

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN - ACCIÓN DE TUTELA
RADICACIÓN: 2022-00225-01
ACCIONANTE: JHAN RAFAEL RODRÍGUEZ MELGAREJO
ACCIONADO: RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS Y OTROS

En Barranquilla, a los 24 días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, procede a resolver la impugnación de la acción de tutela interpuesta por el señor **JHAN RAFAEL RODRÍGUEZ MELGAREJO**, a nombre propio, contra las accionadas **RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS Y OTROS**.

ANTECEDENTES

Señala el accionante que el día 15 de febrero de 2022, ingresó a trabajar en la empresa RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS, en la mina cerro matoso, como tercer líder en el turno nocturno, desde las 7:00 pm hasta las 7:00 am, ejerciendo funciones de organizar el área, las herramientas y aislamiento de las máquinas de soldar; Que toda la operación se realizaba como trabajo seguro en altura desplazándose desde el suelo a nivel hasta un quinto nivel sobre andamios. Asegura que a las 3:20 de la mañana de ese turno presentó un fuerte dolor de la rodilla izquierda, lo cual informó a su supervisor al momento de su cambio de turno. Que continuó trabajando con molestias en su rodilla hasta terminar su turno el 17 de febrero de 2022.

Sostiene que el día 18 de febrero del 2022, informó por WhatsApp a la jefe de personal María Elles de los padecimientos que presentaba en su rodilla izquierda, producto de su labor en la empresa, solicitando información del punto donde podría ser atendido por la ARL a fin de realizar el reporte para la respectiva valoración y atención médica, de lo cual no obtuvo respuesta y que nadie atendió su solicitud, solo le ordenaron trabajar en el turno B, de manera normal y que se presentara ante el médico laboral de la empresa para una valoración quien lo valoró y comprobó su hinchazón y que lo remitió a su EPS quien lo incapacitó por 3 días. Manifiesta que el día 21 de febrero, reintegrándose a sus labores después de la incapacidad, se le informó de su despido sin justa causa, razón por la cual solicitó que se le realizaran los exámenes de egreso, enfatizando que aún presentaba dolor e hinchazón en su rodilla izquierda. Finaliza, indicando que el examen de egreso le fue realizado el 23 de febrero y los resultados le fueron entregados 45 días después, con observación en la evaluación osteomuscular de *“anormal rodilla izquierda, sintomático dolor rodilla izquierda, trastornos internos de la rodilla, dolor en la rodilla izquierda”*.

De otra arista, alega el accionante que, al momento del despido, su esposa tenía 4 semanas de gestación y que ella era la beneficiaria de su sistema de seguridad social por lo que en razón a su despido se vulnerarían sus derechos de forma extensiva mientras dependiera económicamente del trabajador, señalando que este en particular era su caso. Alega que hubo vulneración a la igualdad y al debido proceso



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

al estar debidamente informados de tal situación y no contar con algún permiso para despedirlo.

Manifiesta que el 7 de junio de 2022 solicitó a través de un derecho de petición el reintegro por padecimiento médico, ser atendido por medicina laboral – ARL y realizar exámenes médicos de su rodilla izquierda para determinar el control y reintegro por fuero de maternidad de pareja embarazada o lactante no trabajadora. De la cual solo recibió una respuesta evasiva y confusa.

DERECHOS VULNERADOS

La parte actora solicita el amparo de su Derecho Fundamental de estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerado por RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS.

PRETENSIONES

La parte accionante pretende que *“(...) le sean amparados y restaurados sus derechos constitucionales y los de su núcleo familiar a través de su reintegro laboral, garantizando su derecho a la estabilidad laboral reforzada por maternidad a pareja, además de la continuidad de la atención medica a su padecimiento de rodilla izquierda (...)”*.

ACTUACIÓN PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

Correspondió la presente acción constitucional en primera instancia al juzgado quinto municipal de pequeñas causas laborales de Barranquilla, el cual avocó el conocimiento de dicha acción y notificó la admisión de la acción de tutela a la accionada RELIANZ MINING y procedió a vincular a DIMANTEC S.A.S., EPS SANITAS, AFP PROTECCIÓN y a la ARL donde se encuentra afiliado el accionante.

La entidad vinculada **AFP PROTECCIÓN S.A.**, alegó que el accionante se encuentra afiliado en pensiones obligatorias a esa entidad desde el 12 de septiembre del 2001. Arguye que desconoce los hechos atinentes a la relación laboral que había entre el accionante y la accionada RELIANZ MINING SOLUTION S.A.S., pues esta entidad es ajena a la misma. Que revisadas sus bases de datos no observaron radicación formal de solicitud para el reconocimiento de alguna prestación que tenga origen común, por invalidez, vejez o sobrevivencia. Resalta que esa administradora tuvo conocimiento de que el accionante tramitó ante la EPS y ARL un proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral en razón de un accidente laboral, no obstante, no tiene detalles del mismo pues solo fue notificado de una comunicación en la que se menciona el conflicto entre el origen común y profesional del padecimiento.

En su momento, la vinculada DIMANTEC S.A.S., alega que se opone a la prosperidad de la acción constitucional, en atención a que esa entidad no ha vulneración de los



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

derechos fundamentales del accionante. Asegura que no se cumple con el requisito de inmediatez debido a que la terminación del contrato por mutuo acuerdo se efectuó hace más de 5 meses, sin justificación de la tardanza y sin que se evidencie perjuicio irremediable.

Manifiesta, por medio de apoderada, que el actor suscribió contrato de transacción mediante el cual se transó cualquier diferencia laboral que pudiera existir por la vigencia, ejecución y terminación del contrato, el cual fue suscrito por el aquí accionante de manera libre y voluntaria y como consecuencia de ellos recibió la suma de \$15.300.000, dinero del cual hasta la fecha no se ha realizado devolución alguna, por lo que alega que se configura el fenómeno de la COSA JUZGADA.

Señala que existe una imposibilidad física y jurídica del reintegro toda vez que DIMANTEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN ya no cuenta con contratos comerciales y al no contar con dichos contratos no tiene operaciones, por ende, no hay dónde ubicar al accionante, para cuya acreditación aportan las cartas de terminación de todos los contratos comerciales que tenía la compañía y que trajeron como consecuencia su estado actual de liquidación.

Precisa que el accionante suscribió con dicha empresa, un contrato de trabajo a término indefinido el 15-04-2013 para desempeñar el cargo de especialista de control de calidad, siendo el último cargo el de técnico líder con un salario de \$1.885.988, relación laboral que finalizó conforme el literal b) del Art. 61 del CSTSS, esto es, por mutuo consentimiento, sumado a la transacción suscrita entre las partes.

Alega que al momento de la terminación del contrato el accionante se encontraba en plenas condiciones físicas sin que presentara incapacidades, calificación, recomendación o restricciones laborales, y tanto es así, que posteriormente se vinculó laboralmente con otro empleador.

Enfatizó que el accionante no cumple con los requisitos para ser acreedor de la protección laboral reforzada acorde al precedente de la H. Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia y, en gracia de discusión, tal prohibición opera para el despido, hecho que no se presentó, dado que la terminación fue bilateral por mutuo acuerdo.

