria en una atención a las personas “oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.” (Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9°)

El esquema de la responsabilidad civil fundado en la culpa individual, en consecuencia, resulta insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, el cual reclama entonces analizar la naturaleza jurídica de la obligación de la cual surge la responsabilidad que se reclama.

Como participantes del sistema de seguridad social en salud, las personas esperan una eficiente prestación del servicio que pagan mensualmente mediante un aporte económico individual o familiar financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador; o bien a través de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad.

En su condición de clientes del sistema, los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de *usuarios del servicio público de salud* que administran y promueven las entidades de la seguridad social, por lo que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

En cuanto a la imputación del daño a las empresas promotoras de salud, las instituciones prestadoras del servicio y todos sus intervinientes, va mas allá de la causalidad física pues de quedar probado, por ejemplo que el daño sufrido por un usuario se originó en los servicios prestados por la E.P.S., a la cual se encuentra afiliado es posible atribuirlo a ella, debiendo responder patrimonialmente de hallarse, probada su responsabilidad por supuesto.

De otro lado, la función de ley asignada a las IPS, las hace guardianas de la atención esencial a sus pacientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo.

El juicio de imputación del hecho atribuible a la IPS, será relevado si se prueba que no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa o administrativa; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

Hoy la atención médica requiere que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención será casi siempre plural.

De manera que para imputar responsabilidad a los intervinientes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

#### **3.4. La diligencia y cuidado de las instituciones prestadoras del servicio de salud y sus agentes.**

La atribución de un hecho lesivo a un agente u organización como suyo es necesario pero no suficiente para endilgar responsabilidad civil, como se ha explicado extensamente con anterioridad. Para esto es preciso, además, que el daño sea el resultado de una conducta jurídicamente reprochable en términos culpabilísticos.

La prudencia en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el término medio en las acciones y operaciones profesionales, es no obrar por exceso ni por defecto según los estándares aceptados en los procedimientos y la práctica

científica de una época y lugar determinados.

De igual modo se ha explicado que para la atribución de responsabilidad organizacional no basta con analizar la conducta aislada de los elementos del sistema, sino que debe valorarse el nivel organizativo como un todo.

De acuerdo a la literatura especializada en el tema de calidad total de los servicios de salud, el quiebre en la comunicación genera más daños de gravedad a los usuarios que otros factores de riesgo como la pobre capacitación técnica de los agentes de salud, la insuficiente evaluación del paciente y la falta de personal necesario para cumplir las tareas. (Ibid)

Los cortocircuitos en la comunicación durante el proceso de atención pueden presentarse en los pases o remisiones del paciente de un profesional a otro; cuando se imparten órdenes; cuando se transfiere responsabilidad entre efectores; cuando se prescriben las fórmulas médicas; cuando el paciente es dado de alta; cuando se dan indicaciones a sus familiares (o se omiten) sobre los cuidados y tratamientos que han de realizarse en el hogar; etc., en cuyos casos es posible que el profesional brinde al paciente una atención inmediata adecuada para su dolencia y, sin embargo, ocasione errores de comunicación que repercuten en eventos adversos por quebrantar las normas y estándares sobre el correcto manejo de la información.

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina "*cultura de seguridad del paciente*", que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de

1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

Según los expertos en la materia, existe una cultura de seguridad *«cuando hay un esfuerzo organizacional centrado en salvaguardar el bienestar de los pacientes, que cuenta con el compromiso del personal y la jefatura. Todos los involucrados asumen la responsabilidad de la seguridad del paciente y su familia, y el personal de salud se siente seguro al comunicar instancias que comprometen el cuidado de un paciente o la ocurrencia de situaciones adversas»*. (BARBARA SOULE. Seguridad del paciente).

Para poder realizar un trabajo eficaz, óptimo y conforme a los estándares de la ciencia, las organizaciones proveedoras de servicios médicos tienen el deber legal de implementar la cultura de seguridad del paciente. Esta es una de las operaciones empresariales más importantes para la disminución de errores médicos, y es una variable que cobra gran fuerza en la valoración que el juez civil realiza acerca de la diligencia y el cuidado que debió tener la entidad sobre un proceso respecto del cual ejercía control.

*«Una cultura de seguridad del paciente implica liderazgo, trabajo en equipo y colaboración, prácticas basadas en la evidencia, comunicación efectiva, aprendizaje, mediciones, una cultura de trato justo, pensamiento sistémico, factores humanos y una política de tolerancia cero»*. (Ibid)

Los flujos eficientes de información son absolutamente importantes para lograr una atención integral, continua y de calidad según los estándares del ámbito médico; siendo la historia clínica uno de los instrumentos más valiosos –si no el máspreciado de todos– para efectos de transmitir una correcta información que redundadirectamente en la salud del usuario. Tan importante como los conocimientos médicos y la pericia profesional al momento de aplicarlos, es la transmisión óptima de ese conocimiento al equipo de trabajo, al paciente y a su familia.

Lo anterior no sólo se debe a la garantía del derecho fundamental a la información, sino, principalmente, a que un quiebre en la comunicación de los profesionales de la salud aumenta enormemente las probabilidades de errores previsibles que la organización tenía el deber de evitar. Ello no es algo que traspase las posibilidades cognitivas de los miembros de la empresa de salud ni es una política que la organización puede adoptar o inobservar a su antojo, sino que es una verdadera obligación jurídica.

En efecto, la Resolución número 1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, define este instrumento como un documento *«en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención»*.

Con el fin de lograr la eficiente transmisión de la información consignada en la historia clínica, el artículo 5º *ejusdem* dispone que este documento *«debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma»*.

La violación de estas normas técnicas lleva implícita la culpa de la organización sanitaria cuando los daños ocasionados a los usuarios del sistema de salud pueden estar razonablemente relacionados con brechas en la comunicación que resultan del diligenciamiento y manejo inadecuado de la historia clínica.

Así, no consignar en forma clara, precisa y según los estándares legales y técnicos los resultados obtenidos por el médico en un diagnóstico inicial, aumenta las probabilidades de que ante la presencia de un error, el profesional que atiende al paciente en una oportunidad futura persista en tal equívoco, y de esa forma se aumente la cadena de errores constitutivos de culpa por no actuar de conformidad con las pautas establecidas para la prevención, disminución y erradicación de eventos adversos.

En un sentido similar, el ocultamiento de los errores propios o ajenos

detectados en los diagnósticos, tratamientos o procedimientos que realizan los profesionales de la salud aumenta considerablemente las posibilidades de que el error inicial se incremente por una conducta negligente. Mientras que el descubrimiento y la denuncia oportuna de tales errores demuestran una conducta prudente, honesta y ética encaminada a la disminución de los daños y a una atención humana, continua, integral y de calidad, como lo ordena la ley.

*«...ninguno de los operadores sanitarios podrá excusarse y liberarse de responsabilidad con el argumento simplista de que “fue el otro quien lo hizo”, puesto que existe una responsabilidad conjunta y solidaria en virtud de la cual se exige al último que haya intervenido en la prestación del servicio mayor diligencia que al anterior facultativo, con el fin de revertir el efecto dañoso que el “error” antecedente hubiese causado».* (Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 21)

Es posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales.

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

El error al que aquí se alude es el “error negligente”, *«más claro aún: el que*

*se origina cuando se quiebran por el agente causante del error los criterios y niveles exigibles y esperables de conducta profesional sanitaria y que, además, como consecuencia del cual se produce [o ha existido el riesgo de que se produzca] en el paciente un efecto lesivo y/o perjudicial. El hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el “error”, dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados». (Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 20)*

*La culpa* de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

*La responsabilidad civil* derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia.

4. Recopilado así el marco teórico que alimenta la responsabilidad en materia de la actividad médica y su evolución en nuestra jurisprudencia hasta su configuración solidaria de todos los entes que intervienen en la prestación del

servicio, debe entonces subsumirse el caso puesto bajo consideración de este despacho para comprobar si se materializan en éste, los elementos presupuestales para configurar la responsabilidad civil, siendo que de ser aplicables, habrá de concluirse con una decisión favorable a las pretensiones pues habrá de derivarse las consecuencias de su presencia en el caso, pero de no hallarse los elementos para su configuración, habrán de negarse las mismas.

4.1. En el presente asunto, se observa que la parte actora alude un error en el diagnóstico del día 27 de abril de 2011, el cual señaló “Adenocarcinoma gástrico difuso con componente de células en anillo de sello (...)” plasmado en la biopsia efectuada por el laboratorio Estudios Anatomopatológicos Ltda., dado que posteriormente, a la cirugía que fue sometida la señora Sandra Garzón Niño, la biopsia realizada en la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, “Diagnóstico: (...) Negativo para lesión tumoral residual”, razón por la cual la parte actora manifiesta que la señora Garzón Niño, no presentaba tumor maligno, por lo que el diagnóstico de cáncer fue errado y era innecesaria la realización de la gastrectomía total.

4.2. Es importante resaltar que se demostró en el expediente que el primer informe anatomopatológico a folio 32, se indicó que la demandante fue diagnosticada con “adenocarcinoma gástrico difuso con componente de células en anillo de sello” examen médico en el cual se basó el procedimiento quirúrgico efectuado por la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José. Ahora, también quedó demostrado en el informe de patología producto de gastrectomía, es decir efectuado post cirugía a la señora Garzón Niño, por parte del hospital aludido, a folios 41, 42 y 43, que el resultado arrojó: “Negativo para lesión tumoral”.

5. No obstante lo anterior, en el asunto la parte actora no demostró la responsabilidad médica que le endilga a las personas jurídicas demandadas. En efecto, de las pruebas recaudadas en el expediente, se tiene que según el informe Anatómo-Patológico de fecha 12 de septiembre de 2011, emitido por el Instituto Nacional de Cancerología, obrante a folio 99 del cuaderno principal, se señaló que el diagnóstico de la primera biopsia correspondía a: “Carcinoma gástrico pobremente diferenciado de tipo difuso con células en anillo de sello en el material

enviado para estudio”, concepto que no fue tachado, ni redargüido de falso, y que por el contrario, teniendo en cuenta de donde proviene, una reconocida institución de carácter nacional, especializada en el tema de cáncer, que cuenta con los mejores profesionales sobre la materia, no ofrece ningún motivo de duda para el Despacho.

Entonces, revisada la prueba médica a través de la cual se diagnosticó el cáncer de estómago a la demandante, el Instituto Nacional de Cancerología, concluyó que en efecto, el resultado correspondía a un diagnóstico de carcinoma gástrico, lo que traduce, en que no hubo ningún error en dicha prueba o en su práctica. Es así como en respuesta al oficio que les remitió el despacho, el folios 352 y 353, dicha institución confirmó que en efecto el informe allegado al proceso y militante a folio 99, fue producido por el Instituto, confirmando así su procedencia y ratificando su contenido.

5.1. Aunado a lo anterior, dicha prueba documental, fue respaldada también por los testimonios de los médicos patólogos que rindieron sus declaraciones en el proceso.

Por su parte el doctor Alfredo Ernesto Romero, médico, especialista en patología, que hace parte del Instituto Nacional de Cancerología y que revisó la prueba tomada por la demandada Estudios Anatomopatológicos, le indicó al despacho que el Instituto era una autoridad en el tema de Cáncer, que no hubo error en el diagnóstico y explicó que lo acontecido en el asunto, pudo suceder porque el cáncer salió en forma completa con la toma de la biopsia, motivo por el cual, luego de la cirugía de extracción gástrica, ya la biopsia del órgano extirpado no arrojó la presencia de la fatal enfermedad.

Igualmente, a folios 346-348, milita el testimonio rendido por el médico Alfredo Ernesto Romero Rojas, quien emitió el informe del Instituto Nacional de Cancerología, y manifestó *“En todos los casos de patología oncológica puede suceder que después de una biopsia inicial de malignidad que como resultado implica una conducta quirúrgica, puede suceder que no se encuentre tumor residual, porque la biopsia inicial pudo haber sacado todo el tumor, porque el tumor era muy*

pequeño, pero solo es posible comprobar que el tumor salió cuando se quita el órgano comprometido”.

