

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: (031) **2020 – 00114 02**
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Jaime Rafael Larach del Castillo
Accionados: Medicall Talento Humano S.A.S., y Virrey Solis IPS
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por Medicall Talento Humano S.A.S., contra el fallo de fecha 17 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Uno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad¹.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

El señor Jaime Rafael Larach del Castillo, propuso acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la dignidad humana, la cual sustenta en los siguientes hechos:

- 1.1. Que es trabajador de las sociedades Medicall Talento Humano S.A.S. y Virrey Solis IPS S.A., desde el 03 de febrero de 2020, con una asignación de 48 horas semanales.
- 1.2. Que padece de las patologías denominadas apnea obstructiva del sueño, asociada a obesidad y un componente otorrinolaringológico, las cuales le generaron hipertensión pulmonar, hipertrofia del septum interventricular cardiaco, dilatación auricular izquierda, proteinuria y síndrome edematoso en estudio.

- 1.3. Que su núcleo familiar de compone de su esposa y su hija de tres años de edad, quienes padecen de asma.
- 1.4. Que en desarrollo de su labor como médico ginecobstetra, debe atender todos los días pacientes de manera presencial, situación que ante la creciente propagación del Covid-19, lo expone a un alto riesgo de contagio de dicho virus.
- 1.5. Que estando Colombia en pleno pico de la pandemia, las agendas para atender pacientes se han venido manejando como lo hacían con anterioridad al virus y, sólo en algunas ocasiones se ha permitido la consulta vía telefónica con pacientes no embarazadas, las demás se atienden de forma presencial.
- 1.6. Que la entidad accionada no clasificó pacientes embarazadas y siguió con la atención presencial de este tipo de población, poniéndola en riesgo, debido a su estado.
- 1.7. Que lejos de evitar aglomeraciones y optar por espaciar las citas en la agenda, la accionada a pasado de agendar 18 a 21 pacientes en 6 horas, aunado a que no se efectúan los filtros adecuados y al consultorio ingresan muchas de las pacientes con un tapaboca inadecuado o con síntomas respiratorios.
- 1.8. Que ante tal situación y teniendo en cuenta el estado de salud de su hija menor de edad, la accionada está exponiendo a su núcleo familiar primario.
- 1.9. Que desde el 02 de junio de 2020, ha expuesto sus preocupaciones ante las accionadas refiriendo que ha presentado incluso episodios de ansiedad y depresión y, por ende, propuso la opción de desarrollar sus labores, en la modalidad de teletrabajo en el servicio de consulta externa por ginecología y obstetricia, sin embargo, esta opción como las demás que fueron planteadas, no han recibido respuesta alguna.
- 1.10. Que a pesar de los decretos expedidos por el gobierno nacional, en cuanto al teletrabajo para personas con comorbilidades, no ha sido posible implementar tal modalidad.
- 1.11. Que según el Decreto 538 de 2020, el teletrabajo es obligatorio para las personas que como el accionante, padecen de las comorbilidades catalogadas como de alto riesgo, para el contagio de Covid-19.
- 1.12. Que la accionada vulnera su derecho a la igualdad como quiera que a otros colegas si se les ha permitido la opción de teleorientación en su agenda completa.

2.- Lo Pretendido.

Como pretensión de la presente acción constitucional se expone:

1. Que se ordene a las accionadas la implementación del servicio de teleconsulta externa en ginecobstetricia en Virrey Solis IPS de Girardot, sin que se interfiera con la disponibilidad horaria que ha pasado a la IPS.
2. Que se ordene a las accionadas la aplicación de plataformas y medios virtuales, para realizar una consulta con mayor agilidad y eficacia y que se le permita trabajar desde su domicilio, a efectos de lograr la mayor protección del empleado, evitando su desplazamiento hasta el sitio de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que el consultorio de ginecobstetricia comparte zonas comunes con el área de urgencias, por la cual transitan pacientes con síntomas respiratorios.
3. Que se ordene a las accionadas ajustar el tiempo de teleconsulta a la duración de lo que la misma implica y, de acuerdo a la plataforma instalada sea posible descargar archivos, lectura de exámenes, realización de historia clínica, desarrollo y envío de ordenes de manera virtual.
4. Que se ordene el trabajo coordinado, a través del concurso de otros profesionales de la salud, que los apoyen en las teleconsultas de acuerdo con su diagnóstico y riesgo.