En su oportunidad, la entidad accionada RELIANZ MINING SOLUTIONS S.A.S., rindió el respectivo informe dentro de la acción de tutela alegando la confirmación de la relación laboral y el período de esta entre esa accionada y el actor. Indica que no es cierto lo manifestado por el trabajador por cuanto este no reportó ante las oficinas de HSE de la compañía, el estado de salud (dolor de rodilla), sin que se reportaran novedades en el turno que inició el 16-02-2022 y terminó el 17-02-2022. Así mismo, agrega que la aplicación de WhatsApp no es el conducto corporativo oficial para realizar este tipo de reportes. Afirma que el Sr. Rodríguez Melgarejo se acercó a la enfermería refiriendo un dolor en la rodilla izquierda y se le realizó examen de dígito palpación donde se evidenció dolor en inserción medial inferior de ligamentos colaterales. Que se le suministraron medicamentos y se le recomendó asistir a su EPS

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

puesto que no existió accidente de trabajo o eventualidad con ocasión a sus funciones, tal y como quedó documentado en la historia médica ocupacional de PLUSALUD, donde el hoy accionante manifiesta no haber sufrido accidentes de trabajo y/o comunes.

Señala que el tutelante estuvo incapacitado los días 18 a 20 de febrero de 2022, retornando el 21 de febrero de 2022, fecha en la que desempeñó sus funciones con total normalidad.

Expresa que la empresa terminó el contrato de trabajo del accionante en la etapa de período de prueba, conforme el Art. 76 y ss del CST, sin que existiera impedimento, toda vez que no ostentaba afección de salud ni había informado o aportado prueba fidedigna del estado de gravidez de su compañera, que lo hiciera acreedor de la condición de sujeto de especial protección constitucional pues con las capturas de pantalla del chat de whatsapp se constata que 18 días después de la finalización del vínculo fue que se expuso el presunto embarazo de su esposa, reconociendo no haber avisado. Reconoce la radicación del derecho de petición y la respuesta dada a la misma de forma oportuna y de fondo por parte de esa empresa. Solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

La entidad vinculada SANITAS EPS rindió informe al *a quo* en el que informa que el accionante en la actualidad se encuentra activo en EPS SANITAS y ostenta la calidad de cotizante dependiente del empleador MULTIPLO INGENIERIAS S.A.S., y que ha prestado todos los servicios requeridos, tal como la ecografía articular de rodilla ordenada el 16-06-2022, entre otros. Expone que no es la llamada a responder la petición de la parte actora por lo que considera que media la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto es claro que nada tiene que ver esta entidad con los hechos o pretensiones de la acción de tutela, en la cual, ni siquiera se hace alusión a esta. Por lo anterior, solicita su desvinculación del trámite tutelar.

Por último, la entidad vinculada SEGUROS BOLIVAR confirma que el accionante se encontraba afiliado a dicha ARL desde el 15 de abril de 2013 hasta el 31 de octubre de 2019 por la empresa DIMANTEC LTDA. Así mismo, señala que revisada la base de datos, no existe reporte por parte del empleador DIMANTEC LTDA de accidente de trabajo del año 2022 en que se haya encontrado afectado el señor JHAN RAFAEL RODRÍGUEZ, fecha para la cual el trabajador ya no se encontraba afiliado a la ARL. Igualmente expone que tampoco se ha recibido documentación por parte de entidad alguna (Entidad Promotora de Salud –EPS-, Institución Prestadora del Servicio de Salud –IPS- y/o Administradora de Fondo de Pensiones –AFP) que informara de algún accidente del año 2022. Por tanto, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela o se deniegue el amparo respecto de dicha entidad.

En ese orden de ideas, el *a quo* mediante fallo del 19 de julio de 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: No acceder al amparo de los derechos fundamentales de protección



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

laboral reforzada, debido proceso, mínimo vital, dignidad humana, salud, igualdad, dentro de la acción de tutela instaurada por JHAN RAFAEL RODRÍGUEZ MELGAREJO contra RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más eficaz y expedito a las partes y al Defensor de Pueblo Regional Barranquilla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere IMPUGNADA, dentro del término legal, sométase este asunto a su eventual revisión ante la Corte Constitucional, conforme a lo dispuesto en el Art.32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Archívese la presente acción de tutela, sin necesidad de auto que lo ordene, en caso de no ser seleccionada por la Corte Constitucional.

IMPUGNACIÓN

Conocida la anterior decisión, fue impugnada por el accionante dentro de la acción de tutela en referencia, solicitando lo siguiente: *“le ruego señor juez, tenga presente, que el precedente vigente, que es mi despido por parte de la EMPRESA quien tenía pleno conocimiento del estado de gestación de mi compañera y de que yo me encontraba a esperas de las citas médicas para aportar los documentos de la EPS que lo certificara y que ellos no me solicitaron ninguna prueba extrajucio que lo certificara, lo que hasta este momento ha desdibujado el fundamento de las acciones afirmativas previstas para la protección de las mujeres embarazadas en el espacio laboral y no laboral haciéndose extensivo a través de mi derechos, quedan burlados por esta empresa RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS.”<sic>*

Aduce que cumple con el requisito de inmediatez previsto en el artículo 86 superior, teniendo en cuenta que la interposición del amparo constitucional fue solicitado dentro de un plazo razonable.

En cuanto al conocimiento del estado de embarazo de su compañera es certero al indicar que informó al momento inmediato de su despido sobre la situación y de la gestión de las citas médicas pues, como es bien sabido, nadie espera ser despedido, pero, sin embargo, este fue diligente en los trámites para demostrar dicha gravidez una vez tuviera los resultados de dichas pruebas. Arguye un accionar antijurídico e irregular por parte de la empresa, incumpliendo el debido proceso, vulnerando su derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada como padre cabeza de hogar durante el embarazo de su compañera.

El *a quo* concedió la impugnación del fallo de tutela por medio de auto de fecha 28 de julio de 2022 y, en consecuencia, fue remitida la misma a este despacho judicial previo reparto.

Este despacho avoca el conocimiento de la impugnación mediante proveído de 29 de julio del presente año.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

COMPETENCIA

Legalmente este despacho judicial es competente para conocer y desatar la presente impugnación de fallo de tutela.

MARCO JURISPRUDENCIAL

Como es bien sabido la tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de un particular, con las características previstas en el inciso final del art. 86 de la Constitución Nacional y dentro de los casos de procedencia descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

Para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En virtud de lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la subsidiariedad es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela. En este sentido, solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para el amparo de sus derechos fundamentales o cuando sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Justamente, en la Sentencia SU-961 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, dicha Corporación señaló que *“el juez constitucional deberá determinar si las acciones disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano le otorgan una protección eficaz e idónea a quien presenta la acción de tutela. De carecer de las mencionadas características, el operador judicial deberá determinar si otorga el amparo de forma transitoria o definitiva.”*

Así, se concederá de manera transitoria si, las acciones ordinarias son amplias para proveer un remedio integral, pero no son lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En otras palabras, procederá *“cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen”*.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional ha desarrollado algunas características que comprueban la existencia de un perjuicio irremediable:

- (i) *Que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño;*
- (ii) *Que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes;*
- (iii) *Que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada;*
- (iv) *Que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de aplazarse, se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna.*

Ahora bien, es de advertir, que la alta Corporación ha señalado que el amparo iusfundamental procede como mecanismo principal cuando se pueda concluir que el mecanismo de defensa judicial establecido por el legislador para resolver las reclamaciones no resulta idóneo o eficaz para proteger adecuada, oportuna e integralmente los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Concretamente, el examen de idoneidad de los medios de defensa permite verificar la capacidad del mecanismo ordinario para solucionar el problema jurídico propuesto. Por su parte, en el estudio de la eficacia del instrumento ordinario, se deberá comprobar el potencial para proteger de manera oportuna e integral el derecho.