5.2. A su turno, del testimonio realizado a los médicos patólogos José Fernando Polo Nieto y Juan Carlos Bonilla, especialistas del Hospital San José, quienes coincidieron en afirmar que, como lo explicó el primero, pudo presentarse que en la biopsia se extrajera todo el cáncer y también aclaró que no informó a la paciente que hubiese un error en el primer examen, sino que aunque la pieza que llegó al laboratorio del hospital, se estudió exhaustivamente sin encontrar tumor residual, ello no quiere decir que no hubieren existido células malignas, dejando claro el patólogo Dr. Polo Nieto *“esto no quiere decir que la paciente no haya tenido previamente un cáncer, repito una posibilidad es que se hubiere resecado en la biopsia por endoscopia”*. Al tiempo que cuando se le indagó por la existencia de un error de diagnóstico, refirió que considera que no existió tal.

5.3. Por su parte, el patólogo Dr. Juan Carlos Bonilla explicó que se encontró metaplasia intestinal, que es considerada como una lesión pre maligna, asociada a gastritis, lo cual es un indicio de la presencia de la enfermedad; luego, señaló que aunque es poco frecuente, puede suceder que la paciente y ahora demandante, hubiese tenido un microcarcinoma que se sacó con la biopsia inicial, señalando que según la evidencia científica ello puede suceder. Y seguidamente, precisó que *“realmente considero que la biopsia realizada en Instituto de Cancerología muestra células cancerígenas, no hay la menor duda. La certeza es dada por la experiencia del grupo y además por las pruebas realizadas en el primer laboratorio que se hizo en estudios anatomopatológicos”* y al preguntársele si considera que en primer estudio elaborado por el laboratorio Estudios Anatomopatológicos se hubiese presentado un error, respondió: *“no me parece considero que el estudio de anatomopatológicos es estudio completo, con histoquímica, e inmuno histoquímica, orientado a resaltar las células tumorales”*. Asimismo, informó que dicho examen era conclusivo y que con base en el mismo, se imponía la cirugía practicada a la señora Sandra Garzón, en el menor tiempo posible.

Con las anteriores pruebas testimoniales de los médicos especialistas en patología de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, también se desvirtúa el error de diagnóstico alegado por la parte actora.

6. Ahora bien, para abundar en razones, bueno es advertir como lo ha sostenido la jurisprudencia que *“el diagnóstico está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.*

*Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él.*

*En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el **error culposo** en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de*

*actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.*

*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad. (CSJ magistrado Pedro Munar Cadena, exp. 199908667-01 de 26 noviembre de 2010)*

6.1. Con base en lo anterior, estima el despacho que la parte demandante no logró demostrar, a través de los medios de prueba que ofrece el ordenamiento, que efectivamente la señora Garzón, no hubiese padecido de cáncer, es decir, que hubiese un error de diagnóstico, así como tampoco, logró llevar a la certeza a esta juzgadora, que la intervención quirúrgica de la cual se predicen los daños, fuera innecesaria; entonces como extremo activo le correspondía acreditar la culpa de los demandados en virtud de un error de diagnóstico o que en virtud de una mala práctica médica, impericia o negligencia, al desatender dicha carga procesal, se impone desestimarse las pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, no hay necesidad de entrar a emitir pronunciamiento alguno frente a las excepciones propuestas por la parte demandada y la llamada en garantía.

7. En mérito de lo así expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Civil del

Circuito de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** Desestimar las pretensiones de la demanda, conforme a las razones esgrimidas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.** Declarar terminado el presente proceso. En firme esta providencia, archívense las diligencias, previas constancias del caso.

**TERCERO.** Condenase a la parte demandante al pago de las costas procesales causadas a favor de la parte demandada. En la liquidación inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$2'000.000.oo Mcte.. Secretaría proceda de conformidad.

**COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado Por:*

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

*Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12*

*Código de verificación: 8e42be27461ffea67a462266ae1e012429ca72095e6b095b744160e2efada2c*

*Documento generado en 05/10/2020 06:25:12 p.m.*

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

**REF:** Ejecutivo singular de DAN PAL ANDINA S.A.S. contra  
GALERÍAS PROYECTO 2014 S.A.S.  
Rad. No. 110013103-046-2017-00051-00

Procede el Despacho a proferir la sentencia por escrito de conformidad con lo autorizado por el numeral 5º del artículo 373 del C. G del P., dentro del asunto de la referencia, previos los siguientes antecedentes,

**I. ANTECEDENTES**

**Las Pretensiones:**

1. DAN PAL ANDINA S.A.S, actuando a través de gestor judicial, solicitó se librara mandamiento de pago a favor de su representada en contra de GALERÍAS PROYECTO 2014 S.A.S., por las siguientes sumas de dinero contenidas en facturas de venta:

a) \$41.280.279 M/cte., correspondiente al saldo insoluto en la factura de venta No DNA 223 expedida el 20 de octubre de 2015, base de la acción.

b) Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, desde el 4 de noviembre de 2015 y hasta cuando se verifique el pago total.

c) \$3.339.946 M/cte., correspondiente al saldo insoluto en la factura de venta No DNA 247 expedida el 1 de enero de 2016, base de la acción.

d) Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, desde el 2 de febrero de 2016 y hasta cuando se verifique el pago total.

e) \$4.051.053 M/cte., correspondiente al saldo insoluto en la factura de venta No DNA 259 expedida el 16 de febrero de 2016, base de la acción.

f) Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, desde el 17 de marzo de 2016 y hasta cuando se verifique el pago total.

g) \$66.701.134,00 M/cte., correspondiente al valor total por pagar de la factura de venta No DNA 309 expedida el 7 de julio de 2016, base de la acción.

h) Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, desde el 23 de julio de 2016 y hasta cuando se verifique el pago total.

### **Los Hechos:**

1. Señaló que el 26 de mayo de 2015, la ejecutada suscribió un contrato civil de obra con DAN PAL ANDINA S.A.S., para el suministro y mano de obra en la construcción de cubierta en policarbonato en el proyecto Centro Comercial Galerías, por lo que DAN PAL ANDINA S.A.S., expidió la factura de venta No DNA 223 por concepto de suministro, por un valor de \$306.932.945 el 20 de octubre de 2015, respecto a esta factura la ejecutada debe la suma de \$41.280.279 más los intereses moratorios, causados desde la fecha de exigibilidad es decir 4 de noviembre de 2015.

2. El 1 de enero de 2016, DAN PAL ANDINA S.A.S expidió por concepto de mano de obra instalación la factura de venta No DNA 247 por valor de \$37.908.391, con fecha de vencimiento 1 de febrero de 2016, la parte ejecutada debe a la fecha la suma d \$3.339.946 más los intereses moratorios, causados desde el 2 de febrero de 2016.

3. El 16 de febrero de 2016, DAN PAL ANDINA S.A.S expidió por concepto de mano de obra instalación, la factura de venta No DNA 259 por valor de \$40.510.534 con fecha de vencimiento el 16 de marzo de 2016, respecto de esta factura la ejecutada debe \$4.051.053 más los intereses moratorios causados desde el 17 de febrero de 2016.

4. El 7 de julio de 2016, DAN PAL ANDINA S.A.S expidió por concepto de suministro, mano de obra instalación, la factura de venta No DNA 309 por valor de \$66.701.134, con fecha de vencimiento el 22 de julio de 2016, respecto a esta factura la ejecutada debe el valor total de la misma, más los intereses moratorios causados desde la fecha de exigibilidad es decir el 23 de julio de 2016,

5. De las facturas objeto de la presente ejecución se deriva la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, a cargo de la parte ejecutada.

6. Aduce DAN PAL ANDINA S.A.S, que culminó la labor para la cual fue contratada y que se encuentra al día por las obligaciones pactadas en el contrato suscrito con GALERÍAS PROYECTO 2014 S.A.S.

### **3. Actuación Procesal**

3.1. Mediante auto de fecha 17 de febrero de 2017 (fl.33 c.1), se libró mandamiento de pago por las sumas solicitadas en la demanda.

3.2. La ejecutada fue notificada por aviso el 30 de junio de 2017, quien dentro del término y mediante gestor judicial contestó la demanda (a folio 83 c.1) en síntesis oponiéndose a todas las pretensiones, y presentó excepciones de mérito, a saber: “Inexistencia de título valor”, “Inexistencia de la obligación”, “Contrato no cumplido”, “Excepción cobro de lo no debido” y la excepción genérica.

3.3. Descorrido el traslado de los medios exceptivos, se abrió a pruebas el proceso, decretándose las solicitadas por las partes.

3.3. Celebrada la audiencia de que trata el art. 373 del C. G. del P, se evacuaron todas sus etapas, se practicaron las pruebas decretadas y se escucharon los alegatos de conclusión, así como se anunció que el fallo se dictaría por escrito.

## **II. CONSIDERACIONES**

1. Presentes los presupuestos jurídico-procesales que reclama el Ordenamiento Procesal Civil para la correcta conformación del litigio y no existiendo vicio capaz de invalidar la actuación, el asunto está llamado a ser resuelto mediante sentencia de mérito.

2. El proceso ejecutivo procura como finalidad esencial la satisfacción o cumplimiento de una obligación de dar, hacer, o no hacer, a favor del acreedor demandante y a cargo del deudor demandado, que conste en un título que según las voces del artículo 422 del Código General del Proceso, se constituye por aquel documento contentivo de una acreencia expresa, clara y actualmente exigible, proveniente del deudor o de su causante, y que hace plena prueba en su contra.

3. En el presente asunto, esta juzgadora advierte la procedencia de entrar a estudiar la excepción denominada “Inexistencia del título”, pues como lo ha dispuesto la H. Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, sobre la revisión del título ejecutivo se precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

*“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (...).”*

*“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...).”*

*“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo utsupra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...).”*

*“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...).”*

3.1. Con base en las anteriores premisas jurisprudenciales, se pasa al análisis de la excepción que ataca los títulos valores presentados como báculo del recaudo ejecutivo. De conformidad con el artículo 784, numeral 4º del Código de Comercio, que al tenor dice: “Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las

siguientes excepciones: (...) 4. Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente”.

3.2. En el evento *sub-examine*, las pretensiones del libelo tienen como soporte angular las facturas de venta DNA 223, DNA 247, DNA 259 y DNA 309, con las que la parte ejecutante pretendió obtener orden de apremio a su favor, porque en su sentir, las mismas reúnen las exigencias otrora señaladas, como las previstas en la Legislación comercial tratándose de títulos valores. Sin embargo, las mismas no cuentan con la firma del emisor por lo que salta a la vista de forma incuestionable que carecen de tal vocación, por lo que delantadamente se advierte que están llamadas a fracasar las pretensiones de la demanda.

3.3. Establece el artículo 625 del Código de Comercio que “toda obligación cambiaria **deriva su eficacia de una firma puesta en el título-valor**” y en armonía con dicho precepto, el artículo 772, *ibídem*, modificado por el artículo 1° de la Ley 1231 de 2008, dispuso que:

*“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, **el original firmado por el emisor y el obligado, será el título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio.** Una de las copias se le entregará al obligado y otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables”. (se resalta).*

Revisados los documentos presentados para recaudo coercitivo, se constata que carecen de la firma del creador del título (fls. 2 - 6, cdno 1), por consiguiente, no hay duda que no pueden ser considerados como “títulos ejecutivos” y, en ese sentido, no es posible la ejecución de lo que en ellos se incorpora.

3.4. Sobre el tópico en cuestión, la H. Corte Suprema de Justicia expresó *“la obligación de que la documental presentada cuente con, entre otras cosas, la firma de su creador, memorada rúbrica esta que hace derivar la eficacia de la obligación cambiaria según lo enseña la regla 625 ejusdem, y dado que tal no obra en ninguno de los documentos aportados para sustentar el pretense cobro, es que, a la luz de dicho aserto, no había lugar a continuar con el recaudo deprecado en el sub examine, máxime cuando los «membretes preimpresos en las facturas no se pueden tener como firma», razón por la que con base en ello infirmóse la sentencia estimatoria de primer grado, hermenéutica respetable que desde luego no puede ser alterada por esta vía...”* (STC20214-2017/ de 30 de noviembre).

