

República de Colombia



Rama Judicial

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., 11 de junio de 2020. Al Despacho para decidir la presente Acción de Tutela N° 2020 – 00137, informando que, vencido el término concedido, la accionada ECOPETROL S.A remitió respuesta vía correo electrónico, el pasado el 2 de junio, estando pendiente de fallo.

CAROLINA FORERO ORTIZ
Secretaria

JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C., Once (11) de Junio del año dos mil veinte (2.020)

REF.: ACCIÓN DE TUTELA N° 11001 – 31 – 05 – 017 – 2020 – 0137 – 00

ACCIONANTE: RAFAEL ORLANDO LÓPEZ CASTAÑO

ACCIONADA: ECOPETROL S.A

En la fecha, procede el suscrito Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., a proferir fallo dentro de la presente Acción de Tutela, previos los siguientes antecedentes:

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO:

a) Fundamentos de hecho y pretensiones (fls.1 a 7)

El señor **RAFAEL ORLANDO LÓPEZ CASTAÑO**, identificado con la C.C. 80.133.866, actuando en representación de su hermano Yishaq Felipe López Castaño, instauró acción de tutela en contra de **ECOPETROL S.A** solicitando la protección de los derechos fundamentales a la familia, la igualdad, a la salud, en conexidad al derecho a la vida de su hermano menor.

Como fundamentos fácticos relevantes, informa que es trabajador de ECOPETROL desde 2017 en el cargo de Geólogo A, y que en octubre de 2016 su padre Rafael Orlando López Pinilla, falleció, quien era la cabeza de hogar y sustento económico tanto de su hermano menor Yishaq Felipe como de su madre, por lo que, desde el fallecimiento de su padre, asumió la responsabilidad económica, tomando el papel de padre de crianza para su hermano, encargándose de su educación y manutención.

Manifiesta que desde que trabaja en Ecopetrol S.A., su progenitora fue vinculada como su beneficiaria, pero no su hermano, teniendo que ser vinculado en la EPS Aliansalud. Dice también, que actualmente tiene la custodia de su hermano otorgada mediante “*acta de conciliación de custodia y cuidado persona de visitas no 2516 - 2020 r.u.g. no 3385 – 2019*”, suscrita en la Comisaria de Familia, que mediante comunicación del 20/04/2020 le informaron que para seguir el trámite de vinculación, el menor debe ser retirado del sistema de salud donde se encuentra como beneficiario, lo cual se hizo quedando en riesgo su salud en estos momentos; informa también que desde 2017 ha radicado varias solicitudes para que se vincule a

su hermano como su beneficiario a salud y educación sin tener respuesta de fondo y sin que tampoco lo hayan ingresado al sistema como beneficiario, que las respuestas siempre conducen a la vinculación de un hermano y no de un “*custodio o hijo de crianza*” como es la figura que, dice, es la que tiene en su familia y que en la actualidad el menor no cuenta con servicio de salud, lo que pone en riesgo su salud y su vida, y más en esta situación actual, donde es imprescindible estar afiliado a un sistema de salud. En consecuencia, solicita que se ordene a la entidad accionada que vincule inmediatamente al joven Yishaq Felipe López, en calidad de beneficiario, y permita su acceso a los beneficios de salud y educación conforme a la Convención Colectiva de Trabajo vigente por ser “su hijo de crianza y custodio”.

A su solicitud acompañó la copia de los registros civiles de nacimiento de él y de su hermano, copia de acta de conciliación de custodia y cuidado personal de visitas, copia de certificado de defunción de Rafael Orlando López Pinilla, copia de solicitudes a ECOPETROL y respuestas y copia de Exclusión E.P.S. Aliansalud.

b) Actuación procesal:

La acción fue admitida por auto del 29 de mayo de 2020, ordenando la notificación a la accionada y el traslado por el término de 48 horas para que se pronunciara respecto de los hechos y circunstancias aducidos por el accionante.

