REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Email: cmpl47bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001-40-03-047-2020-00860-00

Decide el Despacho la acción de tutela promovida por **METALICOS ERSE S.A.S** por intermedio de apoderado judicial en contra de **ARL POSITIVA y EPS SALUD TOTAL.**

I. Antecedentes

1. La accionante instauró acción de tutela contra de ARL POSITIVA y EPS SALUD TOTAL solicitando la protección de su derecho fundamental al debido proceso, razón por la cual solicita que se ordene a las accionadas *"definan dentro de sus competencias, cual es la entidad que va a efectuar el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo para el Señor RODULFO HERNANDEZ en la compañía METALICOS ERSE S.A.S".* [Folio 4 EscritoTutela]

2. Sustentó el amparo, en síntesis, así:

2.1. En la demanda de tutela adujo el apoderado judicial de METALICOS ERSE S.A.S que el señor Rodulfo Hernández es trabajador de la compañía desde el 3 de octubre de 2016, debido a sus continuas incapacidades, se solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones, entidad que a través de dictamen de fecha 16 de julio de 2020, estableció un porcentaje del 12% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 19 de junio de 2020.

Con dicho porcentaje no se le otorga al trabajador el derecho a la pensión de invalidez, por tanto se debe evaluar su reincorporación al trabajo *"para lo cual se debe determinar la compatibilidad de su estado de salud vs las funciones a desarrollar"* y teniendo en cuenta que el origen de la enfermedad es de origen común, se solicitó a la E.P.S SALUD TOTAL *"que apoyara a la compañía para lograr el estudio del puesto de trabajo a fin de determinar si el mismo era compatible con la enfermedad que sufre el Señor HERNANDEZ".,* sin embargo a través de comunicación fechada 27 de agosto de 2020 dicha entidad manifestó que *"el estudio del puesto de trabajo corresponde no sólo al empleador, sino también a la ARL a la cual se encuentra vinculado el afiliado",* es así que se elevó petición ante la ARL POSITIVA pero el 14 de septiembre de 2020 indicó que *"como el Señor HERNANDEZ no cuenta con reporte de accidente de trabajo o enfermedad laboral, no van a efectuar el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo".*

En consecuencia, considera la accionante que por **vía directa** se está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, pues a pesar de que la compañía agotó el conducto regular para lograr **el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo** en concordancia con la discapacidad que sufre el

trabajador Rodulfo Hernández, como quiera que las accionadas se trasladan mutuamente las responsabilidades a su cargo, desconociendo así el principio de solidaridad que se debe tener con una persona discapacitada que *"necesita de ese apoyo* ***para que se le defina si su cargo es compatible con la discapacidad*** *(…), pues no indican cuál es entonces la entidad competente para que efectúe de manera definitiva el estudio del puesto de trabajo tantas veces mencionado".* [EscritoTutela]

II. El trámite de la instancia

1. El 23 de noviembre de 2020 se admitió la acción de tutela, y se ordenó el traslado a la encausada y se vinculó a Colpensiones y al Ministerio de Trabajo, para que remitieran copia de la documentación en cuanto a los hechos de la solicitud de amparo y ejerciera su derecho de defensa, librando las comunicaciones de rigor.

2. **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Manifestó que la solicitud del accionante no puede ser atendida por la entidad por no resultar de su competencia administrativa, pues solamente puede asumir asuntos relativos a la administración del régimen de prima media con prestación definida en materia pensional, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción constitucional. [014ConstestacionTutelaColpensiones]

3. **MINISTERIO DE TRABAJO** solicitó declarar la improcedencia de la acción y, en consecuencia, exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno a la parte accionante. [017ContestacionMinTrabajo]

4. **EPS SALUD TOTAL** Informó que *"RODULFO HERNANDEZ ORDOÑEZ C.C. 79516885 cuenta al 20 de agosto de 2020 con acumulado por 826 días por Diagnostico de LUXACION DE LA ARTICULACION DEL HOMBRO, cuenta con Concepto de Rehabilitación Integral Favorable del 28 de octubre de 2018 por la AFP Colpensiones. Calificado por Colpensiones con PCL del 12% fecha de estructuración 19 de junio de 202, fecha dictamen del 06 de Julio de 2020".*

Precisó como a partir de la fecha de reingreso laboral Pos - incapacidad del empleado *"****debe hacerse el seguimiento respectivo como actividad del Programa de Prevención dentro del SG-SST (Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo), para recomendaciones ajustadas a la capacidad y aptitud individual, al proceso o actividad laboral y a los perfiles requeridos por la misma, con el cumplimiento de estándares de productividad, seguridad y confort,*** *lo anterior según lo contemplado en el Decreto 2351 de 1965, Artículo 16. La obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma,* ***los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador"****.*