Y la misma corporación, en otra oportunidad, destacó que “es inaceptable que por firma se tenga ‘...el símbolo y el mero membrete que aparece en el documento anexado por la parte actora con el libelo incoativo del proceso, [porque] la impresión previa de su razón social en el formato de cada factura no se acompasa con lo previsto en el numeral [2] del artículo 621 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 826 y 827 *ibidem*, en la medida en que el membrete no corresponde a un ‘acto personal’ al que se le pueda atribuir la intención de ser una manifestación de asentimiento frente al contenido de esos documentos, como lo ha entendido esta Corporación en casos análogos al que ocupa su atención.” (CSJ STC, 19 dic. 2012, rad. 2012-02833-00<sup>1</sup>).

En tal orden de cosas, se tiene que el argumento del extremo ejecutante, mediante el cual pretende suplir la firma del creador de los títulos, con el argumento que se trata de facturas electrónicas y que tienen un membrete y logo, no puede tener recibo para el Despacho.

4. Y por si lo anterior fuera poco, se observa que la factura de venta DNA 247 de fecha 1 de enero de 2016, (folio 3. cdno 1) carece de firma no solo del emisor sino también del obligado, no hay constancia de recibido en ningún acápite de la misma, razón por la cual tampoco se cumple los requisitos para hacer exigible la obligación, como se explicó en el aparte anterior.

4.1. En síntesis, las deficiencias en este sentido detectadas conllevan insalvablemente la imposibilidad de continuar la ejecución, al ser incontestable que los documentos aportados como venero de la acción no cumplen los requerimientos reclamados ni por el Estatuto Cambiario, ni por el Rituario para reputarse, bien como títulos valores o bien como títulos ejecutivos, circunstancia que no es admisible tenerla por subsanada bajo las precisiones anotadas por el demandante, porque por excelencia, el aspecto medular de todos los procesos de esta naturaleza, sin excepción alguna, exigen de forma perentoria, que con la demanda compulsiva se allegue documento apto al fin pretendido y en este caso brilla por su ausencia.

Así las cosas, la excepción “Inexistencia de título valor” formulada por la parte ejecutada, se encuentra llamada a prosperar, ya que las facturas de venta aportadas no cumplen los requisitos de la normatividad vigente.

---

<sup>1</sup> Tal determinación fue revisada y confirmada por la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-727 de 2013.

4.2. Corolario a lo anterior, como quiera que la excepción de inexistencia del título, conlleva a denegar todas las pretensiones de la demanda ejecutiva, en cumplimiento del deber legal contenido en el art. 282 del C. G. del P., el Despacho debe abstenerse de examinar las restantes.

5. Así las cosas, se impone denegar la ejecución y condenar en costas a la parte ejecutante.

### **III. DECISIÓN:**

Sin otras consideraciones, por no ser necesarias, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar probada la excepción denominada “Inexistencia de título valor” propuesta por la parte ejecutada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En cumplimiento del deber legal contenido en el art. 282 del C. G. del P., no emitir pronunciamiento sobre las demás excepciones planteadas por el extremo pasivo.

**SEGUNDO.-** Declarar terminado el presente proceso ejecutivo.

**TERCERO.-** Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas. En caso de existir embargo de remanentes, póngase a disposición del respectivo juzgado, los bienes destrabados, teniendo en cuenta la prelación legal. Oficiése.

**CUARTO.-** Condenar a la parte actora al pago de las costas procesales causadas en la instancia a favor del demandado. En la liquidación del crédito inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$2'000.000.00 Mcte.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**

**JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**bad276a30c9a9fe2602f1e70ba0e8647aa5e8a1ce17306a3c671bc972bd61f08**

Documento generado en 05/10/2020 06:25:09 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **23-2020-00495-01**  
Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contra la providencia emitida el 01 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 23 Civil Municipal de esta Urbe.

**ANTECEDENTES**

MARTHA EUNICES SIERRA MAYORGA, en causa propia, solicitó la protección de los derechos constitucionales que denominó “*Vida Digna, Seguridad Social, Mínimo Vital y Salud*”, los cuales consideró vulnerados por COLFONDOS ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Que desde los 43 años, padece de “*artritis reumatoidea, osteoartritis, osteoporosis, hipertensión arterial, trastorno de disco cervical*”, y que las patologías citadas han requerido diversas intervenciones quirúrgicas como el trasplante total de las dos caderas y de las dos rodillas, en aras de corregir los efectos degenerativos de las dolencias que en la actualidad le dificultan la movilización de miembros inferiores y le generan sendas incapacidades.

Agregó que la EPS Famisanar a la cual se encuentra afiliada desde 31 de mayo de 2002, al requerir el pago de las incapacidades generadas

con posterioridad a los 540 días, en comunicación del 14 de febrero de 2019, le informó que teniendo en cuenta la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por seguros Bolívar del 20 de diciembre de 2018 con un porcentaje del 60.08 %, debía tramitar la pensión de invalidez ante el Fondo de Pensiones Colfondos al que se encontraba afiliada.

Por lo tanto, solicitó ante COLFONDOS el reconocimiento económico por las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días, las cuales a la fecha de presentación de la acción siguen expidiendo a su favor, no obstante, la respuesta fue negativa, primero porque se argumentó que no es ese el ente al que le corresponde su pago sino a la EPS FAMISANAR y en segundo término, porque dada la pérdida de capacidad laboral que presenta debía esperar el reconocimiento de su pensión de invalidez en el cual se incluiría el pago retroactivo de las mesadas pensionales con posterioridad a las 540 días de incapacidad.

Señaló que ante la tranquilidad que le ofrecieron las explicaciones dadas por los funcionarios de FAMISANAR EPS y COLFONDOS para que no le cancelaran las incapacidades laborales posteriores a los 540 días, continuo con el trámite de su solicitud pensional de invalidez, allegando toda la información solicitada y sometiénose a toda clase de exámenes médicos a través de Seguros Bolívar, la que dictaminó para el 20 de diciembre de 2018 una Pérdida de Capacidad Laboral en un porcentaje de 60.08, y fecha de Estructuración el día 20 de Agosto de 2015.

El 24 de julio de 2020, recibió comunicación del Fondo de pensiones COLFONDOS, en la que se le informó que la solicitud de pensión de invalidez se negaba por cuanto no había cotizado 50 semanas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, esto es 20 de agosto de 2015.

Indicó que los aportes a pensión los ha realizado de la siguiente manera:

*a- Al Instituto del Seguro Social: desde febrero de 1983 hasta marzo de 2002 como empleada de la empresa Óptica Alemana, con un total de 993 semanas cotizadas.*

*b- Al Fondo de Pensiones Colfondos: desde mayo 2002 hasta abril de 2005, como Independiente, total 133 semanas cotizadas.*

*c- Luego por temas de salud e incapacidades (reemplazo de cadera) quedé cesante, y no pude hacer aportes a pensión durante mayo de 2005 hasta octubre de 2016.*

*d- Al Fondo de Pensiones Colfondos: deseo aclarar que como padezco de una enfermedad, degenerativa y no me puedo emplear con una empresa mi hermana con gran sacrificio, desde noviembre de 2016 hasta la fecha ha venido haciendo mis aportes al sistema de seguridad social como independiente. Total 184 semanas cotizadas hasta junio de 2020.”*

### **Lo Pretendido.**

Solicita, por medio de la acción que se ordene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS reconocer la pensión de invalidez a la señora MARTHA EUNICE SIERRA MAYORGA.

### **La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 23 Civil Municipal de esta Ciudad, quien la admitió para su trámite el 21 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a la entidad jurídica accionada, para que en el término de tres días se rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda, y ordenó la vinculación de FAMISANAR E.P.S., a SEGUROS BOLÍVAR S.A., a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C., a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y al MINISTERIO DE TRABAJO.

Dentro de la oportunidad legal, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, indicó que el caso de la accionante fue radicado el 16 de diciembre de 2019, que se realizó el respectivo reparto y le correspondió a la Sala Segunda de Decisión su estudio quienes expedieron el dictamen de determinación con fecha de estructuración del 21 de abril de 2020 y que las pretensiones de la acción no se dirigen en su contra, y que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la petente.

Por su parte, la E.P.S. FAMISANAR, señaló que la usuaria cuenta con 1446 días de incapacidad desde el 5 de mayo de 2006, de los cuales, ha sido continua e ininterrumpida desde el 15 de abril de 2016 al 03 de septiembre de 2020, para un total de 1081 días, que cumplió 180 días de incapacidad el 12 de enero de 2017 y los 540 días el 19 de enero de 2018, que emitió Concepto de Rehabilitación Favorable el 16 de enero de 2017, el cual fue recibido por la Administradora del Fondo de Pensiones

COLFONDOS el veintidós 22 de febrero de 2020 y que el presente trámite constitucional es improcedente en su contra, porque ha transgredido los derechos fundamentales de la petente y que en consecuencia, carece de legitimación en la causa por pasiva.

El MINISTERIO DE TRABAJO, luego de solicitar su desvinculación a la tutela, señaló que el presente trámite constitucional es improcedente para ordenar el reconocimiento pensional a favor de la accionante, ante la existencia de un medio judicial ordinario para ese propósito y; que cumple funciones de policía administrativa laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no puede invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral prevista en el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y, en ese sentido, le está vedado el pronunciamiento de juicios de valor para declarar los derechos de las partes, en tanto es una función jurisdiccional.

A su turno COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, adujo que la excepción de constitucionalidad no procede frente a una norma que ha sido declarada constitucional; que el escenario natural para debatir pretensiones como las que se discuten en el presente asunto, es el Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, en razón a que es de orden legal, que no constitucional; que no ha transgredido los derechos fundamentales invocados por la accionante, en tanto ha actuado conforme la constitución y la ley; que a la fecha no ha recibido solicitud formal de pensión de invalidez por parte de la señora Sierra.

Que aquella aportó la documentación para el estudio pensional de invalidez, para lo cual, debía acreditar además el requisito de cobertura, esto es, haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que para el caso que ocupa la atención del Despacho, debió ser dentro del lapso 21 de abril de 2012 hasta el 21 de abril de 2015, periodo en el cual no cotizó al sistema de seguridad social.

SEGUROS BOLÍVAR, indicó que el presente trámite constitucional es improcedente ante la existencia de un mecanismo de defensa ordinario y que no se acredita un perjuicio irremediable que haga procedente esta acción; que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la accionante data del veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015),

fecha en la cual aún no se encontraba vigente la póliza No. 600000000-1501 suscrita por COLFONDOS con esa aseguradora, cuya cobertura se dirige a amparar la Suma Adicional necesaria para completar el capital con que se financian las pensiones de invalidez y sobrevivencia por riesgo.

Finalmente la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, señaló que SEGUROS BOLIVAR radicó en esa entidad la controversia presentada por la AFP COLFONDOS frente a la calificación proferida por la primera; que emitió en primera instancia el dictamen No 517206993-5767 del 23 de agosto de 2019, estableciendo como Pérdida de capacidad laboral de la accionante del 60.08%, con fecha de estructuración del 20 de agosto de 2015 y que la calificación que se encuentra en firme es la emitida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y que la petente debe acudir a las acciones ante la justicia ordinaria laboral.