En ese sentido, se verifica en el caso sub judice la subsidiariedad de la acción constitucional, por ser el medio residual con el que cuentan la accionante para la protección de sus derechos, es decir, la sede constitucional que hoy nos convoca, se determina como el único medio judicial con el que goza la actora para la protección de los derechos fundamentales que invoca en el escrito genitor. De acuerdo con ello, se hace necesario el estudio de la acción de tutela de la referencia, para la protección de los derechos presuntamente vulnerados a la accionante.

DEL CASO CONCRETO

Señala el accionante que el día 15 de febrero de 2022 ingresó a trabajar en la empresa RELIANZ MINING SOLUTIONS SAS, en la mina cerro matoso, como tercer líder en el turno nocturno, desde las 7:00 pm hasta las 7:00 am, ejerciendo funciones de organizar el área, las herramientas y aislamiento de las máquinas de soldar, toda la operación se realizaba como trabajo seguro en altura, desplazándose desde el suelo a nivel hasta un quinto nivel, sobre andamios.

Asegura que a las 3:20 de la mañana de ese turno, presentó un fuerte dolor de la rodilla izquierda lo cual informó a su supervisor al momento de su cambio de turno. Continuó trabajando con molestias en su rodilla hasta terminar su turno el 17 de



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

febrero de 2022.

Sostiene que el día 18 de febrero del 2022 informó por WhatsApp a la jefe de personal, María Elles, de los padecimientos que presentaba en su rodilla izquierda producto de su labor en la empresa solicitando información del punto donde podría ser atendido por la ARL a fin de realizar el reporte para la respectiva valoración y atención médica, de lo cual no obtuvo respuesta puesto nadie atendió su solicitud. Que solo le ordenaron trabajar en el turno B de manera normal y que se presentara ante el médico laboral de la empresa para una valoración.

Que el médico lo valoró y comprobó su hinchazón, razón por la cual lo remitió a su EPS en la que fue incapacitado por 3 días. Manifiesta que el día 21 de febrero, reintegrándose a sus labores después de la incapacidad, se le informó de su despido sin justa causa, y por ello solicitó que se le realizaran los exámenes de egreso, enfatizando que aún presentaba dolor e hinchazón en su rodilla izquierda.

Finaliza, indicando que el examen de egreso le fue realizado el 23 de febrero y los resultados le fueron entregados 45 días después, con observación en la evaluación osteomuscular de *“anormal rodilla izquierda, sintomático dolor rodilla izquierda, trastornos internos de la rodilla, dolor en la rodilla izquierda”*.

Por otra parte, alega el accionante que al momento del despido su esposa tenía 4 semanas de gestación y que ella era la beneficiaria de su sistema de seguridad social, por lo que en razón a su despido se vulnerarían sus derechos de forma extensiva mientras dependiera económicamente del trabajador, señalando que este en particular era su caso. Alega que hubo vulneración a la igualdad y al debido proceso al estar debidamente informados de tal situación y no contar con algún permiso para despedirlo. Manifiesta que el 7 de junio de 2022 solicitó, a través de un derecho de petición, el reintegro por padecimiento médico, ser atendido por medicina laboral – ARL y realizar exámenes médicos de su rodilla izquierda para determinar el control y reintegro por fuero de maternidad de pareja embarazada o lactante no trabajadora. De esto indica que solo recibió una respuesta evasiva y confusa.

Al respecto, es menester establecer si existe en el presente caso una violación o vulneración al derecho fundamental de estabilidad laboral reforzada por parte de la entidad accionada y entidades vinculadas, con ocasión a los hechos materia de esta acción constitucional.

La Constitución Política de Colombia en el último inciso del artículo 13 impone al Estado la obligación de proteger de manera especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que se realicen contra ellas.

De igual forma, el artículo 47 de la misma Carta le asigna al Estado la tarea de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, proporcionándoles la atención

especializada que requieren.

El artículo 53 superior consagra como principio fundamental del estatuto del trabajo la estabilidad en el empleo.

A continuación, el artículo 54 estipula que: *“es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*.

Por su parte, la Ley 361 de 1997, en el artículo 26 establece:

En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así, mismo ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000 pero *“bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2º y 13), así como de especial protección constitucional a favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, elaboró un criterio sobre la discapacidad así:

Con la palabra discapacidad se resume en gran número las diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

Estableciendo la misma la norma supra en su artículo 7º, lo siguiente:



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

1. Las disposiciones legislativas y reglamentarias del sector laboral no deben discriminar contra las personas con discapacidad ni interponer obstáculos a su empleo.

(...)

6. Los Estados, las organizaciones de trabajadores y los empleadores deben cooperar para asegurar condiciones equitativas en materia de políticas de contratación y ascenso, condiciones de empleo, tasas de remuneración, medidas encaminadas a mejorar el ambiente laboral a fin de prevenir lesiones y deterioro de la salud, y medidas para la rehabilitación de los empleados que hayan sufrido lesiones en accidentes laborales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestra legislación mediante la Ley 762 de 2002, precisa el concepto de discapacidad:

El término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Es así que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la existencia en la órbita de las relaciones laborales de un verdadero derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de aquellos individuos que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas están en circunstancia de debilidad manifiesta. Estipulando que la estabilidad laboral reforzada *“constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales...”* y que *“con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”*.

En la providencia T-198 de 2006 se extendió la protección de las personas que se encuentra en una situación de discapacidad al afirmar que la protección otorgada por la Constitución y desarrollada por la Ley 361 de 1997 se encuentra dirigida a la discapacidad y no solamente a la invalidez.

Ahora bien, la Sentencia SU-049 de 2017 precisó que la estabilidad laboral reforzada no protege exclusivamente a aquellos sujetos que presentan una PCL calificada. Por consiguiente, dicha garantía ampara a quienes tienen **una afectación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares** y que, por este hecho, pueden ser objeto de tratos discriminatorios. En consecuencia, este escenario sitúa a la persona *“(...) en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación*



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas (...)". Negrillas y subrayas del despacho.

En sentencia T-020 de 2021 la misma corporación recuerda los presupuestos para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, estableciendo en concreto lo que el juez constitucional debe verificar: *(i) que la condición de salud del trabajador le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) que dicha circunstancia sea conocida por el empleador con anterioridad al despido; y, (iii) que no exista una causal objetiva que fundamente la desvinculación.*

En pronunciamiento más reciente, esto es la sentencia T-035 de 2022, se dijo:

De modo que para despedir un trabajador que se halle en cualquiera de esas situaciones que implique estabilidad reforzada, debe mediar permiso del Ministerio del Trabajo, de lo contrario, resulta ineficaz ese despido. De ahí que esté proscrita la desvinculación discriminatoria de personas en circunstancia de debilidad manifiesta por razones de salud, a través de una legítima limitación constitucional a la libertad contractual del patrono, el cual únicamente podría desvincular al trabajador una vez cuente con permiso de la autoridad competente que de constancia de la existencia de una justa causa para tales efectos. Adicional al permiso del Ministerio del Trabajo, el amparo constitucional procederá en la medida que: (i) se evidencie que el estado de salud del empleado efectivamente le obstaculice o le imposibilite sustancialmente desempeñar de manera adecuada y normal sus labores; (ii) previamente a la desvinculación, el patrono conozca la circunstancia de debilidad manifiesta; y (iii) no concorra una justa causa suficiente para desvincularlo, es decir, que no exista duda de un acto discriminatorio. A partir de ello se ha fijado una presunción que favorece a quien se lo desvincula.

Entonces, para dar solución al problema jurídico del presente proceso, el actor debía demostrar que presentaba una situación grave o relevante de salud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores.