La entidad accionada, fue debidamente notificada mediante comunicación remitida el día 29 de mayo pasado vía correo electrónico y, dentro del término concedido, dio respuesta a través del correo electrónico el pasado 2 de junio; en su pronunciamiento aceptó la calidad de trabajador del accionante en el cargo de Geólogo A, desde el 10 de Octubre de 201, sin embargo, respecto de su reclamación indicó que no le asiste razón al pretender que vía acción de tutela, se le reconozcan a su hermano los beneficios de salud y educación establecidos en la convención colectiva de trabajo para los hijos de los trabajadores de Ecopetrol S.A., anotando que su petición desborda el espíritu de la norma convencional y que todas las peticiones presentadas por el trabajador han sido resueltas, que la decisión de no acceder a las mismas no es un capricho ya que, anota el vocero de la entidad, la norma convencional no admite la posibilidad de extender el beneficio completo de salud y de plan educacional a su hermano y que el hecho de tramitar ante una notaría la custodia no le confiere ni la patria potestad ni la calidad de padre del menor, para efectos de acceder a los beneficios convencionales, toda vez que la patria potestad aún radica en cabeza de la Sra. Carmen Patricia Castaño Celemin, su madre.

De otro lado, señaló que la Convención Colectiva de Trabajo vigente, no extiende los beneficios pretendidos a los hermanos de los trabajadores, ni a los “*hijos de crianza*”, figura que no tiene aplicación para este caso e insistió en que la relación del accionante con el menor de edad, es la de un hermano mayor, por lo que solicitó denegar las pretensiones.

Finalmente indica, que los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S.A., continúan bajo el régimen exceptuado, de ahí la aplicación del acuerdo 01 del 77 o el régimen convencional y que, de acuerdo con la normatividad vigente, los hermanos no se

encuentran incluidos dentro del grupo familiar para la prestación de los servicios médicos de Ecopetrol S.A., conforme lo establece el parágrafo 2° del artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo. Sin embargo, anotó, cuando se cumple con los requisitos para acceder a los servicios médicos en condición de hermanos, esto solo se da para servicios de salud no para efectos de plan educacional y que al tratarse de una norma de rango legal, no podría el juez de tutela entrar a determinar su aplicación, ya que esta acción no es la vía para pretender el reconocimiento de esos derechos que son asuntos de competencia de la jurisdicción ordinaria, por lo que solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela en razón a que el ordenamiento jurídico tiene previstos otros mecanismos judiciales y no se demostró un perjuicio irremediable

Como pruebas relevantes aportó copias de los siguientes documentos: de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, de Procedimiento para la Administración de Novedades de Familiares, de Certificado, de Inscripción de servicios de salud de familiares, de solicitudes del accionante y sus respuestas, del registro civil de nacimiento de Yishaq Felipe López, de concepto 34871 de 2010 del I.C.B.F. y certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

El actor se encuentra legitimado para actuar en nombre de su hermano Yishaq Felipe López Castaño, en virtud del artículo 86 de la Constitución Nacional que establece que la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o estén amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente, por los particulares.

En razón a la naturaleza jurídica de la entidad demandada, a la cual se le atribuye la acción u omisión vulneradora de los derechos objeto de petición de amparo, se encuentra legitimada en el extremo pasivo.

3. COMPETENCIA COMO FACTOR DE PROCEDIBILIDAD:

Teniendo en cuenta el principio de efectividad de los derechos, celeridad, economía y eficacia, es competente éste juzgado para conocer de la presente acción según lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución Política, el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1° del Decreto 1983 de 2.017.

4. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme a estos antecedentes, el problema jurídico se contrae a determinar, si es procedente la acción de tutela para ordenar a la accionada otorgar los derechos convencionales a su hermano menor, en la forma como lo reclama el accionante.

5. CONSIDERACIONES:

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Para resolver el problema jurídico planteado, debe destacarse que el Artículo 86 de la Carta Política, establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, al que se acude ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales y no exista otro medio idóneo para la defensa de los derechos invocados, o cuando existiéndolo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, de existir otras instancias judiciales y si estas resultaren eficaces para la protección que se reclama, el interesado debe agotarlas antes de pretender el amparo por vía de tutela. En otras palabras, la subsidiaridad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles pues la tutela no puede desplazarlos y en ese sentido la Corte Constitucional ha orientado que la procedencia de la acción de tutela depende, de la ausencia en el ordenamiento jurídico de otros medios de defensa judicial para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales o que, habiendo otros medios, la acción de tutela resulte procedente si se logra acreditar que con ella busca evitarse un perjuicio irremediable, o se establece que el otro medio de defensa judicial no es eficaz.¹, como también lo ha orientado, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011, oportunidad en la cual indicó:

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

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

Conforme a lo señalado, el requisito de subsidiaridad implica la obligación del interesado de agotar previamente los mecanismos de defensa judicial disponibles e idóneos para la protección que se invoca antes de acudir a la acción de amparo.

-PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA DIRIMIR CONFLICTOS CONVENCIONALES

La Corte Constitucional en Sentencia T-367 de 2003 ha señalado además que la convención colectiva de trabajo es un contrato principal, bilateral y solemne, entre

¹ Sentencia T- 786 de 2009.

otras características, que vincula a un empleador y a un sindicato, obligando a las partes a cumplir con lo pactado y sus cláusulas regirán los contratos individuales de trabajo durante un determinado lapso, igualmente indicó que las controversias relativas a las cláusulas convencionales deben ser ventiladas ante la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria, como lo explicó en los siguientes términos:

“... Las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las cláusulas de toda Convención Colectiva de Trabajo deben ser llevadas ante la jurisdicción laboral, mediante las acciones previstas en el ordenamiento respectivo, como lo señala el artículo 2º. del Código Procesal del Trabajo, pues de otra manera la acción de tutela perdería su naturaleza residual y subsidiaria, para convertirse en instrumento principal a la hora de controvertir actuaciones de las partes vinculadas mediante pactos o acuerdos laborales colectivos. La excepción a esta regla se encuentra representada, entre otras hipótesis, por la posibilidad de que la persona afectada con el incumplimiento de las cláusulas de la Convención Colectiva, además de ver comprometido un derecho de rango constitucional fundamental y de contar con otro mecanismo de defensa judicial, afronte el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable...”

En concordancia con lo anterior, el papel del Juez Constitucional en estos casos es examinar la eficacia e idoneidad de otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular del actor; es decir, debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra expuesto y la posibilidad de que los medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza, revisando en consecuencia, si la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales o, por el contrario, se torna improcedente como mecanismo principal de defensa.

Conforme a lo expuesto, se procederá al análisis de la situación particular en aras de establecer si se encuentran reunidos los requisitos para conceder el amparo o bien porque nos encontramos frente a un riesgo grave e inminente que pueda ocasionar un perjuicio irremediable o bien porque los mecanismos ordinarios no resulten idóneos para la protección de los derechos fundamentales involucrados.

6. EL CASO CONCRETO.

Analizado el caso bajo examen, se concluye que el accionante a través de esta acción no pretende otra cosa que se ordene a ECOPETROL S.A vincular al menor Yishaq Felipe López Castaño, como su beneficiario en calidad, dice, de “*hijo de crianza y custodia*” y no en calidad de hermano y, en consecuencia, se le extiendan los beneficios de salud y educación previstos en la Convención Colectiva de Trabajo vigente.

Por su parte, la accionada considera improcedente la presente acción pues los derechos cuyo amparo se invocavno han sido vulnerados y porque, recalcó, que en todo caso la Convención Colectiva de Trabajo vigente, no tiene prevista la extensión de sus prerrogativas y beneficios a los hermanos de los trabajadores, menos para los denominados “*hijos de crianza*” que son aquellos frente a los cuales se han creado lasos de afecto y cercanía sin mediar un vínculo legal, insistiendo además en que la

presente controversia debe ser sometida al juez ordinario porque al juez de tutela le está vedado pronunciarse respecto de la extensión de esos derechos.

Así las cosas, analizadas las circunstancias particulares, desde ya se advierte que, en el presente caso, no es posible concluir que estemos frente a riesgo inminente que afecte los derechos fundamentales del menor o lo exponga a un perjuicio irremediable toda vez, que para que la acción de tutela sea viable en forma transitoria, aun existiendo un medio de defensa judicial idóneo, es necesario que el accionante demuestre un perjuicio grave e inminente, es decir, que está por suceder prontamente y represente, en verdad, una amenaza material o moral, del haber jurídico cuyo amparo se reclama.

De esa manera, la prueba del perjuicio o riesgo inminente, es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, por lo que no basta la simple afirmación de vulneración de preceptos fundamentales, para obtener, por esta vía, lo que debe ser resuelto por la autoridad competente, sino que es necesario que el accionante señale, de manera precisa, como se configura ese perjuicio y las condiciones que lo enfrenten al mismo y aporte elementos mínimos de juicio que permitan al juez impartir la orden de amparo, circunstancias que en el presente asunto no se cumplen.