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Uno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, quien la admitió en auto del 13 de julio de 2020.

En la misma providencia se vinculó al trámite al Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo y a la Secretaría Distrital de Salud.

Mediante providencia de fecha 27 de julio de 2020, se dictó fallo dentro del presente asunto, concediendo el amparo constitucional solicitado por el accionante, el cual fue impugnado por la accionada Medical IPS.

En sede de segunda instancia, por auto del 03 de septiembre de 2020, se declaró la nulidad de lo actuado a partir del prenotado fallo, inclusive, para integrar el contradictorio con la ARL Positiva.

Al *a quo* en cumplimiento a lo dispuesto por esta sede constitucional, en auto del 04 de septiembre de 2020, acató la citada orden efectuando la vinculación echada de menos.

Conforme con lo anterior, la vinculada ejerció su derecho de defensa mediante correo electrónico del 07 de septiembre de 2020.

Mediante providencia de fecha 17 de septiembre pasado se renovó la actuación nulitada profiriendo de nuevo el fallo de instancia.

Como asunto relevante, se tiene que mediante correo electrónico de fecha 09 de diciembre de 2020, el actor allegó a esta sede judicial constancia de la terminación de su relación laboral sin justa causa con la accionada.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes junto con sus anexos de Medical Talent Humano S.A.S., Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud y ARL Positiva.

5.- La Providencia de Primer Grado

El Juez *a quo* concedió el amparo solicitado por considerar **(i)** que la Resolución 536 de 2020, adoptó el “Plan de acción para la prestación del servicio de salud durante la contención y mitigación de la pandemia ocasionada por el Covid-19”, la cual restringió la consulta interna intramural, para la promoción, prevención y otros servicios ambulatorios; **(ii)** que el referido plan estipula como obligación de los prestadores de salud realizar los ajustes en procedimientos de atención e implementar los horarios para la atención administrativa y asistencial que privilegie la atención domiciliaria o de telemedicina y otras estrategias que disminuyan la posibilidad de saturar el sistema; **(iii)** que se ha propendido porque solo se atienda de

manera presencial los más urgente a fin de evitar el contagio en el personal de la salud y de los pacientes; **(iii)** que según los lineamientos del gobierno nacional debe evitarse el contacto físico para procedimientos que no lo requieren y el traslado innecesario de los profesionales de la salud, además de la puesta en marcha de horarios espaciados entre las citas, con los protocolos de bioseguridad que minimizan los riesgos; **(iv)** que la inobservancia por parte del extremo accionado de las políticas de salud adoptadas por el Gobierno Nacional, pone en riesgo la salud del accionante y su núcleo familiar, así como, la de las madres gestantes, aquellas que acaban de dar a luz y la de los neonatos.