En el caso que nos ocupa, del material probatorio obrante en el plenario, es claro que el trabajador no se encontraba inmerso ante la figura de la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que está demostrado que al momento de su despido no tenía incapacidad vigente o tratamiento certificado que le configurara tal protección. Incluso, debe tenerse en cuenta que el accionante, luego de sus 3 días de incapacidad, retornó a sus labores.

En lo que tiene que ver con el accidente laboral o reporte de alguna anomalía en los turnos prestados a la accionada por parte del trabajador, no obra prueba en el expediente que así lo acredite por lo que no puede este juez constitucional entrar en el plano de la adivinación, mucho menos fallar sin prueba alguna.

En cuanto al **FUERO DE PATERNIDAD** deprecado por el actor, la Corte



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

Constitucional, mediante la Sentencia C – 005 de 2017 estableció que la estabilidad laboral reforzada que protege a la mujer en estado de embarazo, fundado en los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, cubre también al trabajador en caso de que su cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de gestación y dependa económicamente de este; dicha estabilidad laboral reforzada se extiende hasta los tres primeros meses después del parto.

La Corte, en la sentencia mencionada, estableció entre otras cosas lo siguiente:

“(…) es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador”. En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.

Del mismo modo señala la alta corte, que “la falta de justificación de la exclusión de los (o las) trabajadores(as) cuyas cónyuges, compañeras o pareja, sin vínculo laboral, se encuentren en período de gestación o lactancia, de la protección laboral contenida en los preceptos examinados, conduce a la vulneración del principio de igualdad. En efecto, tal como se demostró, la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante se encuentra en una situación análoga a la de esta, comoquiera que existen condiciones relevantes que son comunes en una y otra situación. Tanto la mujer gestante o lactante trabajadora, como la pareja trabajadora que le provee soporte emocional y material, enfrentan una situación familiar muy particular, que impone demandas similares, como es el advenimiento de un nuevo miembro del grupo familiar. Como se indicó, se trata de situaciones equiparables en las que resultan igualmente relevantes las finalidades constitucionales que se reconocen a la protección laboral reforzada, como son la especial asistencia y protección que el Estado debe a la maternidad, la protección de la unidad familiar y la salvaguarda del interés superior del niño o niña que está por nacer, o que acaba de nacer. La equiparación de las dos situaciones análogas, es una exigencia del principio de igualdad, comoquiera que además de satisfacer estos fines constitucionales, materializa el derecho a



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

la igualdad de los miembros de la pareja en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades paterno-materno filiales, respecto de los hijos, a la vez que promueve oportunidades para avanzar en la conciliación del trabajo con la vida familiar, pretensión vinculada al desarrollo de la igualdad.

La exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.

En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja, contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a) (...)

Posteriormente, por medio de la ley 2141 de 2021, el congreso de la república busca la protección por ley de este supuesto, modificando los artículos 239 y 240 del CST, que cita un aparte textualmente:

*“5. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. **Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito.** En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.” (negrita fuera de texto).*

En ese orden de ideas, es de advertir que en el *sub examine*, la impugnación de la acción de tutela de la referencia no cuenta con vocación de prosperidad en razón a que no se configura fuero de paternidad, pues no se cumplen con los requisitos legales y jurisprudenciales que pregonan esta protección constitucional. Si bien es cierto esta protección se hace extensiva al trabajador cuando su pareja o compañera permanente



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

se encuentre en estado de gestación, no lo es menos que, en este caso, no hay prueba de que el accionante haya cumplido con lo preceptuado en el artículo 5 de la ley 2141 de 2021, citada en el párrafo anterior, en el entendido de que tal prohibición se activa con la notificación al empleador del estado de embarazo. Contrario de lo anterior, revisado el acervo probatorio tenemos que el accionante acepta no haber informado dicho estado de su compañera por falta de tiempo, por lo que no demuestra de manera certera la puesta en riesgo de los derechos fundamentales que aduce se está vulnerando por la entidad accionada.

Colofón de lo expuesto se confirmará la decisión de primera instancia dentro de la presente acción de tutela pues, como se anotó antes, esta célula judicial no observa hechos vulneradores de derechos fundamentales por parte de la accionada o cualquiera de las vinculadas.

En ese sentido, este despacho judicial no encuentra yerro jurídico en la decisión adoptada por el *a quo*, por tanto, se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE la decisión impugnada de fecha 19 de julio de 2022, proferida por el JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **JHAN RAFAEL RODRÍGUEZ MELGAREJO**, a nombre propio, contra el **RELIANZ MINING SOLUTIONS S.A.S.**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de conocimiento para las notificaciones a lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO ANDRÉS DE SANTIS VILLADIEGO
JUEZ

Firmado Por:
Mauricio Andres De Santis Villadiego
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 012
Barranquilla - Atlantico

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: **b32b7a2bb9cc4b1ef90657ff8ab50247dd1b9a77f8134ebf7e52d7ec41e96188**

Documento generado en 24/08/2022 05:42:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REFERENCIA: IMPUGNACIÓN - ACCIÓN DE TUTELA.

RADICADO: 080014105001-2022-00278-01

ACCIONANTE: LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO.

ACCIONADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

En Barranquilla, a los veinticuatro (24) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, procede a resolver la impugnación de la acción de tutela interpuesta por el señor **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO**, por medio de apoderado judicial, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

Relata el accionante en los hechos de la acción de tutela:

Que, convivió con el señor EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA (q.e.p.d.), durante dieciséis (16) años, tres (3) meses y veintitrés (23) días, compartiendo, techo, lecho, mesa y habitación; hasta la fecha de la muerte de este último, ocurrida el día 23 de julio de 2.021. Que el señor EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA (q.e.p.d.); quien falleció en este Distrito, estuvo afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, desde el 28 de junio de 1.993, hasta la fecha de su fallecimiento, cotizando un total de 498 semanas, con un acumulado de \$25.099.313.

Que, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, en su condición de compañero supérstite del afiliado, le reconociera las prestaciones económicas a que tiene derecho; adjuntando como pruebas, 4 declaraciones extra juicio, que demuestran la convivencia como pareja, por casi 17 años, sin embargo, le fue negada la pensión.

Que, durante la convivencia de mi mandante con el fallecido, ambos se trataron como marido y mujer; tanto en la intimidad, como públicamente, ayudándose mutuamente dentro de los quehaceres domésticos; pero era quien permanecía más en los diferentes sitios donde convivieron, por cuanto el trabajo que este desempeñaba era independiente y ocasional; por lo cual EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA (q.e.p.d.); le suministraba lo necesario dentro del hogar que habían conformado; lo cual implica, que mi mandante, dependía económicamente de su compañero sentimental.

Que, inicialmente convivieron conviviendo durante casi 15 años en la calle 68 No. 26B – 17, Barrio San Felipe, en un apartamento arrendado por el Señor Joaquín Royero Payares, posteriormente, se mudaron a un apartamento familiar de los hermanos Alzate Giraldo, ubicado en la Carrera 20 No. 47B – 47, lugar del último domicilio de ambos.