### **La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del 1 de septiembre de 2020, concedió el amparo constitucional solicitado por la señora MARTHA EUNICES SIERRA MAYORGA. Con los siguientes fundamentos;

*“...Decantados los anteriores preceptos normativos y jurisprudenciales, es palmario acorde con el material probatorio que se adujo a la actuación que la aquí accionante cuenta con un total de 1.319,57 semanas cotizadas entre el mes de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) a la fecha de presentación de la acción constitucional en boga 1, y; que con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con aproximadamente 563.73 semanas de cotización. De ahí, que cumple con el requisito establecido en el Acuerdo 049 de 1990, en relación con la cotización de las 300 semanas exigidas dentro de la vigencia de dicha disposición para acceder a dicha prestación.*

*Así mismo, se encuentra demostrado, que la señora MARTHA EUNICES SIERRA MAYORGA padece de “artritis reumatoide seropositiva, hipertensión esencial (primaria) y osteoporosis” y en virtud de ello, fue determinada su pérdida de capacidad laboral en un 60,08%, como de origen común, con fecha de estructuración el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020), dictamen que se encuentra en firme.*

*De igual forma, se probó que la señora Sierra solicitó a la accionada su pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante comunicación del veinticuatro (24) de julio hogaño<sup>2</sup>, bajo el argumento que no reunía las exigencias previstas en la Ley 860 de 2003.*

*Desde esa perspectiva, refulge con claridad que, la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES COLFONDOS desconoció el precedente constitucional vinculante establecido en la Sentencia SU-442 de 2016, en tanto, pretermitió la aplicación del principio de la condición más beneficiosa dispuesto en el artículo 53 Constitucional, por cuanto la señora Sierra Mayorga trabajó y cotizó en el Sistema General de Pensiones desde el mes de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) hasta la fecha de presentación del presente trámite constitucional. En ese sentido, su situación jurídica se encuentra regulada por dos regímenes normativos: (i) el Acuerdo 049 de 1990, previo a la vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, y (ii) la Ley 860 de 2003, vigente a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral -veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015)-, siendo el primero de ellos, el más favorable a la petente para alcanzar su pensión de invalidez.*

*De ahí, que sea procedente acceder al amparo de los derechos fundamentales invocados por ella, en virtud a que pesar de acreditar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 para el reconocimiento de la prestación reclamada, siendo esta la norma cuya aplicación resulta más favorable para sus pretensiones, la aquí accionada negó dicha solicitud, aun cuando la Corte Constitucional ha sido enfática al exigir simplemente la acreditación de trescientas (300) semanas cotizadas con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), día en que entró a regir la Ley 100 de 1993, el cual, se cumple en el sub-lite, pues como se dijo con antelación, para esa data aquella contaba con aproximadamente 563.73 semanas de cotización en el sistema de seguridad social en pensiones.*

*Por si fuera poco, es desde cualquier punto de vista reprochable la actitud de accionada, en tanto su actuar no se acompasa con la calidad que ostenta la señora Sierra Mayorga, quien padece de una enfermedad de esas catalogadas como degenerativas, lo que, frente a la Carta Magna y jurisprudencia nacional, la hace un sujeto de especial trato y protección...”*

## **La Impugnación.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, señalando que la acción de tutela iniciada por la señora Sierra, era abiertamente improcedente, pues como primera medida aquella no contaba con los requisitos legales para solicitar el amparo pensional, toda vez que no acreditaba la cotización previa de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha en que se estructuró la enfermedad que le hacen permanecer incapacitada y que la decisión no se ajusta a los conceptos jurisprudenciales, que la H. Corte Constitucional ha señalado para este tipo de eventos.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

### **Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *“hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho”, predicable de cualquier procedimiento, “el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión”,*

*derecho de defensa que lleva implícito el principio “de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas”. (Sent. T – 416 de 1998).*

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera que *“en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *“no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva,*

*actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales” (Sent. C-543 de 1992)*

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

### **Procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reconocimiento de derechos pensionales**

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento y pago de acreencias pensionales<sup>3</sup>, salvo que *“(i) existiendo otro mecanismo de defensa judicial, éste no resulte eficaz<sup>4</sup>, (ii) se acuda a la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y (iii) que el accionante sea sujeto de especial protección constitucional”*.

Por lo anterior, la H. Cortes Constitucional en un caso similar al aquí revisado señaló que *“la señora Nelcy Jannette acude a la acción de tutela como quiera que (i) si bien la vía ordinaria laboral es el mecanismo idóneo para solicitar la pensión de invalidez, dado que la peticionaria padece una enfermedad terminal, la tutela se configura como el medio judicial más eficaz y expedito para proteger sus derechos fundamentales; (ii) CafeSalud EPS pagó a la accionante las incapacidades laborales hasta el día 1805, pero desde el día 181 en adelante, no se le ha reconocido prestación económica alguna, y este hecho permite presumir que su mínimo vital está afectado; y (iii) dada su delicada condición de salud, la peticionaria demanda una medida de protección urgente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*. Y Por estas razones, y sin más extensión, se estudió de fondo el tema constitucional.

---

<sup>3</sup> Ver las sentencias T-777 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-707 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-043 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-066 de 2009 (M.P. Jaime Araujo Rentarías), T-296 de 2009 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva), T-474 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-821 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

<sup>4</sup> Numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

<sup>5</sup> Folios 40 a 51.

**Las reglas constitucionales para garantizar el derecho a la pensión de invalidez cuando se trata de invalidez generada por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina.**

El régimen legal para acceder a la pensión de invalidez se encuentra prescrito en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que *“haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”*<sup>6</sup> Como lo señala esta disposición, los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las Juntas Calificadoras de Invalidez. Este tema, aparentemente técnico, no es irrelevante desde el punto de vista constitucional.

Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la

---

<sup>6</sup> En la sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo, con Salvamento Parcial de Voto Parcial de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte declaró la inexecutable de la norma que exigía *fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez*, por ser un requisito regresivo que imponía condiciones más gravosas para acceder a la pensión de invalidez, en comparación a los requisitos establecidos en el artículo 39 - original- de la Ley 100 de 1993.

invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.<sup>7</sup> Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.

Al respecto, en la sentencia T-699A de 2007,<sup>8</sup> a propósito de una persona enferma de VIH-SIDA, la Sala Cuarta de Revisión señaló que:

*“ (...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la*

---

<sup>7</sup> (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (*Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995* -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define la fecha de estructuración de la invalidez como “*la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez*”.

<sup>8</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.*

*En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”*

En la sentencia T-710 de 2009,<sup>9</sup> la Sala Primera de Revisión sostuvo que

*“(…) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el*

---

<sup>9</sup> M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

*fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.”<sup>10</sup>*

Con base en los precedentes de esta Corte, es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

### **Caso en Concreto.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, observa el Despacho que en esta oportunidad le corresponde determinar si existió vulneración de derechos fundamentales a favor de la actora con el actuar de COLFONDOS S.A. FONDO DE PENSIONES y CESANTIAS, en el marco de la solicitud pensional por invalidez que pretende dadas sus patologías.

Así las cosas, se debe tener claro que la procedencia de la acción de tutela en temas pensionales, está atada al cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales se deberán cumplir totalmente, tal y como lo dijo el órgano de cierre Constitucional, so pena tener por improcedente la actuación adelantada en sede de tutela.

Teniendo como requisitos que; *“(i) existiendo otro mecanismo de defensa judicial, éste no resulte eficaz, (ii) se acuda a la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y (iii) que el accionante sea sujeto de especial protección constitucional”*.

---

<sup>10</sup> El caso concreto se trató de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral de 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002. Solicitó la pensión de invalidez, pero el fondo de pensiones se la negó bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez. En las consideraciones de la sentencia, la Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003. Se ordenó, entonces, el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas la semana cotizadas por el accionante, hasta el momento en hizo su solicitud de la pensión.

Por lo anterior, y revisada la documental con la cual cuenta este trámite se tiene que la señora MARTHA EUNICE SIERRA MAYORGA, acude a la acción de tutela, dado que padece una serie de patologías “*artritis reumatoidea, osteoartritis, osteoporosis, hipertensión arterial, trastorno de disco cervical*”, las cuales según las entidades de calificación de pérdida de capacidad laboran son degenerativas, por lo que dirigir a la actora a iniciar los trámites ordinarios, sin ser estos expeditos o eficaces se le estaría vulnerando la posible satisfacción urgente de sus derechos, teniendo así cumplido el primer requisito de los citados.

Ahora bien, el segundo punto a revisar se tiene que la acción de tutela se incoó por parte de la actora, con el único fin de que no se violenten derechos a los cuales él cree tener derecho, si se tiene en cuenta su estado de salud, el cual es corroborado con las respuestas de las entidades citadas al trámite y las cuales hacen parte de las instituciones prestadoras de los servicios de Seguridad Social nivel nacional, por lo que se inicia a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Finalmente se otea sin mayor análisis que la señora Martha Sierra Mayorga dado su delicado estado de salud demanda con urgencia la protección urgente de sus derechos a fin de salvaguardar que se ocasione o genere un daño mayor a su vida, por lo que cumplido el tercer requisito se deberá estudiar el tema de fondo bajo estas razones, y sin más extensión, de la siguiente manera.

Se tiene que la señora MARTHA SIERRA MAYORGA, padece una serie de patologías denominadas “*artritis reumatoidea, osteoartritis, osteoporosis, hipertensión arterial, trastorno de disco cervical*” tal y como lo fijó la EPS citada al trámite y la Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

Que la actora, laboró en óptica alemana desde el año 1983 al año 2002 y tales aportes lo hizo al extinto Instituto del Seguro Social, que desde el 2002 hasta 2005, cotizó como independiente y permaneció cesante durante el lapso del 2005 al 2016, siendo este último año la data en la cual su hermana le ha realizado los aportes a su nombre a fon de continuar aportando al sistema de Seguridad Social.

A su vez se tiene que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá determinó en el dictamen realizado el pasado 21 de abril de 2020, que las patologías sufridas por la actora tuvo como fecha de estructuración, el 20 de agosto de 2015.

Así las cosas, se tiene que la Jurisprudencia en casos parecidos mencionó que;

*“La peticionaria padece insuficiencia renal crónica terminal. En dictamen del 30 de diciembre de 2009, realizado por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa, fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 71.91%, de origen común, y con fecha de estructuración de la invalidez el 22 de noviembre de 2008. Pero esta fecha, a pesar de lo que señala el dictamen, no representa el momento en que la accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como exige el Decreto 917 de 1999. Por el contrario, es la fecha de la calificación de la invalidez, como se señaló en las consideraciones precedentes, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales condiciones de salud de la peticionaria, y el hecho de que ella continuó cotizando al Sistema, a pesar de los síntomas de su enfermedad.*

*En consecuencia, los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tiempo en el cual la peticionaria debió cotizar 50 semanas al Sistema según lo dispone el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, deben ser contados entre el 30 de diciembre de 2009 (fecha real de su pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva), y el 30 de diciembre 2006. En este período, la Sala encontró probado que la accionante cotizó al Sistema más de 80 semanas, es decir, superó las semanas mínimas para acceder a la pensión”*

Puestas de esta manera las cosas, se tiene que la señora MARTHA SIERRA MAYORGA, padece de las patologías “*Vida Digna, Seguridad Social, Mínimo Vital y Salud*”, las cuales según los estudios de los galenos de la Junta Nacional de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral tuvo como fecha de estructuración el día 20 de agosto de 2015, data en la cual no se encontraba realizando aportes al sistema de seguridad social, pues según sus palabras y del historial de semanas cotizadas en la acción entre el mes de mayo del año 2005 al mes de noviembre de 2016 no se cotizo a pensiones ni a ninguna entidad previsional.