Y agregó *"Adicionalmente y en concordancia con el Artículo 54 de la Constitución Política del 1991, la Ley 776 de 2002, el Decreto 2177 de 1989, la Resolución 2346 de 2007, la Resolución 1918 de 2009, la Resolución 1016 de 1989 (Art. 10) y Resolución 2346 de 2007, por lo tanto, para preservar la salud del trabajador y evitar empeoramiento de su patología,* ***el trabajador debe ser valorado por el Médico***

Ocupacional de la empresa empleadora, a fin de evaluar el caso y emitir las recomendaciones laborales correspondientes, dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo*, incluyendo todos los conceptos técnicos que el médico del trabajo determine de acuerdo a las funciones asignadas al trabajador. según lo contemplado en el "manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores, del ministerio del trabajo", donde se contempla las diferentes metas de rehabilitación y reincorporación laboral: 1-Reintegro laboral sin modificaciones. 2-Reintegro Laboral con modificaciones. 3-Reubicación Temporal. 4-Reubicación definitiva. 5-Reconversión de mano de obra. De otro lado el marco normativo en salud ocupacional, específicamente en los artículos 80, 81 y 84, de la Ley 9°/79: artículo 2 de la Resolución 2400/79, artículo 348 del Código Sustantivo del trabajo y numeral 6 de la Circular unificada de 2004,* ***establecen la responsabilidad por parte del empleador del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST de sus trabajadores y de proveerles condiciones óptimas de trabajo"****.*

En consecuencia, y teniendo en cuenta la normatividad vigente, el llamado a responder por expreso mandato legal es la parte actora METALICOS ERSE S.A.S y por ende solicita su desvinculación [020ContestacionSaludTotal]

5. ARL POSITIVA Manifestó que no existe reporte de ningún accidente de trabajo o enfermedad laboral perteneciente al señor RODULFO HERNANDEZ y es por eso que desconoce las patologías que actualmente padece el mismo, y que ha brindado a la accionante respuesta a lo pretendido en la presente acción de tutela, siendo la última efectuada el 25 de noviembre de 2020 donde se le describe de forma clara y precisa los motivos por los cuales la aseguradora no le compete realizar lo pretendido por la actora, toda vez que **no es procedente realizar alguna visita a puesto de trabajo** o la realización de algún Análisis de Puesto de Trabajo teniendo en cuenta que **Frente a la existencia de una calificación de origen común en primera oportunidad**, corresponde a la entidad Promotora de Salud – EPS el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas en virtud a lo dispuesto en la Ley 1562 de 2012 artículo 5°, parágrafo 3°, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 776 de 2002 artículo 1° parágrafo 2°.

Adujo que los **empleadores están obligados** a destinar los recursos humanos, financieros y físicos para el desarrollo y cumplimiento del **programa de salud ocupacional**, de acuerdo a lo establecido en el Sistema General de Riesgos Laborales y del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, esto es, ley 1562 de 2012, Decreto 1443 de 2014, hoy compilado en el decreto 1072 de 2015, resolución 1111 de 2017, el artículo 348 del Código Sustantivo de Trabajo, **establece la responsabilidad por parte del empleador de la seguridad y salud de sus trabajadores y de proveerles condiciones óptimas de trabajo**. [026ContestacionPositiva]

III. Consideraciones

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el núm. 1º del art. 1º del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela.

2. En abundante jurisprudencia[1], la Corte Constitucional ha sostenido que las personas jurídicas pueden invocar la acción de tutela para la protección de algunos derechos fundamentales que puede ser titular. En efecto, la doctrina constitucional puede sintetizarse en las siguientes premisas: a) De acuerdo con el artículo 86 de la Carta y el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser instaurada por "toda persona". Por ende, si las normas no diferencian no le es dable al intérprete hacerlo. **b) Pese a lo anterior, no todos los derechos fundamentales pueden predicarse de las personas jurídicas**, pues algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana. Por consiguiente, la persona jurídica no puede exigir el amparo del derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11 de la Carta); la prohibición de la desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 ibídem); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15 ibídem); entre otros. **c) Así las cosas, la persona jurídica puede ser titular de los siguientes derechos fundamentales**: la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 C.P.), el derecho de petición (artículo 23 C.P.) la libertad de asociación sindical (artículo 38 C.P.) y **el debido proceso** (artículo 29 ibídem). Estos derechos nacen de su condición de sujeto que existe y ocupa un espacio dentro de la sociedad. d) Las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías - **indirectamente:** cuando la acción de tutela es un medio para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas. Este es el caso del derecho al buen nombre. - **directamente:** cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que pueden predicarse de ellas mismas. De todas maneras, si actúa directa o indirectamente debe señalarse expresamente a que nombre presenta la acción de tutela.

En lo atinente al **derecho fundamental al debido proceso**, el alto tribunal ha manifestado que *"toda persona jurídica tiene derecho a que su conducta se investigue o se juzgue en los estrados o se verifique administrativamente por las entidades estatales con miras a establecer cualquier clase de responsabilidad, sólo con arreglo a las normas legales preexistentes, por tribunal o funcionario competente y siguiendo las formas propias de cada proceso o actuación"[2].*

3. De acuerdo con la situación fáctica expuesta corresponde a este Juez constitucional, resolver el **problema jurídico** que consiste en determinar si las accionadas vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la compañía accionante al **negar** el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo en concordancia con la condición de discapacidad que sufre el trabajador Rodulfo Hernández.

3.1 la acción de tutela no "cabe cuando al alcance del interesado existe un mecanismo judicial ordinario para la protección de sus derechos"[3], pues, se insiste, el carácter residual de aquella así lo impone (inc. 3º, art. 86 C. Pol.).

3.2. La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. **Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se**

[1] Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-578 de 1992, C-003 de 1993, T-572 de 1994, T-133 de 1995, T-382 de 1993, T-275 de 1995, T-474 de 1995, T-141 de 1996, T-472 de 1996, T-312 de 1999 y T-415 de 1999.
[2] Corte Constitucional, sentencia T-644 de 2013.
3 Corte Constitucional Sent. T-722 de 26 de noviembre de 1998; Cfme: SU-542 de 28 de julio de 1999.

encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.

3.3. De allí que **quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación** para el efecto. Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales[4]. (Se resaltó)

4. En efecto, del escrito de tutela que dio origen al presente asunto se destaca que la tutelante manifiesta su inconformidad respecto del actuar de las entidades accionadas y, como consecuencia de ello, alega la supuesta vulneración por vía directa del derecho fundamental al debido proceso al señalar, lo siguiente:

"pues a pesar que la compañía agotó el conducto regular para lograr el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo en concordancia con la discapacidad que sufre el trabajador RODULFO HERNANDEZ, las dos entidades se trasladan mutuamente las responsabilidades a su cargo, lo cual dilata el reintegro del trabajador a la compañía y deja la incertidumbre respecto de las funciones que puede desarrollar el trabajador, teniendo en cuenta que ya fue calificado por parte de COLPENSIONES con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 12%".

4.1 Del derecho a la estabilidad laboral reforzada nace la garantía que tienen los trabajadores que por algún motivo ven menguadas sus condiciones físicas o psíquicas por una enfermedad o accidente y, por lo tanto, se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad a la reubicación laboral. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también como la posibilidad que tiene ese trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud[5].

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 776 de 2002[6] establece lo siguiente: ***"Artículo 8. Reubicación del trabajador. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios."***

Lo anterior significa que, frente a una enfermedad o accidente, el trabajador puede continuar desempeñando su labor o se le podrá asignar una diferente en iguales o mejores condiciones, situación que encuentra fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, así como en los derechos al trabajo y a la dignidad. En ese sentido, la reubicación laboral es una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud

[4] Ibídem
[5] Ver, entre otras, sentencias T-1040/01, T-263/09, T-960/09, T-784/09, T-269/10, T-777/11, y T-461/15.
[6] "*Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales".*

potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios.

4.2 En la sentencia T-1040 de 2001, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estableció que, para efectos de la reubicación laboral, debían tenerse en cuenta como mínimo estos tres aspectos: "*1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador.*" En el mismo sentido, la citada providencia consagró una excepción al deber de reubicación laboral, en los siguientes términos: *"Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación".*

Adicionalmente, el **nuevo cargo** deberá ser compatible **con el estado de salud del trabajador y con las recomendaciones médicas expedidas por los profesionales de la salud**. **Lo anterior significa que el empleador tiene que asignar una labor en la que se garantice el pleno desarrollo del potencial del trabajador**. Por lo mismo, la empresa o entidad no podrá desvincular al trabajador de ese nuevo cargo, salvo que exista una causal objetiva para dar por terminado dicho vínculo contractual y, en todo caso, deberá solicitar la debida autorización a la respectiva autoridad del trabajo, por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta. En la sentencia T-1040 de 2001, además, se indicó que, para garantizar el ejercicio real del derecho a la reubicación laboral, "*debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud".*

5. Ahora bien, se encuentra dentro del plenario el siguiente acervo probatorio: **i)** comunicación fechada 28 de julio de 2020 dirigida a ARL Positiva en donde la accionante le solicita *"certifique si conforme a lo definido por COLPENSIONES en dictamen DML No. 3850510 en el título II VALORACION DEL ROL LABORAL, ROL OCUPACIONAL Y OTRAS AREAS OCUPACIONALES Numeral. 2.1 FUNDAMENTACION ROL LABORAL y de acuerdo a la naturaleza y funciones del cargo del Sr. Rodulfo Hernández Ordoñez es posible efectuar un reintegro a las funciones o si el cargo es incompatible con la discapacidad calificada".* [Folio 10 -002Anexos], **ii)** respuesta valoración puesto de trabajo y recomendaciones RODULFO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ emitida por la ARL POSITIVA el 14 de septiembre de 2020 donde indica que *"el señor Hernández **no cuenta** con reporte de accidente de trabajo, ni enfermedad laboral, por lo anterior **no es posible realizar por parte de medicina laboral de esta administradora de riesgos laborales la valoración requerida"**.* [Folio 1-002Anexos], **iii)** Respuesta de la E.P.S SALUD TOTAL del 27 de agosto de 2020 en la que informa *"que no es procedente la Mesa Laboral ya que para concertar una Mesa Laboral con su respetable empresa es importante aclarar que no es posible discutir tramites frente al estado de Salud de su funcionario pues esto hace parte de la Historia clínica la cual es confidencial, legal e intransferible según lo establecido en la **Resolución 1995 de 1999",*** agregó *"la solicitud de Restricciones laborales y/o Reubicación laboral; **corresponde a una actividad que la empresa** debe desarrollar bajo sus recursos, a través del Programa de **Seguridad y Salud en el Trabajo de la misma**, en concordancia con el Artículo 54 de la Constitución Política del 1991, la Ley 1562 de 2012, la Ley 776 de 2002 y el Decreto 1295 de*

1994"[Folio 2 a 3 -002Anexos], **iv)** calificación de la perdida de la capacidad laboral y ocupacional efectuada al señor RODULFO HERNÁNDEZ por parte de Colpensiones en la que determinó una pérdida de capacidad laboral del 12% [Folios 7 a 9 -002Anexos] y **v)** comunicación fechada 25 de noviembre de 2020 donde la ARL POSITIVA informa a la accionante que la *"responsabilidad de los empleadores es indelegable, aun asumiendo la obligación de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Riesgos Laborales; por lo cual las Administradoras de Riesgos Laborales no pueden desplazar la responsabilidad de los empleadores"* [022Anexo].Adicional a ello, las accionadas en sus respectivas contestaciones de tutela hicieron especial énfasis en que de acuerdo con la normatividad vigente, corresponde a la compañía METALICOS ERSE SAS a través del programa de salud ocupacional realizar el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo.

6. Ante tal panorama, este Despacho concluye que en el presente asunto no se cumplió con el requisito de **subsidiariedad** como quiera que la compañía accionante cuenta con un medio eficaz e idóneo ante la jurisdicción laboral, para determinar cuál de las accionadas debe realizar el estudio de compatibilidad del puesto de trabajo del señor RODULFO HERNANDEZ, por tratarse de un tema relativo a la prestación de los servicios de la seguridad social, haciendo uso de todo un despliegue probatorio a efectos de demostrar y brindar certeza al juez competente y en el escenario judicial correspondiente, tendiente a desvirtuar los argumentos de la ARL POSITIVA y la E.P.S. SALUD TOTAL sobre su falta de competencia frente al presente asunto.

6.1 De otra parte, no se **acreditó** la existencia de un perjuicio irremediable o una condición de vulnerabilidad el accionante que permita flexibilizar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, ante la existencia de un medio judicial alternativo e idóneo. Se itera la acción de tutela no se puede ejercer para pretermitir los mecanismos judiciales dispuestos por el legislador para la resolución de los conflictos jurídicos, pues daría lugar a que la jurisdicción constitucional sustituya siempre o casi siempre a la jurisdicción ordinaria, por lo que se denegará el amparo deprecado.

Resuelve

PRIMERO: **NEGAR** el amparo constitucional que invocó **METALICOS ERSE S.A.S** por intermedio de apoderado judicial en contra de **ARL POSITIVA y EPS SALUD TOTAL.**de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** esta determinación a la accionante y a la entidad encartada, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. Si la presente decisión no fuere impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase

FELIPE ANDRÉS LÓPEZ GARCÍA
JUEZ