*Que, mediante comunicación emitida el día 21 de diciembre de 2.021, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respondió de modo negativo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en los siguientes términos: “De acuerdo a su solicitud relacionada con la pensión de sobrevivencia, con ocasión al fallecimiento de nuestro afiliado **EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA**,...se rechaza pensión de sobrevivencia sin devolución de saldos teniendo en cuenta que existe controversia por parte de los familiares del afiliado: Josefa Meza Pérez y Catalina Cataño Meza en los TIEMPOS DE CONVIVENCIA con el afiliado...”.*



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

*Que, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. - Porvenir, en la misiva que le envió al demandante, le está exigiendo, que “aporte sentencia judicial debidamente ejecutoriada de proceso ordinario... donde se aclare (Sic) la existencia de unión marital de hecho entre **EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA** y **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO...**” lo cual no es más que una traba administrativa, no prevista en la legislación, una interpretación contraria a la Constitución y a la sentencia C-336 de 2008, de la Honorable Corte Constitucional, la cual no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración, ni de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el peticionario, ni una sentencia declaratoria de unión marital de hecho.*

*Que, cumple con las exigencias de la Ley 100 de 1993 en sus artículos 47 y 74, en concordancia con lo afirmado por la Corte Constitucional en las sentencias C-521 de 2007; C-075 de 2007 y C-811 de 2007, puesto que en su calidad de compañero permanente se encuentra dentro del primer grado de beneficiarios de dicha prestación social y está acreditado que sostuvo una relación sentimental y de convivencia con el causante por espacio de más de 16 años continuos, anteriores a su muerte y dependía económicamente de su compañero permanente, el fallecido **EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA**.*

Que, la entidad demandada no tuvo en cuenta las 4 pruebas de convivencia aportadas por el cónyuge supérstite, como elemento primordial y suficiente para el reconocimiento de los derechos económicos a favor de éste, los cuales demuestran con toda claridad que él es el único con derecho a reclamar, al haber convivido con el causante de manera permanente, bajo el mismo techo, por casi 17 años, omitiéndole el valor real a los elementos probatorios aportados; en contraposición de las muchas sentencias de la Honorable Corte Constitucional, a favor de las parejas homosexuales.

*Que, su compañero permanente al momento de su fallecimiento era de estado civil soltero, no tenía unión marital de hecho y no tuvo hijos extramatrimoniales, ni adoptivos o por reconocer. Que, entre la Señora **ILUMINADA MEZA FLOREZ**, madre del compañero permanente del demandante y éste, suscribieron un contrato de transacción, con fecha del 25 de agosto de 2.021, mediante el cual, llegaron a un acuerdo, para recibir por parte de la empresa Drogas S & S S.A.S., las prestaciones, cesantías y demás emolumentos salariales que dicha empresa le adeudaba al difunto, en proporción al 50% cada uno.*

Que, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – Porvenir; transgredió las garantías constitucionales que le asisten a los compañeros permanentes

del mismo sexo, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008 y T-051 de 2008, entre otras, mediante las cuales, reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales y que no existe fundamento jurídico para obstaculizar el goce de esta prerrogativa imponiendo pruebas innecesarias relacionadas con la demostración de la convivencia.

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La parte actora solicita el amparo de su Derecho Fundamental al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a la dignidad humana, al debido proceso, a la salud en conexidad con la vida, a la honra, a la integridad física, al libre desarrollo de



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

la personalidad, igualdad, el mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a.

PRETENSIONES

El accionante solicita se tutelen sus derechos fundamentales, y en consecuencia se ordene lo siguiente:

*Ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con Nit. **800.144.331-3**, para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo le Reconozca y pague al accionante, Señor **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO**, portador de la C.C. No. 70.562.043, desde el día 23 de julio de 2.021, la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, en calidad de compañero permanente del Señor **EDDIER MANUEL MENDOZA MEZA (q.e.p.d.)**, quien fue su compañero permanente durante dieciséis (16) años, tres (3) meses y veintitrés (23) días.*

*Ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con Nit. **800.144.331-3**, Reconocer y pagar al accionante, Señor **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO**, las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 23 de julio de 2021, fecha en la cual adquirió su condición de beneficiario, con el reajuste de Ley, los intereses hasta el día del pago y la Indexación de los valores que se reconozcan desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se efectúe el pago.*

*Con fundamento en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta, que el accionante no dispone de otro medio judicial para ejercer sus derechos constitucionales, y por ser la violación de sus derechos, manifiesta, clara e indiscutiblemente arbitraria, solicito al Señor Juez Constitucional, se condene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, en abstracto al pago de la indemnización del daño emergente y lucro cesante causado, así como el pago de las costas del proceso.*

ACTUACION PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

Correspondió la presente acción constitucional en primera instancia al Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla el cual avocó el conocimiento de dicha acción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS-PORVENIR S.A.**, no contestó los hechos de la acción constitucional.

En ese orden de ideas, el *a quo*, mediante fallo de 27 de julio de 2022, resolvió lo siguiente:

*1º. DECLARASE improcedente la presente acción de tutela promovida por **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO** contra **PORVENIR S.A.**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

2º NOTIFIQUESE esta providencia a las partes a través de la plataforma Tyba, por correo electrónico o por el medio más expedito de acuerdo con lo establecido



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

en el artículo 30 de Decreto 2591 de 1991 y el Artículo 8 de la ley 2213 de 2022, al Defensor del Pueblo y a la Procuraduría general de la Nación.

3º. DE no ser impugnado el presente fallo, remítase lo actuado a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.”

IMPUGNACIÓN

Conocida la anterior decisión, fue impugnada por el accionante argumentando lo siguiente:

El señor Juez del conocimiento, considera que “las pretensiones sobre las cuales recae la acción de tutela corresponden a prestaciones económicas, por lo que no sería procedente este mecanismo para hacer acceder a los derechos pretendidos”, por cuanto existen otros medios de defensa judiciales, el cual es acudir a la jurisdicción ordinaria. Pero para el accionante es su medio de subsistencia, es el mínimo vital, ya que este dependía económicamente de su pareja. La Honorable Corte Constitucional, reiteradamente se ha pronunciado, con respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como un mecanismo excepcional.

Otros de los motivos en que se fundamenta el Señor Juez de tutela; es en el del “principio de la inmediatez” y consigna lo siguiente en el fallo: “... teniendo en cuenta que la fecha del deceso del causante lo fue el 23 de julio de 2.021 (doc 03 fol. 20), y la respuesta a su reclamación pensional se produjo el 21 de diciembre de 2021, habiendo transcurrido entre la fecha del fallecimiento del causante y la presentación de esta tutela,(doc 01-02), 11 meses y 26 días, sin que se encuentre justificada la inactividad del actor, por lo que no se cumple en este caso con el requisito de inmediatez”.

Con respecto al principio de inmediatez, si bien es cierto que hubiese “transcurrido entre la fecha del fallecimiento del causante y la presentación de esta tutela, (doc01-02), 11 meses y 26 días, esto constituye una verdad a medias, pero un error de interpretación, bastante grave; ya que el hecho que motiva la acción de tutela, no es propiamente la muerte de la pareja del accionante, sino la negativa del fondo de pensiones a reconocerle el derecho a su pareja. La primera se dio, en efecto, el día 23 de julio, de 2.021; pero la violación del derecho constitucional al reconocimiento de la pensión, se dio el día 21 de diciembre de 2.021, cuando se le negó el derecho, lo cual es totalmente claro, cualquiera sea la interpretación que se le quiera dar.

El Señor Juez, no toco ni tangencialmente la violación al Debido Proceso, en el que incurrió la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., al solicitarle al cónyuge supérstite del afiliado una sentencia judicial de la relación sostenida entre éste y el difunto o una prueba judicial de la relación de hecho, suscrita por éstos ante notario; medios probatorios que ni la ley ni la jurisprudencia ha establecido. Tampoco se motivó la negativa al reconocimiento de la pensión.

El a quo concedió la impugnación del fallo de tutela mediante auto de fecha 28 de julio de 2022 y, en consecuencia, fue remitida la misma a este despacho judicial, previo reparto. Se avocó el conocimiento de dicha impugnación mediante proveído de 03 de agosto del presente año.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

COMPETENCIA

Este despacho es legalmente competente para conocer de la presente impugnación y dar resolución a la misma.