Generando esto que no se cumpla el requisito necesario para la aplicación de la norma que regula la pensión por invalidez, pues la Ley 860 de 2003 dispuso que el artículo 39 de la Ley 100 quedaría así:

*“...Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

*1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.*

*2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.*

*PARAGRAFO 1°: Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

*PARAGRAFO 2°: Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años...”*  
(Subrayado por el despacho)

Ahora bien, sin que lo anterior no fuere menos importante, también denota el despacho que se establece con claridad la señora SIERRA MAYORGA, desde el mes de noviembre de 2016, hubiere efectuado las cotizaciones posteriores al 20 de agosto de 2015 al sistema de seguridad social, por el ejercicio de sus labores, o en palabras de la H. Corte Constitucional, por el hecho de prestar sus servicios con la capacidad laboral residual que la actora tuvo, pues ella misma señala que las cotizaciones se las está haciendo su hermana, sin que esto sea como contribución de trabajo o labor alguna. Ya que de ello ha señalado el órgano de cierre Constitucional que;

*“...Por ende, teniendo en cuenta que muchas veces la fecha de estructuración fijada no corresponde al día en que efectivamente la persona perdió la capacidad laboral, la Corte ha permitido que, para efectos del cumplimiento de las semanas pensionales exigidas para consolidar la pensión de invalidez, se tengan en cuenta los aportes realizados por el trabajador con posterioridad a dicha fecha, acudiendo a la figura de capacidad laboral residual, la cual le permitió al trabajador continuar trabajando y cotizando,*

hasta el momento en que definitivamente perdió por completo su fuerza laboral.

Sin embargo, la anterior interpretación tiene lugar, siempre y cuando, no se advierta la intención de defraudar el sistema pensional, la persona padezca una enfermedad congénita, degenerativa o crónica y, con posterioridad a la fecha de estructuración fijada, las semanas que aportó fueron producto de una efectiva y probada capacidad laboral residual que le permitió seguir laborando y, por ende, cotizando al sistema pensional...<sup>11</sup>  
(Subrayado por el despacho)

Agregando a lo dicho y del tema de la capacidad laboral residual ha dicho la Corte Constitucional que;

“...Ahora bien, como se expuso previamente, en aquellos casos en los cuales el afiliado sufre una enfermedad de carácter congénito, degenerativo o crónico, su capacidad laboral no desaparece inmediatamente, pues las habilidades y destrezas para ejercer un oficio se van disminuyendo de forma paulatina, hasta llegar al momento en el cual la pérdida sea tal que no le sea posible estar activo en el mercado laboral. Lo anterior implica que, en la mayoría de estos casos, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral consignada en el dictamen, que, por lo general corresponde a la aparición del primer síntoma o al diagnóstico de la enfermedad, no corresponde en realidad al momento en el que el afectado haya tenido que dejar de laborar. La Corte ha identificado a este fenómeno como la capacidad laboral residual y su ocurrencia permite tener en cuenta las semanas que en virtud de ella se hayan cotizado.

Precisamente, la Corte ha manifestado que para el reconocimiento de la pensión de invalidez, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas después de la fecha de estructuración, pues éstas han podido ser laboradas gracias a una capacidad laboral residual que le permitió al trabajador desempeñar sus funciones hasta que llegara el momento de perder totalmente su fuerza de trabajo. Una lectura como la realizada por esta Corporación, se soporta en tres principios guías del Sistema Integral de la Seguridad Social. En primer lugar, el principio de universalidad que busca garantizar el acceso al derecho a la seguridad social de quienes sufren alguna limitación física. En segundo, el principio de solidaridad que ordena atender de manera prevalente a la población más vulnerable. Y, finalmente, el principio de integralidad, cuyo fin es el de asegurar que todas las contingencias que puedan afectar las condiciones de vida de una persona, en aspectos tales como la salud, la integridad física y la capacidad económica, estén cubiertas por el Sistema de

---

11 Sentencia T-202A –DE 2018 Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger

*Seguridad Social. Si bien el legislador puede determinar el tipo de coberturas, las reglas que definen su acceso y los titulares de las distintas prestaciones previstas en la ley, el sistema siempre debe interpretarse como un medio o mecanismo para acceder a las coberturas que allí se ofrecen, a partir de la armonización lógica y razonable de sus distintos componentes, y no como una limitante que impida preservar o acceder a una calidad de vida idónea, sobre todo ante la ocurrencia de contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte...”<sup>12</sup> (subrayado por el despacho)*

Así las cosas no es dable para esta sede judicial, cobijar a la señora Sierra bajo los presupuestos que se citan en el escrito de tutela, pues si bien existen cotizaciones realizadas con anterioridad y posteriores a la fecha de estructuración de las enfermedades también lo es que la actora no ha ejercido sus labores, por la incapacidad ininterrumpida que le han generado por sus patologías.

Por lo anteriormente expuesto el despacho, debe resolver

## DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

## RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de fecha 01 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 23 Civil Municipal de esta Urbe.

SEGUNDO: NEGAR el amparo solicitado por MARTHA ENICES SIERRA MAYORGA, bajo los parámetros citados en esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

CUARTO: COMUNÍQUESE telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

---

*12 T-111-2016 Corte Constitucional de Colombia expediente T-5.206.106 Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor X contra Colpensiones Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ*

QUINTO: Contra la presente providencia, no procede ningún recurso, salvo la revisión eventual de la honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**800f59944ab2991b43b7a8fd194eed23a37209d86882bad7ce048e74f9de  
320f**

Documento generado en 05/10/2020 06:25:06 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente No. 110013103003-1980-02064-00

Clase: Quiebra

Se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el Abogado Jairo López Morales en contra del último párrafo del auto de febrero 17 de 2020.

Como fundamento de tales medios de ataque, afirmó una serie de hechos y apporto senda prueba documental, la cual obra a folios 409 al 513 del Cuaderno continuación caja 3-B.

En el traslado respectivo el apoderado judicial del señor Abdías Federico Ángel Gómez, señaló que la decisión atacada con aquel trámite procesal se debía mantener por cuanto con aquella determinación lo que busca el despacho es dar claridad y veracidad en el expediente.

Así las cosas se hace necesario resolver aquel previo las siguientes;

**CONSIDERACIONES**

Conocido es que el recurso de reposición tiene como finalidad que el mismo funcionario que profirió la providencia, la estudie nuevamente y en caso tal hallarla, no ajustada a la Ley, la revoque, modifique, o adicione, cuando quiera que haya incurrido en errores.

Revisado el plenario se verifica de entrada que las peticiones del actor no tendrán prosperidad, dado que lo decidido en el adiado del 17 de febrero del año que avanza, busca determinar y aclarar situaciones que se han suscitado en el expediente, y que en aplicación de lo regulado en los artículos 42, 43 y 44 del Código General del Proceso el Juez puede solicitar a las partes y demás intervinientes del litigio arrimen al plenario los legajos que a su arbitrio considere necesarios para resolver las diferentes peticiones y cuyas determinaciones las partes en pro de dar celeridad procesal deberán acatar.

Obsérvese, así que es procesalmente valido requerir a José Jairo López Morales, Martha Evidalia Muñoz Burbano, Digna Teresa Gómez Flórez y Felipe Ospina, con el fin de que comprueben y den fe de los pagos de los créditos de las personas citadas en el auto recurrido, pues con esto se aclararía la

situaciones que aun a la fecha no se determinan en el litigio, ya que de ser contrario no se estaría accediendo a lo pedido a folios 235 y 236 del cuaderno del Cuaderno continuación caja 3-B, con base en las razones anteriormente establecidas este Juzgado.

**RESUELVE.**

**PRIMERO:** Mantener incólume el último párrafo del auto de fecha 17 de febrero de 2020, en los términos y por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Negar la alzada interpuesta de manera subsidiaria, dado que el auto apelado no es de aquellos enlistados en el artículo 321 del Código General del Proceso.

Notifíquese, (3)

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**88c22e53165b5ddabc5c94cfce3c26250090896baa640daa98de7f5f723b7553**

Documento generado en 05/10/2020 12:55:14 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente No. 110013103003-1980-02064-00  
Clase: Quiebra

Obre en autos la decisión de fecha 18 de marzo de 2020, emitida por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral radicación No. 8727, visible a folios 1 al 8 del cuaderno continuación caja 3-C.

Se reconoce personería para actuar al abogado CESAR FRANCISCO NIGRINIS BALLESTEROS, en nombre y a favor de la sociedad FERMASA – MAQUINAS Y EQUIPAMIENTOS, dado que el abogado dio cumplimiento al requerimiento de fecha 18 de junio de 2019.

A su vez, se insta al abogado Juan Manuel Parra Mora, que previo a solicitar la información pedida a folio 10 del cuaderno continuación caja 3-C., eleve la petición respectiva al Banco Agrario de Colombia- oficina de depósitos judiciales en los términos del numeral 4 del artículo 43 del Código General del Proceso.

Previo a resolver la remoción del síndico elevado por el abogado Víctor Manuel López Paramo, se deberá poner en su conocimiento lo indicado por la señora NANCY ESCAMILLA BOCANEGRA, obrante a folio 358 del cuaderno continuación caja 3-B., por un lapso de 3 días a fin de las partes realicen las observaciones que consideren pertinentes, pues con el legajo en mención se trata de dar cumplimiento a lo ordenado en adiado del 18 de junio de 2019.

Se pone en conocimiento la decisión de fecha 06 de agosto de 2020, emitida por Fiscalía General de la Nación – Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Fiscalía 40, visible a folios 104 al 197 del cuaderno continuación caja 3-C.

Notifíquese, (3)

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**f309cd2e38aee5bfc0cf37f6359c772061ddb41befcdb789cd37ac22a048899f**

Documento generado en 05/10/2020 12:55:12 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente No. 110013103003-1980-02064-00  
Clase: Quiebra

La solicitud de nulidad – control de legalidad de la actuación elevada por la señora Martha Muñoz Burbano, se negará dado que los adiados atacados son providencias que se encuentra ejecutoriadas y deberá estarse a lo dispuesto en las mismas.

Notifíquese, (3)

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**72462f5b557bfd3ddb8f92c66a011fc7610185110b1ee978d0e1d22650aec093**

Documento generado en 05/10/2020 12:55:09 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **10-2020-00442-01**

Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por ALEJANDRA TORRADO MARTÍNEZ, contra la providencia emitida el 08 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 10 Civil Municipal de esta Urbe.

**ANTECEDENTES**

La ciudadana ALEJANDRA TORRADO MARTÍNEZ, solicitó la protección de los derechos constitucionales que denominó “*trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana*”, los cuales consideró vulnerados por CONSTRUCTORA URBANA SAN RAFAEL.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Manifestó que los señores Esteban Londoño Posada y Carlos Andrés Cleves celebraron un contrato de arrendamiento del local comercial No. 205A en las instalaciones del Centro Comercial Paseo San Rafael, del cual ella no hizo parte, pero si actuó como colaboradora o vocera de los arrendatarios para la instalación del gimnasio “*BE SMART*”, ello desde el año 2014.

Adujo la actora que dada la emergencia generada por la propagación del Coronavirus COVID-19, la industria de los gimnasios se vio azotada, debido a las cuarentenas obligatorias y el aislamiento preventivo decretado por las autoridades distritales y nacionales, lo cual, ocasionó el cierre del

local sin percibir ingreso alguno, desde el 20 de marzo de 2020 hasta la fecha en que interpuso la acción.

Agregó que en razón de la crisis, propuso alternativas como el congelamiento de los cánones de arrendamiento y expensas de administración entre otras, siendo infructuosas las fórmulas de arreglo planteadas. Lo que llevó a los arrendatarios por medio ella como vocera a dar por terminado unilateralmente el contrato firmado con CONSTRUCTORA URBANA SAN RAFAEL, desde el 31 de julio de 2020.

Indicó que una vez se dio la terminación del contrato, solicitó autorización para retirar sus bienes y no los de los arrendatarios los cuales se encuentran en el local 205A del Centro Comercial Paseo San Rafael, petición que fue negada ya que la accionada manifestó que solo podría autorizar el trasteo cuando se expidiera un paz y salvo de la administración.

Señaló que como ella no es parte dentro del contrato de arrendamiento se le debió autorizar el retiro de sus bienes del local comercial señalado a lo largo de la tutela, viéndose gravemente afectada pues allí guarda elementos de trabajo y finalizó su participación indicando que para su entender retirando sus pertenencias en nada afecta el vínculo entre partes firmado en el año 2014.

### **Lo Pretendido.**

Tutelar a favor de la actora, sus derechos fundamentales, y se ordene al a la Constructora Urbana San Rafael S.A., que le permita el acceso al local 205A del Centro Comercial Paseo San Rafael, a fin de que aquella pueda retirar todas y cada una de las pertenencias que se encuentran en dicho lugar.