6.- La Impugnación

Inconforme con la decisión de primer grado la accionada Medica!l Talento Humano S.A.S., impugnó la misma argumentando **(i)** que el *a quo* carece de competencia para conocer del presente asunto como quiera que la vulneración de derechos expuesta por el accionante tuvo lugar en Girardot (Cundinamarca), de manera que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, es el juez de dicho municipio quien debe dirimir la controversia planteada; **(ii)** que en el fallo impugnado se indica que las accionadas incumplieron las directivas proferidas por el Gobierno Nacional, sin que exista ningún argumento válido para efectuar tal afirmación y además excede sus competencias, pues el competente para imponer las sanciones del caso es el Ministerio de Salud; **(iii)** que contrario a lo expuesto en la actuación impugnada, la Resolución 536 de 2020, considera como servicio priorizado en salud la especialidad de ginecobstetricia; **(iv)** que el Decreto 538 de 2020, nunca ordenó suprimir la atención presencial en salud, ni autorizó al personal médico a negarse a prestar sus servicios y mucho menos estipuló que no deba prestarse atención presencial a las madres gestantes; **(v)** que la población en estado de embarazo de alto riesgo corresponde a casi el 50% de las madres gestantes, las cuales si bien, pueden ser atendidas en una parte por telemedicina, siempre deben tener consultas presenciales, por tanto, no es posible que un médico ginecobstetra deje de realizar dicho tipo de consulta en pacientes de alto riesgo, máxime cuando la etapa de aislamiento ya finiquitó en el país; **(vi)** que el juzgado de primera instancia omitió realizar un análisis de los derechos de las madres gestantes, los menores que están por nacer y los

recién nacidos, teniendo en cuenta que el Municipio de Girardot cuenta con más de 150.178 habitantes, frente a la amenaza del accionante de contagiarse del Covid-19; **(vii)** que los argumentos expuestos por el actor no pueden ser de recibo del Despacho, como quiera que si bien este padece de las patologías descritas en el escrito de tutela, no puede perderse de vista que ante el comportamiento de la pandemia y la velocidad del contagio, no solo corre el riesgo de contraer la enfermedad en el sitio de trabajo, sino en cualquier otro lugar, además se precisa que se le han brindado todos los elementos de bioseguridad y cuenta con todos los protocolos para una atención segura; **(viii)** que en esta época de pandemia es que las madres requieren mayor atención en salud; **(ix)** que debe efectuarse el análisis de proporcionalidad, en el cual debe concluirse que el actor apenas enfrenta una amenaza de contagio, habida cuenta que le han sido proporcionados todos los elementos de bioseguridad, en cambio la falta de atención oportuna y de calidad de un médico ginecobstetra, si puede generar un daño irreversible a la salud de la madre gestante y del que está por nacer e incluso la muerte; **(x)** que el accionante ejerce una actividad independiente con animo de lucro para la que si efectúa atención presencial

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema jurídico por resolver.

Corresponde a esta sede judicial establecer si se vulneran los derechos fundamentales reclamados a través de la presente acción constitucional, debiéndose ser confirmada la decisión de instancia o si, por el contrario, dentro del presente asunto se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, con ocasión de la terminación unilateral del vínculo entre el actor y la accionada, que da lugar a su revocatoria.

3.- Procedencia de la Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- Del derecho fundamental a la salud

Frente a tal garantía, abundante es la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha decantado hasta convertirla en un derecho de rango constitucional autónomo y objeto de protección a través de esta vía preferente y sumaria, es el caso de la sentencia T-196 de 2018, a través de la cual ese alto tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación^[81] y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015^[82] le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)”^[83].

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015^[84] fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”^[85].

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.”

5.- De la carencia actual de objeto por situación sobreviniente

En tal sentido la Corte Constitucional mediante sentencia SU-522 de 2019 precisó:

“El hecho sobreviniente ha sido reconocido tanto por la Sala Plena como por las distintas Salas de Revisión. Es una categoría que ha demostrado ser de gran utilidad para el concepto de carencia actual de objeto, pues por su amplitud cobija casos que no se enmarcan en los conceptos tradicionales de daño consumado y hecho superado. El hecho sobreviniente remite a cualquier “otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío”. No se trata entonces de una categoría homogénea y completamente delimitada. A manera de ilustración, la jurisprudencia ha declarado un hecho sobreviniente cuando: (i) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la Litis”.

6.- El caso en concreto.