MARCO JURISPRUDENCIAL

Como es bien sabido la tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de un particular, con las características previstas en el inciso final del art. 86 de la Constitución Nacional y dentro de los casos de procedencia descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

Para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

CUESTIONES PREVIAS – PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

CASO CONCRETO

Estudiados los hechos que enmarcan la presente acción de tutela y la sentencia proferida por el juez de conocimiento en la cual se declaró la improcedencia de la acción constitucional, estima el despacho que es menester, en primer lugar, determinar la procedencia y subsidiariedad de la acción de tutela, y en caso de resultar procedente, estudiar de fondo el asunto en controversia.

Al respecto se observa que en el escrito tutelar el accionante solicita que la accionada PORVENIR S.A., emita acto administrativo en el que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Eddier Manuel Mendoza Meza (q.e.p.d.). Lo anterior, en consideración a que es beneficiario de dicha prestación toda vez que convivió con el finado.

En ese sentido, manifiesta que la accionada PORVENIR S.A., le ha negado su derecho pensional, aduciendo que existe controversia por parte de los familiares del afiliado: Josefa Meza Pérez y Catalina Cataño. Igualmente informa, que la accionada le solicita aporte sentencia judicial debidamente ejecutoriada de proceso ordinario donde se aclare la existencia de unión marital de hecho entre Eddier Manuel Mendoza Meza y el accionante.

Aduce que la negación al reconocimiento de la prestación pensional que solicita, le



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

vulnera de manera clara los derechos fundamentales invocados en el escrito genitor puesto que al solicitarle al cónyuge superviviente del afiliado una sentencia judicial de la relación sostenida entre éste y el difunto o una prueba judicial de la relación de hecho, suscrita por éstos ante notario, estos son medios probatorios que ni la ley ni la jurisprudencia han establecido.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, es decir, únicamente será admisible en el momento en que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, este no resulte eficaz o en caso, de que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

En cualquier circunstancia deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en el evento de que así no sea, la garantía constitucional se torna procedente.

En ese sentido, procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo* cuando el titular de los derechos no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando existiendo ese medio, carece de idoneidad o eficacia. El amparo será *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable-, en cuyo caso la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez natural.

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas oportunidades que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas de carácter pensional, por tratarse de un asunto supeditado al cumplimiento unos requisitos definidos previamente en la ley.

Adicionalmente, la improcedencia general de la acción de tutela con fines pensionales se funda en la existencia de otro medio de defensa judicial, ya que los litigios que surjan entre afiliados o beneficiarios del Sistema General de Pensiones y las entidades administradoras de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, son competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, salvo que se trate de servidores públicos que tengan relación legal y reglamentaria y la entidad del Sistema de Seguridad Social, sea de naturaleza pública, caso en el cual, el asunto compete a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

No obstante, se ha admitido la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas de carácter pensional, cuando se constata que la negativa de la entidad compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental. Excepcionalmente, procede cuando se verifica que *(i) su falta de otorgamiento ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la salvaguarda de sus derechos; y (iii) aparecen acreditadas las razones por las cuales el medio ordinario de defensa judicial es ineficaz para lograr la protección integral de los derechos presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable*. A esto, además, se ha agregado un elemento adicional, consistente en verificar que *(iv) en el trámite de la acción de tutela por lo menos sumariamente- se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada*.

De acuerdo con lo anterior, es preciso concluir que la protección constitucional invocada en el trámite pensional es excepcional y no se orienta a soslayar los medios judiciales ordinarios con que cuenta el accionante, sino a garantizar la efectividad de



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

los derechos a la seguridad social y al mínimo vital conforme lo dispone el artículo 2º de la Constitución Política.

Al respecto, considera este despacho que la acción de tutela de la referencia deviene en improcedente toda vez que 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, lo cual sucede en el presente caso.

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, lo que no ocurre en el presente caso.

Lo anterior, comoquiera que el actor cuenta con el mecanismo idóneo para el reclamo efectivo de sus pretensiones, como lo es la acción ordinaria laboral, por tanto, el Juez Constitucional no puede invadir la órbita del Juez Ordinario en este caso a efectos de reconocer derechos que principalmente se controvierten en los procesos declarativos y subsidiariamente en sede de tutela. De igual manera, no se comprobó en el plenario las situaciones descritas por la sentencia citada, es decir, que se acrediten las razones por las cuales el medio ordinario de defensa judicial es ineficaz para lograr la protección integral de los derechos presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable.

Colofón de lo anotado, al existir otro medio de defensa idóneo o eficaz a través del cual puede pretender el reconocimiento y pago del derecho pensional y al no comprobarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable que convierta la acción de tutela en un mecanismo transitorio, estima el despacho que no erró el *a quo* al declarar la improcedencia en la acción de tutela de la referencia, conforme lo establece el numeral 1º del Art. 6º del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE la decisión impugnada de fecha 11 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Municipal De Pequeñas Causas Laborales De Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **LUIS FERNANDO ALZATE GIRALDO**, por medio de apoderado judicial, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE al juzgado de origen para las notificaciones a lugar de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO ANDRÉS DE SANTIS VILLADIEGO
JUEZ

Firmado Por:
Mauricio Andres De Santis Villadiego
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 012
Barranquilla - Atlantico

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: **0899b999f91b445c4c59a078bf98047b9944d7fc68506e896257c568da5719b6**

Documento generado en 24/08/2022 05:42:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

RADICACIÓN: 2022-00246-00

ACCIONANTE: MARIO ANDRES YEPES GOENAGA

ACCIONADO: ADRES, EPS SANITAS

En Barranquilla, a los veintitrés (24) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, procede a resolver la acción de tutela interpuesta por el señor **MARIO ANDRES YEPES GOENAGA**, por medio de apoderado judicial, contra la **EPS SANITAS**, y la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**.

ANTECEDENTES

Relata el accionante en los hechos de la acción de tutela:

Que se encuentra afiliado a la EPS SANITAS desde hace dos años; Que viene siendo tratado por la medico Rosa Bravo Manotas, la cual se encuentra adscrita a la EPS SANITAS, y quien le ordenó el medicamento ADALIMUMAB y BUDESONIDA; Que dichos medicamentos se ordenaron, en vista de su diagnóstico médico de enfermedad de CROHN, complicada con ESTENOSIS ILEOCECAL, y que debe recibirlos para que no se reactiven los síntomas de dolor, cólico hipogastrio, diarreas, sudoración nocturna, distensión abdominal, flatulencias y pérdida de peso; Que la EPS SANITAS se niega a entregar el medicamento BUDESONIDA, manifestando de acuerdo al reporte SIF/NO POS dice lo siguiente: MEDICAMENTO PRESCRITO NO CUMPLE CON INDICACIONES TERAPEUTICAS DE USO APROBADO POR INVIMA. Que el medicamento ADALIMUMAB, igualmente la EPS SANITAS se niega a entregarlos; Que la no entrega de los medicamentos afecta gravemente su estado de salud, colocando en riesgo sus derechos fundamentales.

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La parte actora solicita el amparo de su Derecho Fundamental a la Vida, Salud, Seguridad social, Dignidad humana, Igualdad.

PRETENSIONES

El accionante solicita se tutelen los derechos fundamentales citados y en consecuencia se ORDENE a la entidades accionadas que en el término de cuarenta



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia realicen la entrega al accionante, de los medicamentos ADALIMUMAB, ampolla 40 mgrs/0.8 ml (100mg/ml) solución jeringas rellenas subcutáneas, cada 15 días por seis (6) meses, para un total de 12 ampollas; BUDESONIDA, 9mg tabletas, tomar vía oral, cada 24 horas por 30 días, para un total de 30 pastillas.

De igual manera, solicita se ordene a las accionadas a que realicen la aprobación de los medicamentos POS y no POS a presente y a futuro que requiera el actor para la recuperación y tratamiento de su enfermedad.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de agosto de 2022 correspondió a este despacho judicial la tutela de la referencia. Una vez recibido el presente proceso, el despacho mediante auto fechado 11 de agosto de 2022, avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, ordenando notificar a los accionados.

La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES**, al informar sobre los hechos materia de debate en la presente acción constitucional, expresó que:

“De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

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

Pues es el escrito de tutela no es claro ya que no es posible identificar: la acción o la omisión que la motiva. El derecho amenazado o vulnerado. El autor de la amenaza o violación del derecho. Sin embargo, el escrito presentado por el



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

accionante no es claro frente a dichas peticiones, lo cual tampoco es justificado ya que no se allega ordenes medicas de las mismas.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

*Adicionalmente, se implora NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos **en salud** necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.*

Por último, se sugiere al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.”

Por su parte, la EPS SANITAS en su contestación informa que: “(...) El señor YEPES se encuentra afiliado a la EPS SANITAS S.A., en calidad de Cotizante Dependiente del régimen contributivo representa un ingreso base de cotización \$3.500. 000.oo. El señor YEPES presenta diagnóstico clínico de ENFERMEDAD DE CROHN DEL INTESTINO DELGADO (...)”.

Afirma que, la EPS SANITAS S.A.S. le ha autorizado al señor YEPES los servicios de salud en los que se encuentran los medicamentos ADALIMUMAB y BUDESONIDA, indicando que a la fecha no se encuentra registro de servicios negados y/o pendientes de trámite por parte de la EPS SANITAS.

Referente a las pretensiones de acción de tutela, informa lo siguiente:

EI MEDICAMENTOS ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML (100MG/ML) SOLUCIÓN JERINGA RELLENADAS SUBCUTÁNEAS, fue autorizado por parte

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

de la EPS SANITAS autorizado bajo N° DE VOLANTE 1140873917, 192167786 de fecha 27-07-2022 a FARMACIA CRUZ VERDE no ha sido posible su entrega debido a que presenta novedad de agotamiento.

El medicamento BUDESONIDA 9 MG TABLETA no se encuentra cubierto por el PBS fue prescrito a través de plataforma bajo N° Mipres 20220803128033796564 pero no fue aprobada por la junta de profesional el medicamento prescrito debido a que no cumple con indicaciones terapéuticas de uso aprobadas por INVIMA razón por la cual no es posible la entrega del medicamento toda vez que no se cumple con lo dispuesto por el Ministerio de Salud en la Resolución 1885 de 2018.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para tramitar y decidir la Acción de Tutela de la referencia dirigida contra las entidades accionadas, y atendiendo además a que los hechos que originan la solicitud de amparo tienen ocurrencia en esta ciudad donde el Juzgado ejerce su jurisdicción constitucional.

MARCO JURISPRUDENCIAL

Como es bien sabido la tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de un particular, con las características previstas en el inciso final del art. 86 de la Constitución Nacional y dentro de los casos de procedencia descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

Para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En virtud de lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la subsidiariedad es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela. En este sentido, solo procederá cuando el afectado no disponga de otro



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

medio de defensa judicial para el amparo de sus derechos fundamentales o cuando sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Justamente, en la Sentencia SU-961 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, dicha Corporación señaló que *“el juez constitucional deberá determinar si las acciones disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano le otorgan una protección eficaz e idónea a quien presenta la acción de tutela. De carecer de las mencionadas características, el operador judicial deberá determinar si otorga el amparo de forma transitoria o definitiva.”*

Así, se concederá de manera transitoria si, las acciones ordinarias son amplias para proveer un remedio integral, pero no son lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En otras palabras, procederá *“cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen”*.

Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional ha desarrollado algunas características que comprueban la existencia de un perjuicio irremediable:

- (i) *Que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño;*
- (ii) *Que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes;*
- (iii) *Que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada;*
- (iv) *Que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de aplazarse, se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna.*

Ahora bien, es de advertir, que la alta Corporación ha señalado que el amparo iusfundamental procede como mecanismo principal cuando se pueda concluir que el mecanismo de defensa judicial establecido por el legislador para resolver las reclamaciones no resulta idóneo o eficaz para proteger adecuada, oportuna e integralmente los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Concretamente, el examen de idoneidad de los medios de defensa permite verificar la



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

capacidad del mecanismo ordinario para solucionar el problema jurídico propuesto. Por su parte, en el estudio de la eficacia del instrumento ordinario, se deberá comprobar el potencial para proteger de manera oportuna e integral el derecho.

En ese sentido, se verifica en el caso sub judice la subsidiariedad de la acción constitucional, por ser el medio residual con el que cuenta la accionante para la protección de sus derechos, es decir, la sede constitucional que hoy nos convoca, se determina como el único medio judicial con el que goza el actor para la protección de los derechos fundamentales que invoca en el escrito genitor. De acuerdo con ello, se hace necesario el estudio de la acción de tutela de la referencia, para la protección de los derechos presuntamente vulnerados al accionante.

Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia, sentencia T-397/17, MP, Dra. DIANA FAJARDO RIVERA.

En la actualidad es indiscutible el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, no solo porque la Ley 1751 de 2015 así lo dispone en su artículo 2, sino porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional también lo ha reconocido. En la sentencia T-760 de 2008, este Tribunal señaló que “(...) la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.”

Además de su carácter de fundamental y autónomo, el derecho a la salud “(...) se encuentra estrechamente ligado a la efectividad de otras garantías como la vida, la integridad personal y la seguridad social, así como a la esencia misma de la dignidad humana, entendida como eje fundamental del pacto político.”

En relación con lo anterior, la Corte ha afirmado que los servicios de salud tienen dos facetas, una de las cuales en la que se trata de un servicio público, y otra en la que es un derecho fundamental. Cada una de estas se rige por principios y características particulares, así, en el primer rol, el servicio debe ser prestado de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en concordancia con los artículos 48 y 49 de la Carta Política; mientras que en el segundo caso “(...) la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad”.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

Además de los principios enunciados, la salud como derecho fundamental está compuesto por cuatro elementos esenciales, a saber: la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, los cuales son teóricamente diferenciables, pero fácticamente inescindibles para la garantía del mismo. De acuerdo con la jurisprudencia:

“[L]a disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; [L]a aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida; [L]a accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información; y [L]a calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.”

Adicionalmente, esta Corporación señaló el carácter complejo del derecho a la salud, en tanto “(...) su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.”

Ahora bien, desde una perspectiva más enfocada en el sujeto, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud, como “(...) un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.” Incluso, en un sentido más amplio, en términos de las dimensiones del sujeto, ha sostenido que se trata de “(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser’, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.”

Tal definición de este derecho, en una comprensión multidimensional, está estrechamente ligada a la noción de persona y su capacidad de plantear un proyecto de vida y ejecutarlo. Para la Corte, la ruptura de estas múltiples dimensiones por causa de la enfermedad, “(...) se constituye en una auténtica interferencia para la realización personal y, consecuentemente, para el goce efectivo de otros derechos, resultando así afectada la vida en condiciones dignas.”

Hay situaciones que ha descrito la jurisprudencia y que evidentemente comportan una vulneración del derecho fundamental a la salud. Por ejemplo, la sentencia T-760 de 2008 señala que las restricciones al acceso a tratamientos, medicamentos y procedimientos incluidos en el POS, es a todas luces una vulneración al derecho a la salud. En su momento, esta Corporación señaló que “[c]uando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”

Asimismo, este Tribunal ha sostenido que “(...) cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede ver interrumpido a causa de barreras administrativas que no permiten el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para recuperar la salud.