### **La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 10 Civil Municipal de esta Ciudad, quien la admitió para su trámite el 31 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a la persona jurídica accionada, para que en el término de un día rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los

antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda, y ordenó la vinculación de la sociedad ESCALE ASOCIADOS y START TECH LTDA.,

Mediante correo electrónico arrimado el 01 de septiembre de 2019 la accionante, señaló que ella es socia de la persona jurídica ESCALE ASOCIADOS S.A.S., y que no han firmado ni participado en ningún contrato con la entidad accionada, más sin embargo señaló que al interior del local 205<sup>a</sup> del Centro Comercial Paseo San Rafael, existen bienes de la sociedad y de ella.

Por su parte el Representante Legal de la sociedad CONSTRUCTORA URBANA SAN RAFAEL S.A, en el lapo pertinente, señaló que la actora si es parte de la relación comercial, pues mediante Otrosí al contrato la persona jurídica ESCALE ASOCIADOS S.A.S., se incluyó a la misma dentro del convenio contractual.

Por lo tanto señaló que la acción de tutela instaurada por la Accionante deberá ser negada por cuanto la misma si hace parte de la relación contractual, y las controversias existentes entre las partes son de índole contractual y económico y nada tienen que ver con la vulneración de derechos fundamentales, toda vez la imposibilidad de apertura de su actividad comercial atiende a una decisión tomada por el Gobierno Nacional mediante la declaración del Estado de Emergencia.

#### **La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del 08 de septiembre de 2020, negó el amparo constitucional solicitado por la señora ALEJANDRA TORRADO MARTÍNEZ.

Soportando su decisión en que es evidente que la acción se torna improcedente dado su carácter subsidiario, pues la actora disponía de otro medio de defensa judicial, para salvaguardar sus pretensiones, las cuales no son de naturaleza meramente constitucional teniendo en cuenta que, para verificar la vulneración de los derechos fundamentales invocados debió acudir a trámites ordinarios tanto es así que en la tutela no se enlisto los bienes sobre los cuales pretende le sean entregados.

## **La Impugnación.**

La actora, en el lapso pertinente, señaló que los hechos de la tutela van encaminados a la determinación de la CONSTRUCTORA SAN RAFAEL -Centro comercial San Rafael- de no permitirle retirar los bienes de su propiedad hasta tanto no exista un paz y salvo de cánones y expensas comunes, agrega que los bienes que están en el interior del local 205A no son de propiedad de los arrendatarios, son las herramientas de su trabajo, razón por la cual interpuso acción constitucional por la inminente vulneración al derecho de trabajo y mínimo vital.

Reiteró la impugnante que no hace parte de la relación comercial, pero acepta que he venido actuando como vocera al interior de la misma, sin que se entienda la razón por la cual el juez de primera instancia le sugiere iniciar las acciones pertinentes ante la jurisdicción ordinaria.

Y finaliza su participación, indicando que el perjuicio irremediable está comprobado pues con las pertenencias que están al interior del local comercial ella ejerce sus labores pues es entrenadora personal, y al no tener acceso a sus elementos de labores no puede trabajar y generar ingresos para su sustento.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

## **Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *“hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho”, predicable de cualquier procedimiento, “el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión”, derecho de defensa que lleva implícito el principio “de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas”.* (Sent. T – 416 de 1998).

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera que *“en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción*

*de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales” (Sent. T-480 de 2011)*

*A lo anterior, ha de agregarse que “no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales” (Sent. C-543 de 1992)*

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

### **Caso en Concreto.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, observa el Despacho que en esta oportunidad le corresponde determinar si existió vulneración de derechos fundamentales a la actora, con el hecho de no permitirle acceder al local 205A del Centro Comercial Paseo San Rafael, a fin de retirar sus pertenencias, hasta tanto la misma no probara estar a paz y salvo con la administración del mentado centro comercial.

Conllevando a que el despacho deba verificar antes de ingresar a estudiar los hechos que respalda las pretensiones de la acción, que se cumplan los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la misma, por cuanto si no se cumplen los mismos la misma será improcedente.

Así las cosas, se genera que de los hechos y las pruebas arrimadas al expediente no se conlleva a este despacho a determinar con claridad y sin titubear que la actora se encuentre en algún estado de indefensión o de debilidad manifiesta que permita saltar el requisito de subsidiariedad, por lo

que se revisará que la señora Torrado Martínez, contaba con las acciones ordinarias, con la cuales podía restablecer los derechos que aquí cita violentados y que pide sean salvaguardados en un trámite subsidiario.

Ahora bien, si ello fuere poco se tiene que aun así la actora insista en indicar que no hace parte del contrato de arrendamiento del local 205A del Centro Comercial Paseo San Rafael, la parte accionada anexo al trámite un documento “*otros*” de fecha 16 de noviembre de 2014 en el cual se incluyó a la sociedad ESCALE ASOCIADOS S.A.S, como parte, del convenio firmado entre Esteban Londoño Posada y Carlos Andrés Cleves y la sociedad accionada, siendo ESCALE ASOCIADOS S.A.S, representada legalmente por la aquí accionante, es decir la señora ALEJANDRA TORRADO MARTÍNEZ.

Así pues, se tiene que la actuación iniciada por la actora, no está precedida del agotamiento de los medios legales, que tenía a su alcance, dejando a un lado y sin observar que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, tal y como lo señaló el artículo 86 de la Carta Política, implicando esto que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual bajo el caso en concreto no se encuentra probado, pues tal y como lo dijo el juez de primera instancia no se tiene certeza de los elementos con los cuales la accionante ejerce sus labores, por lo menos a fin de determinar una posible afcción a derechos fundamentales..

Es decir, el reconocimiento de subsidiariedad de la acción de tutela genera y obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos, por lo que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial y extrajudicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Colorario, se tiene que no era procedente analizar el asunto de la referencia de fondo, tal y como lo hizo el juez de primera instancia, ya que en este caso, la existencia de un mecanismo ordinario existente y que esta

para el uso de la actora, desplaza como principal que se acuda ante el Juez Constitucional, para que se ampare los derechos que según ella se le afectaron, motivo por el cual, este despacho CONFIRMARÁ el fallo impugnado.

Por lo anteriormente expuesto el despacho, debe resolver

### **DECISIÓN**

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

### **RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 08 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 10 Civil Municipal de esta Urbe.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

TERCERO: COMUNÍQUESE telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Contra la presente providencia, no procede ningún recurso, salvo la revisión eventual de la honorable Corte Constitucional.

|

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ecba1f95486eac68db3acaf7a68f389fa5972158d60fd0ff445b80beda7cc  
37e**

Documento generado en 05/10/2020 12:43:55 p.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **80-2020-00512-01**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 80 Civil Municipal de Bogotá, fechada 03 de septiembre de 2020.

**ANTECEDENTES**

La ciudadana DIANA DEYSI HERNÁNDEZ PALACIO, solicitó el amparo de los derechos fundamentales que denominó “*Salud, Mínimo Vital, Seguridad Social, estabilidad laboral y trabajo*”, los cuales consideró fueron lesionados por KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A

Como sustento fáctico señaló que inició a trabajar con la entidad accionada el 2 de febrero de 2011, a través de una empresa temporal hasta el 11 de julio de ese mismo año, y posteriormente, fue vinculada de manera directa a por KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., hasta el 11 de julio 2020.

Manifestó que sus funciones consistían en realizar prendas de vestir para hombre, siendo operaciones muy repetitivas, razón por la cual, en el año 2013 le empezaron a doler las manos e indicó que, en su oportunidad, fue valorada por el médico de la EPS, quien la remitió a terapias y le prescribió medicamentos para el dolor sin mejoría alguna, no obstante, continuó con sus labores en la empresa.

Mencionó que para el año 2015, volvió a verse afectada por la misma dolencia, para lo cual fue remitida al ortopedista, quien le ordenó realizar una electromiografía y neuro-conducción, siendo diagnosticada con “*síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral*”.

Agregó que con ocasión al diagnóstico “*síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral*”, fue remitida a medicina laboral, donde le emitieron las respectivas restricciones laborales y la remitió para generar la calificación de origen de la enfermedad, siendo dictaminada por la EPS como enfermedad laboral.

Indicó que la ARL al tener conocimiento del dictamen - origen de la enfermedad laboral - no estuvo de acuerdo con el mismo, por ello lo remitió a la Junta Nacional de Calificación de Perdida de Capacidad Laboral, quien señaló que la enfermedad era de origen común.

Manifestó que la empresa encartada tenía conocimiento de su estado de salud y del trámite que se surtía ante la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, la documentación necesaria para dicho trámite fue enviada por la EPS. Y que como consecuencia de la enfermedad y atendiendo a las recomendaciones médicas, le asignaron otro cargo laboral con menos carga y desde esa fecha ha estado continuado en controles médicos.

Señaló que, al llegar la pandemia la empresa le notificó la terminación de contrato, sin tener en cuenta su condición de salud, y con lo cual considera se vulnera su mínimo vital, ya que en época de aislamiento obligatorio y atendiendo la situación actual del país le es difícil encontrar otro trabajo, más cuando cuenta con restricciones médicas.

### **Lo pretendido**

Que como consecuencia de lo anterior solicita, se amparen sus derechos constitucionales y ordene al representante legal de la empresa KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A y/o quien haga sus veces el reintegro inmediato al cargo de trabajo o a uno de similares condiciones, y que se cancele todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, así mismo que los aportes al sistema general de seguridad social

### **Trámite de la primera instancia.**

Correspondió por reparto la compendiada acción, al Juzgado 80 Civil Municipal de esta Urbe, quien mediante auto del 25 de agosto de 2020, la admitió y ordenó la notificación de la empresa accionada, a fin de que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones narrados por la tutelante y vinculó al MINISTERIO DE TRABAJO, ASSO LTDA-ASESORÍAS Y SERVICIOS EN SALUD OCUPACIONAL, a la EPS FAMISANAR y Centro de Salud CALLE 48, SURA ARL.

FAMISANAR EPS, alegó una falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido que las pretensiones expuestas en la presente acción de tutela son de orden laboral y con ocasión a un contrato de trabajo, por lo cual esa entidad no es la llamada a pronunciarse sobre los hechos de la acción.

El MINISTERIO DE TRABAJO, señaló que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela frente a esa cartera ministerial, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es ni fue la empleadora de la accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre la demandante y esa entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia de legitimidad de su parte, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Respecto al tema del despido de trabajadores incapacitados aclaró que la limitación física de una persona no es motivo justificante para la válida terminación del contrato de trabajo, razón por la cual ante el finiquito del vínculo contractual laboral con causa o con ocasión de la discapacidad o incapacidad del trabajador, dará lugar al reconocimiento y pago de indemnización equivalente a 180 días.

Finalmente, señalo que el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, habla de la reubicación laboral y el Ministerio menciona que en caso de que el empleador proceda a la reubicación, se entenderá que, para dar cumplimiento a esta

obligación, el trabajador debe poner en conocimiento al empleador de su estado de salud, mediante los dictámenes y recomendaciones médicas, a fin de obtener la reubicación en un cargo diferente al que ocupaba, siempre que sea compatible con sus capacidades y aptitudes. No obstante, deberá tenerse claro que en ningún caso la reubicación laboral puede comportar el desmejoramiento de las condiciones salariales inicialmente pactadas.

A su turno, KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., manifestó que las recomendaciones recibidas por la EPS FAMISANAR datan del año 2015, las cuales fueron prorrogadas por varios periodos siendo la última prórroga de recomendaciones el 12 de julio de 2017 por tres meses más, razón por la cual, señala que el despido no obedeció a el estado de incapacidad de la accionante, pues no cuenta con el mismo. Señaló que no tiene certeza sobre el estado de salud de la ex trabajadora, pues el acceso a la historia clínica es limitado, además de que el origen de su enfermedad fue calificado común.

Con respecto a las medidas tomadas con ocasión a la emergencia causada por la pandemia actual, indicó que dio aplicación a las circulares 021 y 033 expedidas por el Ministerio de Trabajo. Por último, afirmó, que si bien la empresa se encuentra activa, lo cierto es que está en un proceso de Negociación de Emergencia de un Acuerdo de Reorganización admitida por la Superintendencia de Sociedades, según auto 670000374, bajo el radicado No. 2020-05-002545 del 31 de julio de la presente anualidad.

Solicitó que se declare improcedente la acción de tutela al no existir vulneración de derechos fundamentales, pues no se acreditó el estado de incapacidad de la señora DIANA DEYSI HERNÁNDEZ PALACIO.

Al trámite se acumuló la tutela que estaba siendo conocida por el Juzgado 10 Civil Municipal de esta ciudad dado que tenían los mismos hechos e iguales pretensiones.

### **La sentencia impugnada.**

El juez de primer grado decidió conceder el amparo de tutela, luego de considerar que la actora es un sujeto calificado bajo los lineamientos de estabilidad laboral reforzada, por cuanto aquella para el momento del despido se encontraba bajo dicho amparo, además tiene la señora Hernández se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, y de indefensión, por lo que le es aplicable los requisitos de subsidiariedad y por lo tanto era procedente utilizar el medio constitucional en pro de amparar sus derechos fundamentales, solamente como mecanismo transitorio.

### **La impugnación.**

Inconforme con la decisión del Juez de primera instancia, el apoderado judicial de KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., al impugnar el fallo de tutela, fundó su desacuerdo en que no existió una valoración probatoria adecuada por cuanto se contaban con los medios documentales que no probaban la estabilidad laboral que tenía la señora Hernández para el momento del despido, aduce que para el día en el que se dio el retiro de sus labores aquella no se encontraba en tratamiento o incapacidad alguna de sus dolencias.

Así que discrepa totalmente del Juez de instancia, ya que la acción de tutela no era procedente, por cuanto no se está en presencia de una afectación al derecho

fundamental de estabilidad laboral reforzada, por parte de la accionada, ya que el despido de la actora se dio por una causa objetiva.

Sumado a esto señala que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial o llamado medio ordinario, donde acudir en búsqueda de la protección de sus derechos ya que al no ser un sujeto que demostrara una debilidad manifiesta, o perjuicio irremediable no era pertinente analizar la tutela de fondo, debiendo desechar aquella por improcedente.

## CONSIDERACIONES

### De la acción de tutela.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

### Procedencia de la acción de tutela contra particulares.

De acuerdo con el inciso final del art. 86 de la Constitución está permitido excepcionalmente el ejercicio de la acción de tutela contra particulares, siempre que se encuentre que estos incurrir en vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

Lo anterior, ha sido desarrollado por la enunciación contenida en el art. 42 del Decreto 2591 de 1991, y cuyo alcance ha sido delimitado por la Corte Constitucional así<sup>1</sup>:

- Que exista entre las partes una relación que ubique a la una respecto de la otra en condición de **subordinación** o indefensión.
- Que se trate de un vínculo en el que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público cualquiera.
- Que el particular actúe o haya actuado en el ejercicio de funciones públicas.
- Que se trate una temática atinente al derecho de habeas data.

Sobre la subordinación ha dicho la Corte Constitucional que se refiere a:

*“el acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas”<sup>2</sup> y pone como ejemplos de estas*

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2011.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-233 de 1994.

situaciones: “(i) **las relaciones derivadas de un contrato de trabajo**; (ii) las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo; (iii) las relaciones de patria de potestad originadas entre los hijos menores y los incapaces respecto de los padres o (iv) las relaciones entre los residentes de un conjunto residencial y las juntas administradoras de los mismos”<sup>3</sup>. (Negrillas fuera de original)

Además, en sentencia T – 136 de 2013 la Corte Constitucional, con ponencia del honorable Magistrado doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

*“...Esta Corporación ha explicado reiteradamente que la acción de tutela responde al principio de subsidiariedad<sup>4</sup>, es decir, no es un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Es por ello que no debe ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la omisión injustificada del interesado.*

*Bajo este marco la Corte ha advertido sobre la improcedencia general de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual, en tanto que “por tratarse de controversias que se derivan de acuerdos privados celebrados por las partes (...) deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil, comercial o contencioso dependiendo del caso particular”<sup>5</sup>*

Ahora bien, también ha explicado que aunque exista otro medio de defensa judicial, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente en aquellos casos en que: (i) las otras acciones judiciales no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, (ii) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para precaver que ocurra un perjuicio irremediable<sup>6</sup>

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que tratándose de acciones de tutela interpuestas por sujetos de especial protección constitucional, se debe hacer el análisis relativo al agotamiento de los recursos y medios judiciales ordinarios y a la configuración de un perjuicio irremediable, de forma más flexible en atención a las especiales condiciones de estas personas, “teniendo en cuenta que su

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-371 de 2009.

<sup>4</sup> Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-514 de 2003, T-1121 de 2003, T-1093 de 2004, T-1140 de 2004, T-742 de 2011 y T-086 de 2012.

<sup>5</sup> Sentencia T-086 de 2012. Precisamente en esta providencia se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en tres expedientes distintos en relación con la cobertura de varios contratos seguros ante eventos de incapacidad total y permanente. En su momento, la Sala de Revisión no encontró probada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justificase la intervención del juez de tutela.

<sup>6</sup> Mediante sentencia T-225 de 1993, la Corte explicó los elementos constitutivos del perjuicio irremediable así: “ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) || “B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) || “C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. || “D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

capacidad para reaccionar a la misma y defender sus derechos adecuadamente, se encuentra limitada”<sup>7</sup>

En consecuencia, no es suficiente para excluir automáticamente la procedencia de la tutela, la mera existencia de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, “con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela”<sup>8</sup>. El otro medio de defensa, entonces, “debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”<sup>9</sup>, atendiendo igualmente las condiciones particulares de vulnerabilidad del accionante.

Y con relación a la situación de debilidad manifiesta que haga procedente la estabilidad laboral reforzada, el mismo pronunciamiento, agregó que:

*“...De forma reiterada la Corte Constitucional ha sostenido que este derecho constitucional se extiende a aquellos trabajadores que debido a serios deterioros en su estado de salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Así, corresponde al juez de tutela analizar, en el campo de la sana crítica y de acuerdo con su autonomía judicial, las características específicas del asunto sometido a su enjuiciamiento, para constatar si la afección en la salud del actor es de una envergadura tal que lo sitúa en la señalada posición de debilidad manifiesta. Esto sucede cuando, por ejemplo, la enfermedad le impide desarrollar su potencial laboral en condiciones regulares, limitando de manera importante su capacidad laboral y su posibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo, amenazando de esta manera, igualmente, la garantía al mínimo vital...”*<sup>10</sup>

## **Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada**

En sentencia T – 201 de 2018 la Corte Constitucional, determinó la naturaleza y fines de la estabilidad laboral reforzada como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales como el derecho, en sentido amplio, que tiene todo trabajador en estado de debilidad manifiesta a permanecer en el empleo, a menos que exista una causa objetiva y justa para su desvinculación.

<sup>7</sup> Sentencia T-738 de 2011. Ver también T-043 de 2005 y T-352 de 2011.

<sup>8</sup> Sentencia T-468 de 1999.

<sup>9</sup> Sentencia T-003 de 1992.

<sup>10</sup> *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-263 de 2009, T-992 de 2008, T-504 de 2008, T-513 de 2006 y T-198 de 2006, entre otras. Igualmente, este criterio encuentra respaldo en lo previsto en el numeral 1° del artículo 1° del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 82 de 1988: “A los efectos del presente convenio, se entiende por **“persona inválida”** toda personas cuyas **posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.**” (Énfasis añadido).*

El mentado fallo señaló:

*“...La estabilidad laboral reforzada implica que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que lleven a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus funciones...,”*

*...la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (persona en situación de discapacidad física o mental, o mujer en estado de embarazo). Dicha protección, entonces, no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia “un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores...”*

*...La mencionada protección le asiste a quienes acrediten su discapacidad, pero también a las personas que están en situación de debilidad manifiesta debido a importantes deterioros en su estado de salud, que le “impide[n] o dificulta[n] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”. De tal suerte, “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada.”<sup>11</sup>*

*..., la estabilidad laboral reforzada tiene como objetivo brindar una protección adicional a las personas que puedan ser apartadas de su trabajo, con ocasión de una eventualidad médica por la que atraviesen...”*

*Los presupuestos para que sea aplicable la estabilidad reforzada pueden sintetizarse así: “Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta;*

- Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;*
- Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y*
- Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.”<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> *Sentencia T-521 de 2016.*

<sup>12</sup> *T-141 de 2016*

## **La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad o enfermedades no laborales.**

La jurisprudencia constitucional relacionada con la estabilidad reforzada, desde sus inicios ha fijado las reglas para que esta proceda protección. La Sentencia T-077 de 2014 recogió estos parámetros señalando que:

*“(i) La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo, en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección, atendiendo las circunstancias particulares del caso.*

*“(ii) El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado debilidad manifiesta.*

*“(iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral.”*

Ahora bien, en sentencia T-521 de 2016 se precisaron las reglas jurisprudenciales construidas por la H Corte Constitucional a lo largo de los años y relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada con independencia de la vinculación laboral y la presunción de discriminación en la terminación de la relación laboral, en el siguiente sentido:

*“(i) En primer lugar, en dicha sentencia se señala que existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales”. Luego de analizar varias providencias en las que los accionantes, personas incapacitadas o con una discapacidad o problema de salud que disminuía su posibilidad física de trabajar, alegaban haber sido despedidos sin autorización del inspector de trabajo, la Corte consideró que “con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”.*

*“(ii) En segundo lugar, se entiende activada esta garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador retirado.*

*“(iii) En tercer lugar la estabilidad laboral reforzada se aplica “frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante”.*

De conformidad con el anterior recuento jurisprudencial, es evidente que la Corte ha acudido a varias fórmulas para resolver los casos que envuelven una estabilidad laboral reforzada y que el tipo de vinculación no ha sido un obstáculo para conceder dicha protección, aceptando que la misma procede en contratos de prestación de servicios independientes.

## EL CASO CONCRETO

Teniendo que establecer el despacho si la finalización de la relación contractual, entre la empresa KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., siendo esta la empleadora y la accionante, se realizó violentado los derechos fundamentales invocados por ésta en su escrito tutelar, y si por este hecho, hay afectación de sus prerrogativas fundamentales al trabajo y mínimo vital entre otras.

Del material probatorio se establece que la accionante, se vinculó a laborar el 11 de julio de 2011, mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual fue prorrogado en varias oportunidades hasta el pasado 10 de julio de 2020, contratada por KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., a fin de que cumpliera ciertas labores al interior de su organización.

Que durante la vigencia del contrato laboral, la actora fue objeto de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de las entidades que para tal fin tiene regulado el Estado en el marco del sistema de seguridad social, dentro del cual fue diagnosticada con *“síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral”* y de ello se emitieron recomendaciones médico laborales que según lo expuesto en los legajos permanecen hasta la fecha de presentación de esta acción, situación que era de conocimiento del empleador.

Ahora bien, la accionante manifiesta que en razón del COVID-19, le fue terminado su vínculo laboral sin verificar previamente que era una trabajadora con recomendaciones médicas vigentes, situación está con la cual se sustentó que el despido fue motivado por sus condiciones de salud y desconociendo que se encontraba en condiciones de debilidad manifiesta y por ende, hay lugar al amparo invocado

Frente a esos aspectos en particular es de poner de presente que se encuentra acreditado que la accionante padece de *“síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral”*, tal y como se puede extraer del dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional de fecha 04 de abril de 2019 y el cual fue emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Siendo claro que las patologías *“síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral”* no son causadas o generadas como resultado directo o secundario del trabajo ejercido, más sin embargo si se tiene que este tipo de enfermedades puede afectar o impedir el buen desempeño de sus labores de manera regular, siendo necesario aclarar que como lo dijo el órgano de cierre Constitucional no se necesita que la afección en el estado de salud del trabajador sea resultado de sus labores cotidianas para que una persona sea acreedora a la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud.

A ello, debe aunarse que, en el dictamen referido anteriormente se estableció con claridad que *“Paciente procedente de Bogotá D.C. de 47 años de edad, lateralidad diestra, ocupación OPERARIA de oficios varios en empresa GUILLERMO PULGARÍN SAS desde hace ocho años, ingresó el 02/02/2011, activa con recomendaciones médico laborales desde hace tres años no carga mayor de cinco kilos, no estar mucho tiempo en la misma posición pausas activas cada hora, inicia cuadro clínico en el año 2013 consistente en dolor, parestesias, amnesia con manos rígidas que cedía a la media a una hora con diagnóstico de SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO BILATERAL SINOVITIS Y TENSINOVITIS DEFLEXO EXTENSORES DE ANTEBRAZOS Y PUÑOS BILATERALES”*<sup>13</sup>, permitiendo establecer que tal dolencia a la fecha del despido no

---

<sup>13</sup> pág. 15 del dictamen de fecha 04 de abril de 2019 y el cual fue emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

estaba curada, generando esto que con la terminación del vínculo laboral se coloque a la señora Hernández Palacio en un estado de debilidad manifiesta e inclusive de indefensión, pues se debe ver que se trata de dejar sin seguridad social e ingresos para su subsistencia a una persona que actualmente tiene unas patologías en sus extremidades superiores, siendo necesario traer a colación lo señalado por la H Corte Constitucional en líneas atrás, siendo este el primer requisito para tener bajo el manto de una estabilidad laboral reforzada a un trabajador enfermo, “...con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada...”

Bajo ese panorama, se deberá confirmar lo decidido por el juez de primera instancia, por cuanto este despacho observa que en este caso en concreto, el empleador a sabiendas del estado de salud de la actora y que aquella a la fecha de despido aun contaba con las recomendaciones laborales, no solicitó la autorización que para tal fin debe generar la Oficina de Trabajo Correspondiente, por ende, no es posible catalogar la terminación laboral como justo u objetivo, dado que se otea un trato discriminatorio en contra de la actora, encontrando así que se hallen acreditadas las situaciones descritas para poder tener a la señora Hernández dentro del conjunto de personas catalogadas con estabilidad laboral reforzada, ya que esta tiene una enfermedad que sin ser adquirida en cumplimiento de sus labores si le impide ejercer las labores de la mejor manera y aún más dentro del marco de la emergencia social y económica generada por el COVID-19.

Sumado a lo dicho, las patologías *“síndrome del túnel del carpio, sinovitis y tenosivitis de flexores y extensores de antebrazos y puños bilateral”* con las cuales cuenta la actora era de conocimiento de su empleador, pues como se dijo anteriormente las recomendaciones medico laborales fueron cumplidas hasta la terminación del vínculo laboral, cumpliendo así el segundo de los requisitos que le permiten a Juez Constitucional amparar los derechos laborales de la señora Pulido “...En segundo lugar, se entiende activada esta garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador retirado...”

A su turno, y sin mayor dubitación se tiene probada la existencia de un contrato de trabajo, así que se cumple el último requisito que señaló la jurisprudencia para este tipo de asuntos, “...(iii) En tercer lugar la estabilidad laboral reforzada se aplica *“frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante...”*

Por otra parte, ha de decirse que, si bien como derechos conexos al trabajo se encuentran conceptos como el mínimo vital movilidad e inclusive seguridad social, y estos unidos a la vida y salud de los trabajadores y de su núcleo familiar, no desconoce este despacho que la presunta vulneración alegada por la actora, surgió dentro del marco del estado de emergencia económica y social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por cuenta de la pandemia generada por el COVID-19, siendo que el país y el mundo en general se encuentra atravesando un momento de crisis, colocando aún más en estado de debilidad manifiesta a la señora Pulido.

Finalmente, debe este despacho salvaguardar los derechos de la mujer, bajo los lineamientos de la violencia de género, pues tangase esta modalidad como cualquier rechazo o discriminación en contra de la mujer, sin que el mismo deba venir acompañado de malos tratos, pues bien lo señalo la Corte al momento de aclarar que las mujeres por el mero estado de sufrir alguna patología son rechazadas pues se convierten en generadoras de que los ausentismos de las compañías aumenten y se disminuya en algunos casos la productividad mismas de las entidades.

Concluyendo, todo lo expuesto en esta providencia el despacho encuentra igual que el juez de primera instancia que la sociedad KOSTA AZUL GUILLERMO PULGARÍN S.A., al dar por terminado el contrato de trabajo a la señora DIANA DEYSI HERNÁNDEZ PALACIO vulneró los derechos fundamentales invocados por aquella, en la medida que se encuentra demostrado que para al momento del despido generado por aquella no se debió a una causal objetiva de terminación y que para la fecha en sucedieron los hechos el empleador tenía conocimiento de las patologías que aquella tenía, estando así bajo el amparo de un fuero de enfermedad, es decir era un sujeto de estabilidad laboral reforzada.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 80 Civil Municipal de Bogotá, fechado 03 de septiembre de 2020.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** a las partes conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITASE** la actuación dentro del término legal a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,**

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**fb71d05b8c9401f269db9699a48e3c5c4ab71de28b093c3c97df99b34d4bf36**

Documento generado en 05/10/2020 12:43:52 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020).

Tutela de Primera Instancia No. **47-2020-00194-00**

Agotado el trámite establecido por la ley se procede a emitir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

**ANTECEDENTES**

La señora OLIVA DORIS VEGA GAITÁN, acude a la jurisdicción constitucional solicitando se le proteja su derecho fundamental de petición, pues considera le fue vulnerado por PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA.

Para fundamentar su ruego, adujo que a través de derecho de petición radicado ante su demandada el 24 de agosto de 2020, le solicitó a la pasiva de esta acción de tutela que le remitiera digitalmente todos los archivos proferidos por la PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA en los años 2017, 2018 y 2019, a su petición le fue asignado el número de correspondencia E-2020-425712.

Así las cosas, manifiesta que para la fecha de presentación de la presente acción constitucional, no se tiene una contestación de fondo que satisfaga la inconformidad planteada por la accionante al radicado que se hizo vía correo electrónico el 24 de agosto del año que avanza al cual se le dio el radicado E-2020-425712.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto datado del 25 de septiembre de 2020, se avocó conocimiento de la presente acción, y se ordenó oficiar a la entidad accionada, y se vinculó a la acción a LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la tutela.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por medio de la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, señaló que efectivamente la actora incoó una petición, la que fue contestada el pasado 29 de septiembre, aportando el oficio de la misma fecha el cual fue remitido al buzón dorisvegagaitan@gmail.com, dirección que fue suministrada en el trámite de tutela así pues, solicita sea negado el amparo constitucional por encontrarse este asunto inmerso en una causal de hecho superado.

A su turno la actora, señaló a esta sede judicial mediante comunicación electrónica el día miércoles 30 de septiembre de 2020 a las 21:05 Hrs., que la entidad accionada había remitido todos y cada uno de los legajos solicitados en su petición.

## **CONSIDERACIONES**

### **Frente a la acción de tutela.**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Bajo este cariz, es un instrumento jurídico confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

### **Frente a la carencia actual del objeto por hecho superado.**

Se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el artículo 86 de la Carta, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup> ha precisado que:

“La acción de tutela, en principio, “pierde su razón de ser cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados es superada o finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo” En estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado pues ante la ausencia de supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión se convertiría en ineficaz.<sup>2</sup> En ese orden, si la acción de tutela busca es ordenar a una autoridad pública o un particular que actúe o deje de hacerlo, y “previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho

---

<sup>1</sup> Sentencia T-013 de 2017

<sup>2</sup> Sentencia T-011 de 2016

superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”<sup>3</sup>. En otras palabras, ya no existirían circunstancias reales que materialicen la decisión del juez de tutela.<sup>4</sup>

## EL CASO CONCRETO

En el presente asunto, **el problema jurídico** a resolver consiste en determinar si PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA le ha vulnerado o amenazado el derecho invocado por la accionante, al no dar contestación de fondo y precisas a la petición radicada el pasado 24 de agosto de 2020.

La tesis que sustentará el Despacho es que si bien, en principio, pudieron haberse visto en peligro o en situación de vulneración los derechos fundamentales de la petente, estamos en presencia de lo que se ha denominado un “*hecho superado*”, en virtud a que, por parte de PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN se acreditó mediante documentos arrimados en la contestación de la acción constitucional, el haber emitido respuesta de fondo, y concreta a las inquietudes presentadas por la actora junto con sus anexos.

De igual forma, se tiene que la respuesta fue notificada a la actora, pues de esto da fe la constancia de envío anexa con la contestación de la acción, pues en esta se fija que se remitió al buzón dorisvegagaitan@gmail.com., la documental contentiva de la respuesta a la accionante, hecho suficiente para tener por enterada a la actora de la respuesta dada, cumpliéndose así el último de los requisitos de la garantía por esta vía discurrida<sup>5</sup>.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente<sup>6</sup>:

“Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el juez, si encuentra vulnerado o amenazado el derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la violación o amenaza ya ha sido superada, es decir, la pretensión instaurada en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, el instrumento constitucional –acción de tutela- pierde eficacia y por tanto, su razón de ser.

**En estas condiciones la orden que pudiera impartir el juez, ningún efecto podría tener y el proceso carecería de objeto, resultando improcedente la tutela;** efectivamente desaparece el supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución Política –la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. (Negrillas y subrayados fuera de texto).

De lo anterior se tiene que no hay actualmente vulneración a los derechos fundamentales implorados por la tutelante por parte de la entidad cuestionada, en la medida de que durante el trámite de la acción, dispuso lo requerido por la accionante, se brindó una respuesta de fondo y concreta a lo solicitado.

---

<sup>3</sup> Sentencia T-168 de 2008

<sup>4</sup> Sentencia T-011 de 2016

<sup>5</sup> Sentencia T-362 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz: “...la respuesta esperada a la petición “debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado.3. **Ser puesta en conocimiento del peticionario.** Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. (Negrillas y subrayas fuera del original)

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-467 de 1996.

Se reitera, que los documentos solicitados en el derecho de petición discurrido fue satisfecho mediante la respuesta dada a la señora Vega Gaitán, por lo cual se declarará la ocurrencia de la figura del hecho superado en atención a que el instrumento constitucional de defensa de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados perdió su razón de ser, resultando ineficaz, ante la inexistencia actual de omisión por parte de la accionada en tutela.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN HECHO SUPERADO** frente al derecho de petición alegado, dentro de la acción incoada por la señora **OLIVA DORIS VEGA GAITÁN**, y conforme lo expuesto en la parte considerativa del fallo.

**SEGUNDO: ORDENAR** la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Si el fallo no fuere impugnado, **ORDENAR** la remisión de la actuación ante la Honorable Corte Constitucional para lo de su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9fc4a2ae7a1766ab835c23af0a7c6e2c077a612e7402374fa9846b97c219da6e**

Documento generado en 05/10/2020 12:43:50 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., cinco (59 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Impugnación de tutela No. 25-2020-00282-01

Se avoca el conocimiento de la impugnación presentada por CLAUDIA DEL PILAR LÓPEZ ABELLA en contra de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 25 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Ciudad, en el asunto de la referencia.

Notifíquese esta providencia a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

Para todos los efectos dese cumplimiento a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20- 11546, PCSJA20- 11549, PCSJA20- 11556, PCSJA20- 11567, PCSJA20- 11622 y PCSJA20- 11632 del Consejo Superior de la Judicatura.

Cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**0a204771de44bd4bb36750c2107cddb57e8f54c996b788bd3c2f55c37e2b4d40**

Documento generado en 05/10/2020 11:50:11 a.m.