Ahora, cierto es que en el expediente se acredita la condición de menor de edad del joven **Yishaq Felipe López Castaño**, para lo cual basta remitirnos a la copia del registro civil de nacimiento y de la tarjeta de identidad, de la cual se extrae que en la actualidad tiene 17 años y 11 meses, lo que, en principio, lo ubica como una persona de especial protección constitucional; sin embargo, esa sola circunstancia no desata de manera automática el amparo, en la medida que la regla general en las acciones de tutela, sigue siendo la subsidiaridad, urgencia, necesidad e inmediatez, con el fin de evitar un perjuicio irremediable concreto y actual del derecho objeto de vulneración o amenaza, situaciones que, en el presente caso, no se configuran, pues si bien el accionante alega que su hermano se encuentra actualmente sin cobertura en salud, no es menos cierto que la obligación de vincularlo al sistema de seguridad social no se encuentra a cargo de la accionada ECOPETROL S.A, sino que incumbe a quienes deben velar en primera medida por garantizarle sus derechos que son precisamente sus familiares más cercanos, en este caso su señora madre o sus hermanos, y tal cual lo relató el accionante en su escrito, que al no poderlo afiliar ni él ni su señora madre a una entidad promotora de salud fue su hermana Nicole Juliana López, quien lo hizo; sin embargo, decidieron desafiliarlo, por requerimiento de la accionada, sin antes tener la certeza de que el joven podría acceder a los beneficios de **ECOPETROL S.A.**

Así las cosas, este Juez constitucional considera, que quien debe en este momento procurar por la afiliación del menor al sistema de seguridad social en salud, es su familia, toda vez que, como se dijo, se encuentra en controversia si el menor, tiene derecho acceder a derechos convencionales por parte de ECOPETROL S.A, conflicto que deberá dirimir la jurisdicción ordinaria al no estar acreditado algún perjuicio irremediable que pueda afectar al mencionado joven.

Finalmente debe reiterarse que la H. Corte Constitucional ha orientado, como regla de procedencia de la acción, que la tutela es un mecanismo subsidiario que exige el previo agotamiento de los medios de defensa legalmente disponibles, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos específicos previstos por el legislador pues según lo explica la Alta Corporación “Como regla general la solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las cláusulas de toda Convención Colectiva de Trabajo tiene como vía principal e idónea la jurisdicción laboral ordinaria, no debiendo ser debatidas ante la constitucional. (...) Lo contrario, alteraría el ordenamiento jurídico establecido, contribuyendo de paso a la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias, autorizando un uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela”, situación que debe ser evitada principalmente por los jueces de tutela, al revisar los requisitos de procedencia de las acciones...”²

Bajo esas consideraciones, no es dable acudir a la acción de tutela como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario a los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, toda vez que su propósito no es reemplazar o suplantar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones judiciales para controvertir las decisiones que se profieran, escenario propio, con plenas garantías de contradicción, argumentación y defensa para resolver la discusión planteada, lo anterior tiene más sentido cuando se advierte que en el caso que nos ocupa, la entidad accionada no ha negado que el joven Yishaq Felipe López Castaño, puede ser beneficiario de algunas prerrogativas pero en calidad de hermano, una vez cumpla los requisitos para ello, y no como hijo de crianza, como lo pretende del actor, por lo que se reitera, que el competente para resolver el conflicto jurídico propuesto es el juez ordinario.

Debe advertirse además que desde la expedición de la Ley 1149 de 2007, la jurisdicción ordinaria en la especialidad de la Seguridad Social, desarrolla el trámite procesal de manera ágil, situación que permite que el accionante pueda acudir ante el juez competente pues no está acreditada la circunstancia que impida someter la controversia a la decisión del juez competente.

En síntesis, se negará el amparo pues no están reunidos los requisitos para concederlo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el Sr. **RAFAEL ORLANDO LÓPEZ CASTAÑO**, identificado con la C.C. 80.133.866, en representación de su hermano Yishaq Felipe López Castaño, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

² T- 784 de 2011.

SEGUNDO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por Secretaría **NOTIFÍQUESE** la decisión adoptada a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: ADVERTIR que contra el presente fallo procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y, en caso de ser impugnado, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de los dos (2) días siguientes, para lo de su competencia.

CUARTO: Si no fuere impugnado, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, para su revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EL JUEZ,



ALBEIRO GIL OSPINA