DEL CASO CONCRETO

El accionante a través de su apoderado judicial manifiesta que se encuentra afiliado a la EPS SANITAS y que viene siendo tratado por la médico Rosa Bravo Manotas, la cual se encuentra adscrita a la EPS SANITAS, quien le ordenó el medicamento ADALIMUMAB y BUDESONIDA. Que dichos medicamentos se ordenaron, en vista de su diagnóstico médico de enfermedad de CROHN, complicada con ESTENOSIS ILEOCECAL, y que debe recibirlos para que no se reactiven los síntomas de dolor, cólico hipogastrio, diarreas, sudoración nocturna, distensión abdominal, flatulencias y pérdida de peso. Que la EPS SANITAS se niega a entregar el medicamento



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

BUDESONIDA, manifestando que dicha medicina no cumple con indicaciones terapéuticas de uso aprobado por Invima. De igual manera, aduce que el medicamento ADALIMUMAB, la EPS SANITAS se niega a entregarlos.

Indica que, al no consumir los medicamentos prescritos por el médico tratante, se encuentra en riesgo de padecer sufrimiento, afectación a la vida, y daño grave a su salud, lo que afecta su bienestar y el de su familia.

Por su parte, la EPS SANITAS en su contestación informa que: *“El señor YEPES se encuentra afiliado a la EPS SANITAS S.A., en calidad de cotizante dependiente del régimen contributivo representa un ingreso base de cotización \$3.500. 000.00. El señor YEPES presenta diagnóstico clínico de ENFERMEDAD DE CROHN DEL INTESTINO DELGADO”.*

Afirma que la EPS SANITAS S.A.S., le ha autorizado al señor YEPES los servicios de salud en los que se encuentran los medicamentos ADALIMUMAB y BUDESONIDA, indicando que a la fecha no se encuentra registro de servicios negados y/o pendientes de trámite por parte de la EPS SANITAS.

Referente a las pretensiones de la acción de tutela, informa lo siguiente:

El MEDICAMENTOS ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML (100MG/ML) SOLUCIÓN JERINGA RELLENADAS SUBCUTÁNEAS, fue autorizado por parte de la EPS SANITAS autorizado bajo N° DE VOLANTE 1140873917, 192167786 de fecha 27-07-2022 a FARMACIA CRUZ VERDE no ha sido posible su entrega debido a que presenta novedad de agotamiento.

El medicamento BUDESONIDA 9 MG TABLETA no se encuentra cubierto por el PBS fue prescrito a través de plataforma bajo N° Mipres 20220803128033796564 pero no fue aprobada por la junta de profesional el medicamento prescrito debido a que no cumple con indicaciones terapéuticas de uso aprobadas por INVIMA razón por la cual no es posible la entrega del medicamento toda vez que no se cumple con lo dispuesto por el Ministerio de Salud en la Resolución 1885 de 2018.

Respecto de lo anterior y para desatar el problema jurídico que se plantea en la presente acción de tutela, es menester reiterar lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-397/17, citada con anterioridad, que, sobre la vulneración a los servicios de salud, expresó lo siguiente:

Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

Asimismo, este Tribunal ha sostenido que “(...) cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede ver interrumpido a causa de barreras administrativas que no permiten el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para recuperar la salud.

Al respecto, se observa en el plenario historia clínica del actor de 02 de agosto de 2022, en el cual se le diagnostica enfermedad de Crohn complicada con estenosis ileocecal, en el cual se indica que, “*actualmente en tratamiento con BUDESONIDA 9 mg 1 tableta cada día y ADALIMUMAB AMPOLLA 40 mg Sc cada 2 semanas, suspendió el tto hace 30 días por vencimiento de formula*”.

Por otra parte, se allega la orden médica suscrita por la Dra. Rosa Teresa Bravo de los medicamentos BUDESONIDA 9 mg 1 tableta cada 24 horas, por 30 días; y ADALIMUMAB AMPOLLA 40 mg/0.8 ml (100mg/ml) jeringa pre, subcutánea 1 ampolla Sc cada 15 días, 12 ampollas por 6 meses.

Conforme a lo citado en la providencia que precede, debe advertir este despacho que, de entrada, se avizora en el sub examine la puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante, específicamente la amenaza con referencia al derecho fundamental de salud invocado por el actor en el escrito de tutela. Lo anterior, comoquiera que la EPS SANITAS, no ha asegurado la prestación oportuna de los servicios de salud, garantizando la entrega de los medicamentos ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML, y BUDESONIDA 9 MG TABLETA, que fueron ordenados por el médico tratante del accionante como consecuencia de su diagnóstico.

En ese sentido no es de recibo lo manifestado por la EPS accionada quien, en su contestación, aduce que el medicamento ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML (100MG/ML) SOLUCIÓN JERINGA RELLENADAS SUBCUTÁNEAS no ha sido posible su entrega debido a que presenta novedad de agotamiento, toda vez que la entidad prestadora del servicio de salud debe ser garante frente al suministro oportuno de los medicamentos a sus afiliados, en el sentido de garantizar la disponibilidad de las medicinas en las farmacias que prestan el servicio.

Igualmente, el medicamento BUDESONIDA 9 MG TABLETA que afirma no fue aprobada por la junta de profesionales debido a que no cumple con indicaciones terapéuticas de uso aprobadas por INVIMA, se evidencia que este medicamento fue

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla

prescrito por el médico tratante del actor, quien consideró el mismo como necesario para el tratamiento de la patología del señor Mario Andrés Yepes Goenaga. En ese sentido, es claro que existe una vulneración al derecho fundamental a la salud del accionante Mario Andrés Yepes Goenaga comoquiera que, pese a tener la orden de su médico tratante sobre los medicamentos anteriormente descritos y que se requieren para el tratamiento de su diagnóstico, la EPS SANITAS no ha garantizado su entrega oportuna.

De acuerdo con todo lo mencionado, el despacho procederá a tutelar los derechos fundamentales del accionante Mario Andrés Yepes Goenaga y en consecuencia se ordenará a la accionada EPS SANITAS que autorice y garantice la entrega de los medicamentos ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML (100MG/ML) SOLUCIÓN JERINGA RELLENADAS SUBCUTÁNEAS y BUDESONIDA 9 MG TABLETA, con base en las especificaciones relacionadas en las órdenes del médico tratante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONCÉDASE el amparo de los derechos fundamentales de VIDA y SALUD, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **MARIO ANDRÉS YEPES GOENAGA**, por medio de apoderado judicial, contra la **EPS SANITAS** y el **ADRES**, de conformidad con los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la **EPS SANITAS** que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente proveído, le autorice y garantice al accionante, sin más dilaciones, la entrega de los medicamentos ADALIMUMAB AMPOLLA 40 MG/0.8 ML (100MG/ML) SOLUCIÓN JERINGA RELLENADAS SUBCUTÁNEAS, y BUDESONIDA 9 MG TABLETA, con base en las especificaciones relacionadas en las órdenes de su médico tratante, conforme a las consideraciones anotadas en la parte motiva.

TERCERO: REMÍTASE al H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO ANDRÉS DE SANTIS VILLADIEGO
JUEZ

Firmado Por:
Mauricio Andres De Santis Villadiego
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 012
Barranquilla - Atlantico

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: **4f050601760de4b0e02a4bfc14f2c007a335ff643266d718830d1bf6eca12311**

Documento generado en 24/08/2022 05:42:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>