Descendiendo al caso objeto de estudio, resulta conveniente aclarar en cuanto al primer motivo de inconformidad expuesto por la entidad accionada, que mediante providencia de fecha 03 de septiembre pasado esta sede constitucional se pronunció frente a la causal de nulidad advertida, determinando que no había lugar a declarar la procedencia de la misma, por tanto, deviene innecesario realizar un nuevo análisis en relación con el particular.

Ahora bien, en cuanto a los demás reparos formulados en el escrito de impugnación, advierte el Despacho que dentro del presente asunto debió efectuarse una ponderación entre los derechos del actor y su núcleo familiar y los de las mujeres en estado de embarazo y de los que están por nacer, que por cualquier circunstancia pueden requerir atención presencial a efectos de conservar la vida y la salud, dado que por el riesgo de su condición, el diagnóstico efectuado de manera virtual puede devenir insuficiente o inapropiado e efectos de prestar el servicio de una manera eficiente y oportuna, máxime cuando la tendencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional de cara a la mitigación de la pandemia por el Covid-19, sugiere una nueva etapa de normalidad en cada uno de los sectores de la sociedad, observando de manera estricta las medidas de

bioseguridad y los preceptos de autocuidado establecidos por la Organización Mundial de la Salud y del Ministerio de Salud.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la documental aportada por el accionante a esta sede judicial, mediante correo electrónico de fecha 09 de diciembre de 2020, la cual da cuenta de la terminación de su relación laboral con la accionada, colige el Despacho, que al margen que se comparta o no el criterio expuesto por el *a quo* para conceder la solicitud de amparo, lo cierto del caso es que, cualquier determinación que pudiere adoptarse en sede de segunda instancia, deviene inane a efectos de definir el caso en concreto, como quiera que la protección de los derechos fundamentales del actor concedida en el fallo impugnado, tiene su origen en la existencia de un vínculo laboral entre el accionante y la accionada y, ante la desaparición del mismo, las ordenes impartidas no surten efecto alguno.

Ante tales circunstancias y con sustento en el aparte jurisprudencial referenciado en el acápite correspondiente, resulta dable colegir que dentro de la presente acción constitucional se configuró el fenómeno de carencia actual de objeto por situación sobreviniente, dado que, si bien, la accionada no accedió a que el actor prestara sus servicios como especialista en ginecobstetricia de manera no presencial, lo cierto es que la terminación del contrato de trabajo hace desaparecer de manera automática el hecho que dio origen a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de que es titular el actor, teniendo en cuenta que el señor Larach del Castillo ya no se encuentra obligado a prestar los servicios que a su juicio ponían en riesgo su salud y la de su núcleo familiar.

Ahora bien, no se encuentra facultada esta juzgadora para pronunciarse en relación con la determinación del empleador de dar por terminada la relación laboral, habida cuenta que tal actuación no es objeto de debate dentro del presente asunto.

En virtud de lo expuesto, habrá de revocarse el fallo de fecha 17 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Uno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad y en su lugar, habrá de negarse la solicitud de amparo configurarse la carencia actual de objeto por acaecimiento de una situación sobreviniente.

Finalmente, se exhorta al *a quo* para que, en lo sucesivo de cumplimiento al protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación de expediente judicial dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, en el marco del Plan de Digitalización de Expedientes de que trata la Circular PCSJC20-27 del 21 de julio hogaño en aras de facilitar la consulta y garantizar la integridad de la actuación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de fecha 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Uno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia y en su lugar;

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de amparo formulada por el señor Jaime Rafael Larach del Castillo, por haberse configurado el fenómeno de carencia actual de objeto por acaecimiento de una situación sobreviniente.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

QUINTO: EXHORTAR al *a quo* para que, en lo sucesivo de cumplimiento al protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación de expediente judicial dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, en el marco del Plan de Digitalización de Expedientes de que

trata la Circular PCSJC20-27 del 21 de julio hogaño en aras de facilitar la consulta y garantizar la integridad de la actuación.

SEXTO: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA