



REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL DEL PODER
PÚBLICO

Pequeñas Causas - Laboral 005 Barranquilla

Estado No. 91 De Miércoles, 16 De Agosto De 2023



FIJACIÓN DE ESTADOS					
Radicación	Clase	Demandante	Demandado	Fecha Auto	Auto / Anotación
08001410500520230030100	Ejecutivo	Javier Mosquera Perea	Equiaceros De La Costa S.A.S	15/08/2023	Auto Rechaza
08001410500520230032200	Ordinario	Edmundo Rafael Mulford Simonds	Colpensiones	15/08/2023	Auto Declara Incompetente - Falta De Competencia
08001410500520230032300	Tutela	Jose Luis Silva Salas	Coservicrea Ltda	15/08/2023	Sentencia
08001410500520230032400	Tutela	Jose Manuel De La Peña Narvaez	Salud Total S.A. Entidad Promotora De Salud Del Régimen Contributivo Y Subsidiado S.A.	15/08/2023	Sentencia
08001410500520230034300	Tutela	Yeiny Marcela Santiago Vergel	Gobernacion Del Atlantico - Secretaria De Hacienda Departamental Del Atlantico, Gobernacion Del Atlantico - Secretaria De Hacienda De Cobro Cocativo	15/08/2023	Auto Admite

Número de Registros: 5

En la fecha miércoles, 16 de agosto de 2023, se fija el presente estado por el término legal, al iniciar la jornada legal establecida para el despacho judicial y se desfija en la misma fecha al terminar la jornada laboral del despacho.

Generado de forma automática por Justicia XXI.

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA

Secretaría

Código de Verificación

ca39bbe7-f8e4-4ffb-87a8-ce523563c429



REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL DEL PODER
PÚBLICO

Pequeñas Causas - Laboral 005 Barranquilla

Estado No. 91 De Miércoles, 16 De Agosto De 2023



Número de Registros: 5

En la fecha miércoles, 16 de agosto de 2023, se fija el presente estado por el término legal, al iniciar la jornada legal establecida para el despacho judicial y se desfija en la misma fecha al terminar la jornada laboral del despacho.

Generado de forma automática por Justicia XXI.

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA

Secretaría

Código de Verificación

ca39bbe7-f8e4-4ffb-87a8-ce523563c429



REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL DEL PODER
PÚBLICO

Pequeñas Causas - Laboral 005 Barranquilla

Estado No. 91 De Miércoles, 16 De Agosto De 2023



Número de Registros: 5

En la fecha miércoles, 16 de agosto de 2023, se fija el presente estado por el término legal, al iniciar la jornada legal establecida para el despacho judicial y se desfija en la misma fecha al terminar la jornada laboral del despacho.

Generado de forma automática por Justicia XXI.

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA

Secretaría

Código de Verificación

ca39bbe7-f8e4-4ffb-87a8-ce523563c429

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

INFORME SECRETARIAL. Señora Juez, paso a su Despacho la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia, informándole que nos correspondió por reparto. Sírvese proveer. Barranquilla, agosto 15 de dos mil veintitrés (2023).

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA
Secretario

JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BARRANQUILLA, FEBRERO 17 DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

RAD. NO. T-2023-00346-00

ACCIONANTE: MARIA JOSE PLATA PINILLA en calidad de agente oficioso de su hijo LIAM KAELE FREYLE PLATA

ACCIONADO: SURA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. SECRETARIA DE SALUD DE BARRANQUILLA, Y ALCALDIA DE BARRANQUILLA.

Visto el informe secretarial que antecede y revisado el expediente que contiene la acción de tutela de la referencia, advierte el Despacho que una de las accionadas es el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que es un organismo del sector central, del orden nacional, por lo que de acuerdo a las reglas de reparto del Decreto 333 de 2021, el conocimiento del presente asunto debió ser asignado a Juzgados de Categoría Circuito.

Así las cosas, lo procedente es disponer la remisión del expediente de la referencia, a los Juzgados de Categoría Circuito de esta ciudad.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE:

ÚNICO: Devolver a Oficina Judicial, el expediente que contiene la acción de tutela de la referencia, para su correcto reparto ante los Juzgados de Categoría Circuito de Barranquilla, y se efectúe la compensación a que haya lugar, conforme a las consideraciones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA PATRICIA BERNAL MIRANDA
JUEZA



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

RADICACIÓN:	08001-41-05-005-2023-00323-00
ACCIONANTE:	JOSÉ LUIS SILVA SALAS
ACCIONADA:	COSERVICREA LTDA.
DERECHOS INVOCADOS:	MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA E IGUALDAD

En Barranquilla, a los 14 días del mes agosto del año dos mil veintitrés (2023), el **JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dentro del término legal procede a decidir la Acción de tutela referenciada, conforme las siguientes,

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Solicita la parte accionante, el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, Dignidad Humana, y Estabilidad Laboral Reforzada y, que, en consecuencia, se ordene el reintegro del accionante a su puesto de trabajo en la empresa accionada, con el pago de los salarios, prestaciones, aportes a la seguridad social y la indemnización del Art. 26 de la ley 361 de 1997.

Lo anterior bajo el siguiente:

SUSTENTO FÁCTICO

Afirma que ingresó a laborar a la empresa accionada el 05 de mayo de 2017, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad, mediante un contrato a término fijo inferior a un año, pese a lo cual su relación laboral concluyó el 04 de mayo de 2018.

Manifiesta que, concluido su nexo laboral, la accionada le manifestó que al día siguiente debía concurrir a suscribir un nuevo contrato por un año hasta el 04 de mayo de 2019, y al llegar dicha fecha, le volvieron a manifestar que comenzaría un nuevo contrato a término fijo por un año, hasta el 04 de mayo de 2020, y siguió aconteciendo lo mismo, hasta el 04 de mayo de 2023; fecha ésta en la que se le informó vía telefónica de la terminación del contrato, y le hicieron saber que no le darían uno nuevo.

Alega que, al momento de la terminación del contrato, la accionada no tuvo en cuenta su condición de discapacidad, la cual era de conocimiento de su supervisor y empleador, dado que tuvo un accidente de trabajo el 3 de noviembre de 2017, donde al caérsele al suelo el arma de fuego, ésta se disparó y le impactó, causándole fractura de diáfisis del cubito y radio derecho dominante; situación agravada por un posterior accidente laboral acaecido también en su sitio de trabajo, el día 11 de abril de 2020, consistente en una caída a nivel, que le originó fractura y aflojamiento de material de osteosíntesis en el cubito y radio derecho.

Asevera que la ARL Axa Colpatría le calificó una pérdida de la capacidad laboral (PCL) del 26,12%, por las secuelas de los diagnósticos de fractura de diáfisis del cubito y radio y lesión del nervio cubital, con origen en riesgos laborales, y síndrome del túnel carpiano, calificada como de origen común.

Expone que debido a su estado de salud no puede usar muy bien la mano, y pretendían terminarle el contrato de trabajo, ante lo cual argumentaba que gozaba de la Estabilidad Laboral Reforzada.

Especifica que en el año 2022 le manifestaron vía telefónica la intención de no renovar el contrato de trabajo, por lo que presentó petición, alegando la protección ocupacional reforzada, el mínimo vital (vivienda y alimentos para él y sus dos hijos menores de edad), y la efectividad de su labor, ante lo cual recibió como respuesta disculpas y la manifestación de ser un mal entendido, y que continuaría trabajando.

Señala que en la presente anualidad 2023, le hicieron saber que no le renovarían el contrato, ante lo cual volvió a alegar las razones por las que debía continuar el contrato, recibiendo como respuesta que era una decisión de la oficina principal de la empresa.



Indica que presentó petición a la entidad, sin que a la fecha haya sido contestado.

Menciona que la empresa notificó la orden de realización de los exámenes médicos de egreso, ante lo cual manifestó que cuando ingresó a la empresa no tenía enfermedad alguna, y que sus patologías se dieron por accidente laboral, y ahora pretenden despedirlo con ocasión de su discapacidad.

Muestra que de su remuneración derivada de ese trabajo, constituyen los recursos para solventar sus necesidades, y la de su esposa e hijos, que vive arrendado y le mandaron a mudar porque tiene los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y acueducto suspendidos.

Arguye que la terminación de su contrato es irregular, porque goza de protección ocupacional reforzada, como consecuencia de su estado de salud, y para su desvinculación, el empleador debió solicitar autorización al Ministerio del Trabajo.

TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la referida acción de tutela (archivo 02), se notificó dicho proveído (archivo 03), y se recibieron las siguientes,

CONTESTACIONES:

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLÁNTICO (ARCHIVO 07ContestacionJuntaRegional.pdf)

Afirma que verificada sus archivos, el accionante cuenta con expediente, que fue radicado el 08-07-2023 por AXA Colpatria para dirimir la controversia de PCL, en virtud del cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez, profirió el Dictamen No. 02202301522 del 18-07-2023, con fecha de estructuración del 02-11-2022, que arrojó una PCL del 30,20% de origen accidente laboral, el cual se encuentra en proceso de notificación a las partes interesadas.

Por último, deprecia la improcedencia de la presente acción en lo que a dicha entidad respecta.

COMPAÑÍA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA PRIVADA LIMITADA COSERVICREA LTDA. (ARCHIVO 08ContestacionCoservicrea.pdf)

Confirmó que el actor inició a laborar a partir del 05 de mayo de 2017, a través de contrato laboral a término fijo inferior a 1 año, en el cargo de vigilante.

Indica que el plazo inicial del contrato fue por tres meses, y luego de prorrogarse, en 05 de mayo de 2018, pasó a ser de un año, cuyo plazo expiró en calenda 04 de mayo de 2023; notificándose la decisión de terminación del contrato, el 21 de marzo de 2023.

Alega que al momento de la terminación, el accionante no presentaba ninguna condición de discapacidad, puesto que durante los últimos dos años, realizó sus labores de manera normal, sin impedimento alguno, y solo presentó dos incapacidades, una por un día en el año 2022 por bronquitis, y la otra por 2 días por cólico renal.

Indica que ARL Axa Colpatria determinó el origen de sus diagnósticos de fractura de diáfisis del cubito y radio y la lesión del nervio cubital de origen laboral, y el síndrome de túnel carpiano como de origen común.

Manifestó que el accionante sufrió un accidente de trabajo, el 03 de noviembre de 2017, el cual fue reportado bajo el siniestro No. 20170086551 ante la ARL AXA COLPATRIA por Herida por arma de fuego en antebrazo derecho producto del cual presentó fractura de radio y cubito derecho dominante, y se reintegró a laborar el 25 de octubre 2018, con recomendaciones a su cargo, sin uso de armas, y cuenta con dictamen de PCL de fecha 9 febrero de 2019 con 16,33%, cuyo trámite llegó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien emitió dictamen el 10 de septiembre de 2019 determinando una PCL del 25.30%.

Señala que reportó el 11 abril de 2020, un segundo siniestro bajo el radicado No. 20200020761 ante la ARL Axa Colpatria, por caída desde su propia altura, presentando trauma en antebrazo derecho, reportándose aflojamiento y fractura del material de osteosíntesis, se reintegró a laborar



en su cargo con recomendaciones, sin armas, el cual se encuentra en proceso de calificación de PCL.

Afirma que la terminación del contrato laboral obedeció al vencimiento del plazo fijo pactado, con la correspondiente notificación del preaviso del 21 de marzo de 2023 establecido en el Art. 46 del CSTSS, y emisión de orden para los exámenes de egresos.

Arguye que el accionante no se encuentra amparado bajo la condición de estabilidad laboral reforzada por no encontrarse en una situación deplorable de salud, debido a que prestó sus servicios normalmente durante toda la relación laboral, sin encontrarse en condición de incapacidad, deterioro de su salud, y demás factores que hubiesen impedido desarrollar las funciones normalmente.

Por tanto, solicita la denegación del amparo constitucional deprecado.

SALUD TOTAL EPS-S S.A. (archivo 09ContestacionSaludTotal.pdf)

Manifiesta que accionante se encuentra afiliado a la entidad en estado activo, sin barreras de acceso, ya que no cuenta con autorizaciones pendientes por gestionar.

Arguye que las solicitudes van dirigidas contra COSERVICREA LTDA, por lo que respecto de la EPS hay falta de legitimación en la causa por pasiva.

En consecuencia, solicita su desvinculación de la presente acción de tutela.

AFP PORVENIR S.A. (archivo 10ContestacionPorvenir.pdf)

Indica que el accionante no se encuentra afiliado a esa entidad desde el 1° de octubre de 2014, por cuanto realizó traslado a Colpensiones.

Por tanto, deprecia que se les desvincule por falta de legitimación en la causa por pasiva.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES (archivo 11ContestacionColpensiones.pdf)

Menciona que verificado sus sistemas de información no encontró solicitud pendiente de resolver o relacionada con las pretensiones en litigio, siendo la accionada la llamada a pronunciarse sobre el amparo solicitado.

En consecuencia, solicita se desvincule por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

ARL AXA COLPATRIA SA (archivo 12ContestaciónAxaColpatria.pdf)

Alega la improcedencia de la acción, por no haber evidencia de la ineficacia de los medios ordinarios de defensa, que requiera una medida de urgencia porque la vida del accionante se encuentre en peligro, o que se esté frente a un perjuicio irremediable.

Alude que el accionante estuvo afiliado a la entidad como trabajador dependiente de la accionada entre el 05-05-2017 al 04-05-2023, por lo que dicha afiliación no se encuentra vigente.

Sostiene que registra reportes por accionantes de trabajo en fechas 03-11-2017 y 11-04-2020, por disparo involuntario de su arma de dotación, provocando heridas en brazo derecho y la mordedura de un gato, mientras se encontraba laborando, respectivamente.

Indica que ha reconocido prestaciones económicas y asistenciales, por 268 días de incapacidad, siendo la última el 15-10-2020. E

Expone que fue calificado la PCL por los diagnósticos de fractura de la diáfisis del cubito y del radio derecho emitido por Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo reconocida indemnización permanente parcial por \$12.383.608, y fue recalificado el 09-05-2023 con una PCL del 26.12% por el diagnóstico de síndrome del túnel carpiano derecho, el cual no tiene relación con los accidentes, y cuenta con concepto favorable de retorno laboral.



Señala que por lo anterior, la ARL no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la parte accionante, por lo que deprecia su desvinculación.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Sostiene que el expediente del accionante fue radicado en esa entidad en una oportunidad, remitido por la Junta Regional del Atlántico, y por reparto, le correspondió a la Sala de Decisión Número Cuatro, cuyos miembros resolvieron el recurso de apelación en audiencia privada celebrada el 02 de septiembre de 2019, en la que se emitió el dictamen No. 1128202528-20788 que confirmó el dictamen del 25.30% de CPL, de origen accidente de trabajo del 01-11-2017, con fecha de estructuración del 30-01-2019, el cual fue debidamente comunicado a las partes.

Alega que no tienen injerencia en las pretensiones de reintegro, en las que se funda esta acción constitucional, por lo que solicita su desvinculación

Las posturas extremas de las partes, conlleva al planteamiento de los siguientes,

PROBLEMAS JURÍDICOS:

1. ¿Se cumplen los presupuestos de procedencia de la acción de tutela para dilucidar si opera la protección ocupacional reforzada frente a la terminación del contrato laboral interpartes, y si se vulnera el derecho fundamental de petición?
2. ¿Existe vulneración del derecho fundamental de petición, alegado por la parte accionante?
3. ¿La accionada conculca los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, debido proceso, estabilidad laboral reforzada e igualdad, con ocasión de la terminación del vínculo laboral del accionante, efectuado sin autorización del Ministerio del Trabajo, respecto de quien alega encontrarse en debilidad manifiesta por su estado de salud?

Para la resolución de dicho planteamiento jurídico este Despacho sostendrá las subsecuentes,

TESIS

1. El Despacho sostendrá la tesis consistente en que la presente acción de tutela resulta procedente por cumplirse los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.
2. Que no se afecta el núcleo del derecho fundamental de petición, por falta de acreditación de la solicitud.
3. Que se afectan los derechos fundamentales a la protección ocupacional reforzada, igualdad y mínimo vital, por haberse terminado el vínculo laboral de un sujeto de especial protección constitucional, sin que la autoridad administrativa evaluara que no constituyera un acto discriminatorio, y sin que se desvirtuara la presunción de discriminación, en la presente acción constitucional

Tal tesis se fundamenta en las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

Sabido es que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de defensa, que opera para la garantía de los derechos fundamentales, como es el derecho al mínimo vital, seguridad social, debido proceso e igualdad, derechos contenidos en los artículos 53, 48, 23 y 11, respectivamente de la Carta Política.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, dicha acción constitucional es residual y opera para frenar los efectos de un derecho de raigambre fundamental conculcado o amenazado, debido a lo cual la jurisprudencia nacional ha construido unos requisitos de procedencia de esta acción constitucional, a saber, la inmediatez y la subsidiariedad.



Así mismo, debe mediar legitimación por activa y pasiva, figuras respecto de las cuales, la jurisprudencia constitucional, ha señalado que se configuran cuando la persona que interpone el amparo tiene interés jurídico para hacerlo (legitimación por activa), y si contra quien se dirige es un sujeto demandable a través de la acción de tutela (legitimación por pasiva) (Corte Constitucional. Sent. T-032 de 2020).

Pertinente es señalar, que la *inmediatez* conlleva que se esté frente a una conculcación o amenaza actual, y no remota en el tiempo, que amerite una orden pronta como la que se profiere en uso de este mecanismo de defensa constitucional (T-085 de 2020 de la H. Corte Const).

Para la verificación de dicho requisito, la H. Corte Constitucional ha sostenido que «se debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y el día en que se formuló la acción de tutela; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo» (Sent. T-035 de 2022).

Por su parte, la *subsidiariedad* implica que la acción de tutela sólo procede cuando no existan otros medios de defensa, o éstos no son idóneos (capaz de dar respuesta a la pregunta constitucional), o no son eficaces (la respuesta que brindan no resulta oportuna ni integral), o cuando existiendo ese medio de defensa, idóneo y eficaz, se está en presencia de un perjuicio irremediable, entendido como el actual, grave e irreversible (Ver sentencia T-085 de 2020 de la H. Corte Const).

En claro lo anterior, y en lo atinente al derecho fundamental de petición, se observa que aunque no se invoca expresamente el amparo de dicho derecho, si se alegan sus presupuestos de vulneración, a saber la presentación de una solicitud por parte del accionante ante su empleador, hoy accionado, y su falta de respuesta de fondo (Ver hecho noveno del libelo de acción), siendo procedente dicha acción para dilucidar dicho derecho, por no existir medio ordinario de defensa (Ver T-103-19, T-230 de 2020 y T-085 de 2020 C. Const), y alegarse su falta de respuesta de fondo, hasta la presentación del libelo de acción, de lo que resulta el ejercicio razonable de esta acción constitucional.

En lo atinente a los restantes derechos fundamentales a la protección ocupacional reforzada, mínimo vital y seguridad social, se constata que se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que conforme a lo expuesto en el libelo de acción de tutela, desde la decisión unilateral de terminación del contrato a la accionante (05-05-2023), hecho que también motivó el ejercicio de la presente acción constitucional (28-07-2023), ha transcurrido menos de 3 meses, por lo que la presente acción de tutela se ejerció de manera oportuna.

Frente al requisito de subsidiariedad cuando se alega la protección ocupacional reforzada, la H. Corte Constitucional en sentencia T-267 de 2020 (M.P. Alberto Rojas Ríos), ha establecido:

«Subsidiariedad. La naturaleza excepcional de la acción de tutela está relacionada con la regla general conforme a la cual el amparo no puede ser empleado como mecanismo principal para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido deferido a la jurisdicción ordinaria –como la pretensión de reintegro y pago de acreencias laborales–, lo que impone que, previo a acudir al juez constitucional, deban agotarse las etapas y las formas previstas en el ordenamiento jurídico para cada proceso, a menos que dichos medios se aprecien inidóneos o ineficaces para el caso concreto.

Lo anterior se traduce en que, en principio, es el proceso ordinario laboral el escenario judicial donde los trabajadores que se consideran injustamente desvinculados deben encauzar sus reclamaciones frente a la decisión adoptada por sus respectivos empleadores, habida cuenta que así lo determinó el legislador en el numeral 1 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social al establecer que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conoce de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

Ahora bien: aun cuando el proceso laboral ordinario sea el espacio propicio y principal diseñado en el orden jurídico para que los jueces de la República diriman este tipo de controversias, adoptando los remedios jurídicos pertinentes y dispensando la protección



institucional a que haya lugar, esta Corte Constitucional ha advertido que en determinadas circunstancias el mecanismo ordinario puede no ser lo suficientemente expedito para garantizar una protección oportuna e integral ante la situación de vulnerabilidad que aqueja a los demandantes al hallarse de por medio la efectividad de derechos constitucionales fundamentales, como ocurre, por ejemplo, con el derecho al mínimo vital de las personas afectadas por alguna condición de salud cuya subsistencia depende del trabajo:

"[E]n el caso de los trabajadores, de los cuales se pueda predicar la estabilidad laboral reforzada, por las razones anotadas (anteriormente), y particularmente en el caso que nos ocupa, por razones de salud, lo que los coloca en una situación de incapacidad, de discapacidad, de indefensión, de debilidad o de vulnerabilidad, es posible, mediante la acción de tutela y de manera excepcional, (i) ordenar el reintegro al trabajo del trabajador, (ii) cuando se trate de trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, (iii) que hayan sido despedidos o desvinculados sin la autorización requerida por parte de la oficina de trabajo, (iv) aunque medie una indemnización; (v) con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de debilidad, vulnerabilidad o indefensión; (v) puesto que ante estas circunstancias los medios ordinarios de defensa judicial se tornan inidóneos e ineficaces para responder de manera oportuna ante estas vulneraciones de sus derechos fundamentales."

Por lo tanto, ha sostenido la Corte que procede la acción de tutela excepcionalmente para reclamar derechos laborales, cuando es interpuesta por un sujeto de especial protección toda vez que en sus pretensiones confinan el acceso al mínimo vital.

Así, en virtud de los mandatos de igualdad real y efectiva y de protección especial derivados del artículo 13 constitucional, excepcionalmente el recurso de amparo puede llegar a ser procedente de manera prevalente para la salvaguarda de los derechos de sujetos que se hallen en un estado de debilidad manifiesta por su situación económica, física o mental, o que hagan parte de grupos discriminados o marginados.

Bajo esta comprensión, la jurisprudencia ha admitido un análisis dúctil del requisito de subsidiariedad cuando se advierte que quien invoca el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida en que soportar las cargas asociadas a un proceso ordinario puede tornarse una exigencia excesiva dada su situación de desventaja en relación con el resto de la población». (Subrayas fuera del texto)

El mencionado requisito de subsidiariedad también se verifica, puesto que aunque la jurisdicción ordinaria laboral, tiene competencia para resolver los conflictos que deriven del contrato de trabajo, y del sistema de seguridad social (Art. 2° del CPL), por lo que la acción ordinaria sería idónea para resolver la problemática del reintegro por protección ocupacional reforzada con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, no se torna eficaz en el caso concreto, por estarse frente a un sujeto de especial protección constitucional, acode al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues tiene una pérdida de su capacidad laboral calificada en un porcentaje del 25.30% para septiembre de 2019 con fecha de estructuración del 30-01-2019 con origen: accidente de trabajo (Ver memorial del 03-08-2023 de la JNCI), y recalificada mediante dictamen del 18-07-2023 en un 30% de PCL por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en trámite de notificación (Ver memorial del 01-08-2023 de la JRCIA).

Lo anterior sumado a que aún se encuentra surtiendo el trámite de dicha recalificación de la PCL, y que el accionante alega la afectación del derecho al mínimo vital, al indicar que su sustento y el de su familia, y la satisfacción de las necesidades básicas de vivienda en arriendo, servicios públicos y alimentación, dependen de su salario (Ver hechos 6° y 10° del libelo de tutela); hechos que no fueron controvertidos por la accionada.

Así mismo, media legitimación en la causa por activa y pasiva, dada la relación laboral que existió y finiquitó entre las partes, JOSÉ LUIS SILVA SALAS y COSERVICREA LTDA.

Por tanto, el primer problema jurídico, se responde en el sentido de considerar procedente la presente acción de tutela.

Analizada dicha procedibilidad, en los términos expuestos en antecedencia, y en aras de resolver el segundo problema jurídico planteado, cabe señalar que el derecho de petición se encuentra



consagrado como derecho fundamental en el Art. 23 de la Constitución Política y ha tenido amplio desarrollo jurisprudencial, siendo unánime la doctrina de que el mismo implica una respuesta oportuna, esto es, dentro del término legal, actualmente regulado por la Ley 1755 de 2015, de fondo y congruente, que implica un pronunciamiento de lo pretendido, independientemente del sentido positivo o negativo de la solicitud, y la comunicación al peticionario, presupuestos que pueden ampliarse al consultarse sentencias como la T-149 de 2013 y T-206 de 2018 de la Corte Constitucional.

Con respecto a la oportunidad de la respuesta, debe señalarse su término fue ampliado por el Art. 5° del Decreto 491 de marzo 28 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, dada la pandemia que se afronta por la enfermedad COVID -19.

No obstante, los artículos 5° y 6° del mencionado decreto, fueron derogados por la Ley 2207 de 17 de mayo de 2022, por lo que se restablecieron los plazos de la Ley 1755 de 2015, para aquellas peticiones presentadas a partir del día 18 de mayo de la presente anualidad.

Conforme a lo anterior, en el presente caso, dada la fecha en que se alega haberse presentado la solicitud, resulta aplicable la citada legislación 1755 de 2015, que establece como términos de respuesta: 10 días para la resolución de las peticiones de información y de expedición de documentos, de 30 días, para el pronunciamiento de una consulta ante una autoridad en relación con las materias de su cargo, y de 15 días para las restantes peticiones o solicitudes.

En el caso concreto, se tiene que revisados los medios de pruebas recaudados dentro del plenario de forma regular y oportuna (Art. 164 CGP), encuentra este Despacho que los sujetos procesales de esta acción, discuten la existencia de la petición, puesto que mientras la parte accionante alega haberla presentado ante el empleador accionado, (Ver hecho 9 del escrito de tutela), éste al rendir bajo juramento el informe en la presente acción constitucional, expresa no haber recibido petición alguna, lo que constituye una negación indefinida relevada de pruebas, que traslada a la accionante la carga de acreditar el hecho contrario; autorresponsabilidad probatoria que no cumplió a cabalidad, puesto que solo aportó una impresión de pantalla dirigido a dos correos electrónicos del dominio @cosercivrea.com sin que se observe el contenido de la petición, en documento adjunto o inserto en el mensaje de datos o correo electrónico.

En consecuencia, no se configura el primer presupuesto para considerar afectado el derecho de petición, en virtud de lo cual, la respuesta al segundo problema jurídico es negativa.

En claro lo anterior, y en aras de dilucidar la tercera pregunta problema, es pertinente señalar que analizadas las conductas procesales de las partes, y los medios de pruebas recaudados en forma regular y oportuna (Art. 164 CGP), observa el Despacho que los sujetos procesales no discuten que entre JOSÉ LUIS SILVA SALAS y COSERVICREA LTDA, existió un contrato de trabajo de naturaleza fija que inició el 05 de mayo de 2017, y terminó el 4 de mayo de 2023, mediante decisión unilateral de la accionada, bajo la causal de vencimiento del plazo pactado, y que el hoy accionante tiene una pérdida de capacidad laboral calificada en un porcentaje muy superior al 15%.

Tales hechos —vínculo laboral, terminación, patologías y calificación de PCL— no solo no se discuten, sino que también se corroboran dentro del plenario, puesto que obra la certificación laboral expedida por la dirección de gestión humana de la empresa accionada emitida el 19-01-2022, donde se hace constar que el accionante se desempeñaba como guarda de seguridad de COOSERVICREA, mediante varios contratos a término fijo, desde el 05-05-2017, con un salario promedio mensual de \$1.469.038 (PDF 19 del libelo genitor), aunado al documento que contiene el último contrato individual de trabajo a término fijo a un año firmado por las partes, en el que se observa que la fecha de inicio de labores es el 05 de mayo de 2022 y de finalización el 04 de mayo de esta anualidad (PDF 15 a 18 del archivo *08ContestacionCoservicrea.pdf*).

Así mismo, obra la carta de preaviso calendada 21 de marzo de 2023, donde la empresa accionada informa la decisión de prescindir de los servicios a la fecha de vencimiento del plazo fijo, junto con su constancia de entrega al actor (PDF 19 del archivo *08ContestacionCoservicrea.pdf*), y de la misiva del 04-05-2023 de autorización para la realización de los exámenes médicos (PDF 20 y 21 de la contestación).

Tales hechos (vínculo laboral, terminación, extremos temporales) también fueron expresamente confesados por la accionada (Art. 191 CGP) en el informe solicitado (ver respuesta a los hechos 1° y 2° en PDF 2 del archivo *08ContestacionCoservicrea.pdf*).



Igualmente, se acreditan las patologías que aquejan al actor, y la calificación las secuelas, puesto que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, certificó a este Despacho, y adjuntó el dictamen de PCL del accionante N°1128202528-20788, emitido el 02-02-2019, que confirmó el de la Junta Regional, por el cual se otorgó un 25.30% de PCL de origen accidente de trabajo, con diagnóstico de fractura de la diáfisis del cubito y del radio (Ver memorial del 03-08-2023).

Seguido en el tiempo, obra la certificación de consulta médica al actor de fecha 16-08-2022, donde se reseñan los accidentes laborales, los diagnósticos fractura de la diáfisis del cúbito y del radio en el antebrazo derecho dominante, con una PCL del 25,30%, con origen accidente de trabajo, fecha de estructuración 30-01-2019, calificado tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (PDF 22 a 23 del archivo 08ContestacionCoservicrea.pdf).

Así mismo, fue aportada una nueva evaluación de la PCL en primera oportunidad emitida por AXA COLPATRIA el 09-05-2023 (Ver PDF 24 y ss del escrito de tutela), que determinó un 26,12 % con diagnósticos de síndrome del túnel carpiano, fractura de diáfisis del cubito y radio, con su constancia de notificación del 27-05-2023 (PDF 21 a 26 del libelo de acción).

Respecto de tal dictamen, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, certificó su recepción el 08-07-2023, y adjuntó el dictamen N°02202301522 del 18-07-2023 que recalificó la PCL del actor en 30.20%, indicando que se encuentra en trámite de notificación (ver memorial del 01-08-2023), respecto del cual el accionante aportó la misiva de comunicación del 27-05-2023 (PDF 22 del escrito de tutela).

Lo anterior evidencia, que entre las partes existió una relación laboral, al parecer regida por varios contratos a término fijo, el último de los cuales, inició el 05-05-2022, con plazo de un año, hasta el 04-05-2023, fecha en la que se dio por terminado, bajo la causal de expiración del plazo, conforme el preaviso adiado 21-03-2023, con constancia de entrega al trabajador, sin indicación de la fecha de notificación; fecha de terminación para la cual el trabajador no se encontraba incapacitado, sino calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 25.30%, determinada mediante dictamen ejecutoriado del 02-01-2019, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con origen en accidente de trabajo, y afrontaba un trámite de recalificación, que generó un nuevo dictamen 4 días después de la terminación del contrato, pues la ARLS AXA COLPATRIA, emitió dictamen el 09-05-2023, donde incrementó en primera oportunidad la PC en el 26,12%, porcentaje que a su vez fue aumentado al 30.20% mediante dictamen de la Junta Regional del Atlántico proferido el 18-07-2023, que se encuentra en trámite de notificación.

Es así como la controversia gira es en torno a la garantía del mínimo vital y la protección ocupacional reforzada, toda vez que mientras la parte actora alega que su salario es su fuente de satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, y que es sujeto de especial protección constitucional en razón de su estado de salud, por lo que para la terminación de su contrato debía mediar autorización del ministerio del trabajo y protección social; para la accionada no ostentaba tal calidad, al no haber estado incapacitado por esas patologías en los últimos dos años, ni a la fecha de terminación del contrato, y haber podido ejercer sus funciones, siendo procedente la terminación por la causal objetiva, sin requerir autorización de la autoridad administrativa.

Al respecto, es pertinente traer a colación que cuando un despido, se efectúa respecto de alguna persona que padece un estado de salud adverso, adquiere relevancia constitucional, puesto que el estado de debilidad manifiesta implica el deber de protección especial, conforme los Art. 13, 25, 47, 53 y 93 de la Carta Política, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad (integrantes del bloque de constitucionalidad), con apoyo de los Arts. 1, 29, 54, 48, 94 y 95 CP., y en concordancia con la Ley 361 de 1997.

En razón de ello, y de la interpretación sistemática de dichas normas, la H. Corte Constitucional ha desarrollado una línea, en la que consolida jurisprudencialmente el derecho fundamental a la "protección ocupacional reforzada", la cual ha venido construyendo con sus pronunciamientos frente a la terminación de relaciones laborales de personas en debilidad manifiesta desde la sentencia C-531 del año 2000, que cimentó la tesis de ineficacia de la desvinculación, como protección de dichos sujetos de especial protección, pasando por la SU- 049- 2017, que unificó las reglas construidas, y amplió la cobertura y las medidas protectoras.



Dicha línea jurisprudencial, reconstruida a partir de la mencionada SU 049 de 2017, de cuyo nicho citacional, se analizaron las sentencias C-531-00, T-1040-01, T-519-03, T-198-06, T1083-07 y T-490-10, permite concluir que la Corte Constitucional, desde sus inicios consideró que la debilidad manifiesta cobija a todas las personas que padecen un estado de salud adverso, sea temporal o permanente, y que en razón de ello, resultan acreedoras de un trato diferencial, frente a las terminaciones de sus vínculos ocupacionales, a fin de garantizarles la igualdad, y protegerlos de despidos discriminatorios, entendidos como los motivados en el estado de salud.

Así, la Máxima Guardiana de la Constitución Política, desde la primera de las sentencias citadas (C-531-00), dispuso que la exigencia de autorización del Ministerio del Trabajo para la terminación de los vínculos laborales, contemplada en el Art. 26 de la ley 361 de 1996, operaba no sólo para quienes tuvieran una calificación de pérdida de capacidad laboral en el porcentaje (%) de dicha norma, sino frente a cualquier trabajador que se encontrare en debilidad manifiesta, a razón de su salud, esté o no calificado, independientemente de la permanencia o transitoriedad del padecimiento.

Cabe señalar, que en principio, dicha Corporación exigía que fuera el trabajador accionante quien acreditara en el curso de la acción de tutela el nexo causal entre la desvinculación y su estado de salud (T-519/03), pero desde las sentencias T-198/06 y CC, 1083/07, dispuso que la carencia misma de esa autorización del Ministerio previamente al Despido, hacía presumir que éste era discriminatorio, a manera de dinamización de la carga de la prueba, presunción que evolucionó, para ser aplicada no sólo a los contratos laborales de diversa naturaleza (indefinidos, fijos), sino también a todas las modalidades ocupacionales (contratos de prestación de servicios), en razón de lo cual se varió el nombre del derecho, que de llamarse "protección laboral reforzada" pasó a denominarse "protección ocupacional reforzada" (Ver T-490/10 y CC, SU 049-17), que es la tesis actual.

Posteriormente, la H. Corte Constitucional ha denotado que para la prosperidad del amparo constitucional se deben encontrar acreditados los supuestos que indique que el trabajador presenta padecimientos de salud que involucren una *afectación sustancial* en el ejercicio de su labor, debiendo el empleador haber conocido su condición previa al despido, sin que haya solicitado autorización previa al Ministerio del Trabajo y el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido injusto, correspondiéndole a éste utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción (Sent. T-041 de 2019), y que ese despido obedeció a una justa causa (Sent. T-284 de 2019, reiterado en Sent. T-620 de 2019).

En relación con las consecuencias de los despidos discriminatorios, en la sentencia C-200 de 2019, la H. Corte Constitucional, introdujo un condicionamiento a la causal del numeral 15 del literal a) del artículo 7° de Decreto 2351 de 1965 modificatorio del artículo 62 de Código Sustantivo del Trabajo, "en el entendido de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector del trabajo. Además de la ineficacia descrito previamente, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su situación de salud, sin la autorización del inspector e trabajo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con el CST y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren"

En esta última sentencia, también señaló:

«[a]lgunos criterios que pueden guiar el análisis de la situación se concentran en la determinación de si la desvinculación fue discriminatoria. Todos ellos corresponden a factores objetivamente verificables que deben ser entendidos desde la presunción según la cual todo despido de un trabajador, en las condiciones descritas por la norma acusada, se presume injusto. Con base en esos elementos, el inspector de trabajo debe analizar los siguientes criterios:

a. El despido atiende sólo a la condición de salud del trabajador y es un criterio superfluo o irrelevante para el trabajo.

b. Aunque sea un criterio relevante para la prestación de sus servicios personales, el empleador debe agotar las posibilidades de traslados o ajustes razonables al término de los 180 días.



c. El empleador debe considerar los riesgos para el trabajador u otras personas en las opciones que considere.

d. Todo nuevo cargo o modificación en las condiciones del empleo implica capacitación adecuada.

e. Si objetivamente el trabajador no puede prestar el servicio, es posible terminar el contrato». (CC. Sent. C-200 de 2019)

Así mismo, la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL6850-2016, S112998-2017, STL13024-2017, SL1360-2018, SL260-2019, SL410-2020, SL2841-2020, SL2586-2020, SL3610-2020, 3723-2020 y SL058-2021, entre otras, considera que el derecho de los trabajadores en condición de discapacidad a no ser discriminados en el empleo, conforme el Art. 13 de la Constitución Política, busca proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En términos de dicha Corporación «por no discriminación en el trabajo de las personas en estado de discapacidad relevante se ha de entender que ellos deben disfrutar de igualdad de trato y oportunidades en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales. Así se refiere también la R. 168 de la OIT que regula específicamente el tema de la igualdad de las personas con discapacidad en el campo del trabajo». (CSJ. Sent. SL2841-2020).

Así, la finalidad de la Estabilidad Ocupacional Reforzada es asegurar la no discriminación real en el empleo, y que el empleado pueda prestar sus servicios a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. (CSJ. Sent. SL12998-2017), medidas que «tienen como objetivo promover la inclusión y participación de estos, y a la postre, evitar que los ámbitos laborales sean espacios de segregación, exclusión y distinción». (CSJ. Sent. SL1360-2018).

En cuanto a cuáles formas de contratación aplica la Estabilidad Ocupacional Reforzada consideró el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria:

“se precisa que dicha estabilidad laboral se predica de todas las formas de contratación que generen una única fuente de ingresos para el sustento de quien presta sus servicios, en virtud de ello, la Constitución Política garantiza que su vínculo no sea interrumpido de forma intempestiva por el contratante, de suerte que no se genere un menoscabo en el sustento del contratista y el de su familia”. (CSJ. Sent. STL13024-2017) (Subrayas fuera del texto).

De similar manera, al precedente de la H. Corte Constitucional, se sostuvo la necesidad de contar con autorización de la autoridad administrativa laboral para la terminación de los vínculos laborales de los sujetos con protección reforzada, y que su omisión, implicaba la presunción de discriminación, que de no ser desvirtuada por el empleador, generaba la ineficacia del finiquito y el consecuente reintegro, con el pago de salarios, prestaciones sociales, e indemnización del Art. 26 de la ley 361 de 1997. Sobre el particular se expuso:

«la prohibición de despido motivada en la discapacidad sigue incólume y, en tal sentido, solo es válida la alegación de razones objetivas, bien sea soportadas en una justa causa legal o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio. Aquí vale subrayar que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro.

Segundo, la consecuencia del acto discriminatorio en la fase de la terminación del vínculo sigue siendo la misma: la recuperación de su empleo, garantizado mediante la ineficacia del despido con las consecuencias legales atrás descritas.

Tercero, el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual el empleador, en virtud de la presunción que pesa sobre él, tendrá que desvirtuar que la rescisión del contrato obedeció a un motivo protervo. Esto, de paso, frustra los intentos reprobables de fabricar ficticia o artificiosamente justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con una deficiencia física, mental o sensorial, ya que en el juicio



no bastará con alegar la existencia de una justa causa, sino que deberá probarse suficientemente.

Cuarto, la labor del inspector del trabajo se reserva a la constatación de la factibilidad de que el trabajador pueda laborar; aquí el incumplimiento de esta obligación por el empleador, al margen de que haya indemnizado al trabajador, acarrea la ineficacia del despido». (CSJ. Sent. SL1360-2018).

... «tal restricción no resulta desproporcionada para el empleador, pues si en realidad la discapacidad de un trabajador puede resultar incompatible con el ejercicio del empleo, de manera que puede afectar derechos y libertades fundamentales de la empresa, así lo podrá demostrar ante las autoridades de trabajo, con las pruebas que resulten relevantes. Por tal razón, la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 tan solo implementa un control administrativo previo a la facultad de despedir, estructurado como una especie de acción afirmativa, en pos de la promoción de la igualdad real y efectiva en el ámbito del trabajo, que para nada inutiliza o vuelve irreales las libertades patronales, sino que las limita razonable y fundadamente». (CSJ. Sent. SL1360-2018) (Subrayas fuera del texto).

En similar sentido, se planteó:

“Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997». (CSJ. Sent. SL1360-2020).

No obstante, sobre el sujeto de la estabilidad ocupacional reforzada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo una postura diferente a la de la Corte Constitucional reseñada en antecedencia, pues consideró que para ser sujeto de esa protección especial, se requería de una pérdida de capacidad calificada en un 15%. Así se expuso:

«La protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral». (CSJ. Sent. SL2841-2020) (Subrayas fuera del texto).

Tal postura fue reiterada, en términos con el siguiente:

“no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%». (CSJ. Sent. SL058-2021) (Subrayas fuera del texto).

Para la acreditación de dicha discapacidad relevante, indicó la Sala de Casación Laboral que no existe medio de prueba solemne para probar la discapacidad.

«así como el carné no es una prueba solemne de la discapacidad, tampoco lo es el dictamen de las juntas de calificación de invalidez, razón por la que en estos casos rige el principio de libertad probatoria y de formación de convencimiento». (CSJ. Sent. SL2586-2020)

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencias como la SU-380 de 2021, SU087 de 2022, entre otras, mostró su desavenencia a la interpretación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia



respecto a la exigencia de una calificación, como mínimo, en el 15% de PCL al considerar que constituye una interpretación restrictiva a la concepción amplia del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, que en materia probatoria, condujo a la búsqueda de demostrar la calificación aritmética porcentual de la discapacidad a través de un único medio de prueba para demostrar la violación de la estabilidad laboral reforzada.

Esta concepción se dio con base en el enfoque de modelos que tenían ambos cortes, puesto que mientras que la H. Corte Constitucional adoptó el enfoque del modelo social que entiende que «la discapacidad no es del sujeto, sino que surge de las barreras externas asociadas a la comunidad en general», por lo que «exige, necesariamente, analizar “la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”» (Sent. SU087 de 2022); la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia parece acoger un modelo médico-rehabilitador de la discapacidad que la define a partir de un criterio científico que fija determinado porcentaje de pérdida de capacidad. Adicional, la Corte Constitucional adoptó un listado no taxativo de algunas reglas en las que es posible identificar los elementos que el juez deberá valorar para determinar si el accionante es titular de esta garantía en cada caso en concreto (Sent. SU087 de 2022).

En consecuencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia morigeró la posición de tener como único sujeto de especial protección ocupacional a quienes cuenten con una PCL igual o superior al 15%, para pasar a considerar, que también ostentan tal calidad quienes no cuenten con dicha calificación, pero logren acreditar la condición de deficiencia o discapacidad, permanente o a mediano y largo plazo y no transitoria, siempre que constituya una barrera en su entorno laboral, y sea conocido por el empleador al momento del despido.

Esta última postura, se observa en las sentencias SL 11522-2023, SL1491-2023, SL1503-2023, SL1504-2023 y SL1508-2023, donde refiriéndose a quienes no cuentan con una PCL calificada en un 15% se expuso:

“En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;



(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.

Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

Por otra parte, la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

Traído a colación la temática jurisprudencial sobre la protección ocupacional reforzada, observa el Despacho que en el presente caso, el accionante si cuenta con una pérdida de capacidad laboral calificada por las Juntas de Calificación de Invalidez, que ha venido incrementado, pues en el año 2019 fue calificada la PCL en un 25.30 %, y reliquidada en la presente anualidad 2023 en un 30,20%, y aunque a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el empleador no conocía de la segunda calificación, puesto que fue emitida días después de ese finiquito, sí tenía conocimiento de la primera de ellas, que ya era de un porcentaje superior al 15%.

Por tanto, el accionante califica como sujeto de la protección ocupacional reforzada, incluso bajo los parámetros de la primigenia postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, es pertinente señalar que conforme al manual único de calificación de invalidez, y el dictamen 11282202528-20788 del 02-09-2019 se analiza tanto la deficiencia como el rol laboral del calificado (Ver PDF 13 de la contestación de la JNCI).

Ante ello, esto es, siendo el accionante sujeto de la protección ocupacional reforzada, debió solicitar el empleador, en los términos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y Sala de Casación



Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la autorización de la autoridad ministerial, previo a la terminación del vínculo laboral, a efectos de que se constatará que se trataba de una causal objetiva y no de un acto discriminatorio.

A ello se le suma que tal presunción no fue desvirtuada con medio de prueba alguno, pues la accionada se limitó a alegar en la contestación de esta acción y en el preaviso de terminación, la sola extinción del plazo fijo pactado, sin exposición de circunstancia fáctica, como lo sería que la decisión de no prorrogar el contrato a término fijo proviene de una decisión fundamentada en la extinción efectiva de las laborales y actividades por las que fue contratado, como se ha señalado en la sentencia CSJ. Sent. SL2586-2020.

Así las cosas, conforme a los medios de pruebas valorados en antecedencia, acorde al principio de necesidad de la prueba del Art. 164 CGP, y el precedente jurisprudencial que regula la materia, en la órbita de competencia de esta acción, se ha de colegir que medió un despido presuntamente discriminatorio, de quien además tiene su salario como su fuente de sustento personal y familiar, por lo que resultaron afectados los derechos fundamentales del accionante a la protección ocupacional reforzada, igualdad, y mínimo vital, por lo que se dispondrá su amparo.

No obstante, dicho amparo se efectuará de manera transitoria, toda vez que la orden constitucional está motivada en la necesidad de una orden apremiante, que obedece a la necesidad de garantía del mínimo vital y seguridad social, que deriva de la continuidad en el empleo, en un sujeto de especial protección constitucional con alto porcentaje de pérdida de capacidad laboral, para quien el medio ordinario de defensa resulta idóneo pero ineficaz.

Conforme a todo lo anterior, se ordenará a la accionada, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, y hasta que haya un pronunciamiento de la justicia ordinaria laboral, reintegre de manera transitoria, al accionante a un cargo igual o mejor al que se encontraba desempeñando, que sea compatible con sus actuales condiciones de salud, proporcionándole, si es necesario, la capacitación adecuada para cumplir las funciones de su nueva labor; contando el accionante con un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación del presente fallo de tutela, para acudir a la jurisdicción ordinaria laboral (art. 8 del Dcto 2591 de 1991), por ser el mecanismo ordinario de defensa, el escenario propicio para dilucidar las pretensiones de ineficacia y reintegro definitivo, así como el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, cotizaciones a la seguridad social e indemnizaciones deprecadas.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: No acceder al amparo del derecho fundamental de petición, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONCEDER al amparo de los derechos fundamentales a la Estabilidad Laboral o Protección Ocupacional Reforzada, y Mínimo Vital, dentro de la acción de tutela instaurada **JOSÉ LUIS SILVA SALAS** contra **COSERVICREA LTDA.**, conforme a las consideraciones expresadas..

TERCERO: ORDENAR a la accionada **COSERVICREA LTDA.**, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, y hasta que haya un pronunciamiento de la justicia ordinaria laboral, reintegre de manera transitoria, al accionante a un cargo igual o mejor al que se encontraba desempeñando, que sea compatible con sus actuales condiciones de salud, proporcionándole, si es necesario, la capacitación adecuada para cumplir las funciones de su nueva labor; contando el accionante con un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación del presente fallo de tutela, para acudir a la jurisdicción ordinaria laboral (art. 8 del Dcto 2591 de 1991), por ser el mecanismo ordinario de defensa, el escenario propicio para dilucidar las pretensiones de ineficacia y reintegro definitivo, así como el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, cotizaciones a la seguridad social e indemnizaciones deprecadas.

CUARTO: NOTIFICAR 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.



QUINTO: 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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIANA PATRICIA BERNAL MIRANDA
JUEZA

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

INFORME SECRETARIAL: Paso al Despacho de la señora Juez, la presente demanda, informándole que nos correspondió por reparto. Sírvese proveer. Barranquilla, agosto 15 de 2023.

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA
Secretario

JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BARRANQUILLA, AGOSTO 15 DE 2023.

RADICACIÓN. NO. 08001-41-05-005-2023-00322-00

DEMANDANTE: EDMUNDO RAFAEL MULFORD SIMONDS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES

Visto el informe secretarial que antecede, y revisada dicha demanda y sus anexos, se observa que el Juzgado Once Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante proveído del 24 de mayo de 2023 remitió el expediente de la referencia a los Juzgados del Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, dado su rechazo por falta de competencia, bajo el sustento de que en el acápite de competencia y cuantía, el apoderado de la parte demandante indicó que no supera los 20 SMLMV.

No obstante, en el acápite de cuantía, el apoderado actor no establece que ésta sea inferior a los 20 SMLMV, sino muy por el contrario, señala expresamente que aunque el retroactivo no alcanza dicho monto, debe tenerse en cuenta el carácter vitalicio de la pensión, por lo que sus efectos económicos no pueden contabilizarse únicamente con apoyo en el retroactivo, sino a futuro, conforme el precedente jurisprudencial planteado en sentencias como la STL3515-2015.



Imagen corresponde al PDF 9 de la demanda

A lo anterior se suma que la referida demanda, está dirigida a los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, al igual que el poder otorgado para el ejercicio de esa acción, y en el introito, se indicó expresamente que la acción ejercida era la ORINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla



Por tanto, el apoderado actor escogió el trámite de la acción ordinaria laboral de doble instancia, dirigió la demanda ante los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, y para el ejercicio de dicha acción fue que se le otorgó el poder, y expresamente solicitó en el acápite de cuantía tener en cuenta la incidencia futura, sin que se observe que ésta se haya analizado, en el auto que ordenó la remisión a la categoría municipal.

Pertinente es señalar, que se comparte lo indicado por el apoderado actor, ya que los Juzgados Laborales del Circuito, resultarían competentes para conocer del presente asunto, tanto de aplicarse la tesis del *factor subjetivo* conforme el Art. 11 del CPL, como de someterse al *factor cuantía*, pues no solo debe tenerse en cuenta el retroactivo que la reliquidación pensional genere a la fecha de la presentación de la demanda, sino también su incidencia futura, conforme al decantado precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Autos L542 del 10-02-2021, radicación interna 88.738, reiterada en proveído de la misma Corporación AL355-2022), por cuanto se trata de una obligación de tracto sucesivo de carácter vitalicio, en razón de lo cual la esperanza de vida de la parte demandante, multiplicada por la diferencia de la mesada pensional reclamada, supera los 20 SMLMV.

Lo anterior resulta relevante, toda vez que incide en la garantía de la doble instancia (Art. 31 CP), por lo que éste Despacho debe darle preponderancia a ese derecho sustancial sobre el formal (Art. 228 CP), y en virtud de ello, y ante las particularidades del caso, lo procedente es disponer la remisión del expediente al Superior, en salvaguarda del derecho al debido proceso (Art. 29 CP), en aras de obtener una ilustración sobre el por qué no resulta aplicable el factor subjetivo, y por qué de aplicarse el factor cuantía, debería o no tenerse en cuenta la incidencia futura de la obligación pensional de tracto sucesivo reclamada,

Tal proceder procesal de la remisión del expediente al Superior Funcional, para el análisis de las particularidades del caso, es viable, tal como lo ha avalado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en providencia del 25 de mayo de 2023, con radicación única 08001220520230013700.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

ÚNICO: Previo a obedecer y cumplir lo resuelto por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Barranquilla, remítasele el expediente, a fin de ponerle de presente, muy respetuosamente, que previo a la decisión del Superior Funcional, mediaba el auto proferido por este Juzgado el 27 de marzo de 2023, que planteó dos argumentos, los cuales no fueron dilucidados en el auto del 05 de mayo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIANA PATRICIA BERNAL MIRANDA
JUEZA



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

INFORME SECRETARIAL. Señora Juez, paso a su Despacho el proceso EJECUTIVO DE ÚNICA INSTANCIA de la referencia, informándole que no se recibió memorial de subsanación. Sírvase proveer. Barranquilla, Agosto 15 de 2023.

JHONATHAN RENE RIVERA GAMARRA
Secretario

JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BARRANQUILLA, AGOSTO 15 DE DOS MIL VEINTITRES (2023).

RAD. 08001 – 41 – 05 – 005 – 2023 – 00301– 00.
EJECUTANTE: JAVIER RAFAEL MOSQUERA PEREA
EJECUTADO: EQUIACEROS DE LA COSTA S.A.S.

Visto el informe secretarial anterior, se observa que mediante auto del 02 de Agosto de 2023, se ordenó mantener la demanda de la referencia, en secretaría por el término de cinco (5) días, a fin de que se subsanaran las falencias que adolece la misma, proveído notificado por el Estado N° 087 de agosto 03 de 2023, en el que se insertó el auto emitido, publicitado en el sistema Justicia Web siglo XXI (Tyba) y en el portal de la rama judicial en el microsítio de este Juzgado.

No obstante, no se recibió memorial alguno de subsanación, por lo que vencido el término legal, lo procesalmente procedente es disponer su rechazo (Art 90 C.G.P y 145 CPL), ordenándose la devolución de la misma, sin necesidad de desglose.

En mérito de lo expuesto el Juzgado

RESUELVE

1. Rechazar la demanda instaurada por JAVIER RAFAEL MOSQUERA PEREA contra EQUIACEROS DE LA COSTA S.A.S., conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. Devolver la presente demanda sin necesidad de desglose.
3. Dejar constancia en el libro radicador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIANA PATRICIA BERNAL MIRANDA
JUEZA



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

RADICACIÓN:	08001-41-05-005-2023-00324-00
ACCIONANTE:	JOSÉ MANUEL DE LA PEÑA NARVAEZ y AMALIA ESTHER JIMENEZ GOENAGA, en representación del niño JOSAM MANUEL DE LA PEÑA JIMENEZ
ACCIONADA:	SALUD TOTAL EPS
DERECHOS INVOCADOS:	SALUD

En Barranquilla, a los 14 días del mes de agosto del año dos mil veintitrés (2023), el **JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dentro del término legal procede a decidir la acción de tutela referenciada, conforme las siguientes,

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

La parte accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de su hijo, y que, en consecuencia, se ordene a la accionada que autorice y suministre el servicio de transporte con acompañante para la asistencia a las terapias prescritas por el médico tratante, citas médicas, y el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis, y suplementos de alimentación y que se ordene la evaluación de una nueva silla de ruedas teniendo en cuenta las medidas actuales del menor de edad en razón de su crecimiento.

Lo anterior bajo el siguiente:

SUSTENTO FÁCTICO

Afirman los representantes legales del accionante, que su hijo es afiliado a Salud Total EPS, en calidad de beneficiario, y que su señora madre, en el período de gestación, recibió todos los controles prenatales hasta el día de su nacimiento acaecido 01 de enero de 2014, en la Clínica La Merced de Barranquilla, adscrita a Salud Total EPS.

Sostienen que el menor de edad ha sido diagnosticado con: Secuela de encefalopatía hipóxica estática, retardo de Desarrollo psicomotor y del lenguaje, parálisis cerebral espástica, astigmatismo, crisis convulsiva secundaria A1 y displasia de cadera derecha.

Indican que, debido a todos dichos padecimientos, el niño debe permanecer en cama, sin poder caminar, hablar ni expresarse, y sin controlar esfínteres, por lo que requiere de múltiples tratamientos para mejorar su calidad de vida.

El padre manifiesta que es el único que labora, debido a que su hijo requiere cuidados especiales y atención permanente de la madre, por lo que es el encargado de toda la manutención, siendo su salario un poco más de un mínimo legal mensual vigente, por lo que hace dobles turnos para conseguir más ingresos, pues éstos son precarios para la satisfacción de las necesidades básicas de su hogar y su hijo.

Arguye que la médico tratante, Dra. Olga Lucía Rosales Díaz, especialista en Pediatría, ordenó continuar rehabilitación, según indicaciones del fisiatra, el cual determinó que el menor requiere *“de una intervención del programa integrado de rehabilitación a menor de alto riesgo con parálisis cerebral, debiéndose intervenir tempranamente para favorecer ganancias máximas músculo esqueléticas, neurológicas, cognitivas, comportamentales, que permitan la inclusión del paciente en un medio socio-familiar acorde a edad y roles competentes para la misma”*, por lo que ordenó la inclusión en el Programa Integral de Rehabilitación Infantil, Modalidad Neurodesarrollo, Modalidad Intensiva sin cuidador, 100 sesiones al mes, 40 terapias físicas, 40 terapias de lenguaje y 20 de salud ocupacional, por lo que el niño debe asistir a terapias de lunes a viernes.

Manifiesta que solo es posible llevarlo los días lunes, miércoles y viernes, debido a los problemas económicos y técnicos que implica el traslado desde su domicilio que está ubicado en el corregimiento de Juan Mina, puesto que el único medio accesible a sus posibilidades es el bus urbano, y se necesitan dos de ida y dos de regreso, implicando un mal manejo de las posturas, lo cual está contraindicado por la médico fisiatra.



**Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla**

Indica que además de las terapias ordenadas por el fisiatra, debe acudir a consultas con diferentes ortopedistas: neurólogo, ortopedista, nutricionista, pediatra, médico general, laboratorio, rayos x, odontólogo, terapias y juntas médicas, presentando la misma dificultad en el transporte.

Alega que conforme a los controles de la gestación, su hijo era sano, y lo que originó el actual padecimiento fue el inadecuado e inaceptable manejo del nacimiento.

Manifiesta que el menor no controla esfínteres, por lo que es necesario el uso permanente de pañales, crema antipañalitis, y pañitos húmedos, lo cual se les hace difícil costear.

Señala que aunque los pañales están autorizados por la EPS, Audifarma les indica mensualmente que están agotados, por lo que les toca comprarlos, por lo que solicita que se autoricen en la marca Winny que siempre tiene existencia en el dispensario.

Expone que la silla de ruedas del niño, ya le resulta pequeña para su tamaño, lo que le genera deslizamiento, y golpes en el cuerpo y extremidades, por lo que solicitó que se evalúe dicha situación y se disponga su reemplazo.

Solicitan que se autorice el transporte para todas las terapias que se requieran y también para asistir a consultas médicas, odontológicas y exámenes diagnósticos que el menor requiera, ya que son muchas las especialidades a las que debe asistir y se les imposibilita el gasto del transporte para cumplir con las citas médicas.

Indica que debido a las continuas trabas presentadas a lo largo del tiempo, se han visto en la necesidad de acudir a las instancias judiciales, por lo que en esta oportunidad solicitan el tratamiento integral.

TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida la referida acción de tutela (*archivo 03AutoAdmite.pdf*), se notificó dicho proveído (*archivo 04NotificaAutoAdmite.pdf*); y se recibieron las siguientes,

CONTESTACIONES

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES (ARCHIVO 05ContestacionAdres.pdf)

Expuso ampliamente la naturaleza jurídica de la entidad, las funciones de éstas, así como las de las EPS en la prestación del servicio de Salud, indicando las atribuciones conforme el UPC.

Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la EPS es la encargada de prestar el servicio de salud, y cuentan con la financiación previa de los recursos, a través de la UPC y los presupuestos máximos.

Por tanto, solicita ser desvinculado del presente trámite constitucional y en caso eventual de condena a la EPS, negar cualquier solicitud de recobro por parte de esta.

SECRETARÍA DE SALUD DE BARRANQUILLA (ARCHIVO 06ContestaciónSecretaríaSalud.pdf)

Invoca la falta de legitimación en la causa por pasiva, exponiendo que la secretaría Distrital de Salud no tiene competencia respecto de lo solicitado en la presente acción, conforme el Art. 44 de la Ley 715 de 2001, por lo que solicita su desvinculación.

IPS VIRREY SOLIS (ARCHIVO 07ContestaciónIpsVirreySolis.pdf)

Indica ser una institución prestadora de servicio, de baja complejidad para diagnósticos y tratamientos de problemas de salud de menor severidad, por tanto, los servicios deprecados por el accionante escapan de su responsabilidad, y recae sobre las EPS proceder a una autorización de ese tipo.

Por tanto, solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

SALUD TOTAL EPS (ARCHIVO 08ContestaciónSaludTotal.pdf)

La parte accionada se opone a las pretensiones de la acción de tutela, argumentando que lo solicitado por la parte actora, no hace parte del Plan de Beneficios en Salud, y en virtud del principio de solidaridad de los representantes del menor de edad, les corresponde a éstos solventarlo, máxime cuando cuentan con recursos para asumir los transportes, y no se evidencia orden médica.

Confirma que el niño se encuentra afiliado a dicha EPS, en estado activo, en calidad de beneficiario de su padre, quien es cotizante dependiente, con un IBC de \$1.257.500.

Indica que el niño tiene años de edad con antecedentes de Parálisis Cerebral Espástica, Epilepsia, Retardo del Desarrollo, en seguimiento con Pediatría, Neuropediatría, Fisiatría, cuenta con autorizaciones de servicio para el tratamiento de rehabilitación integral con IPS CISADDE, a las cuales el protegido no asiste (Subrayas del texto).

Alega que el paciente ha recibido atención adecuada, oportuna y pertinente, sin que se haya presentado barreras de acceso, ya que todas las autorizaciones se han generado sin demoras.

Arguye la temeridad, por cuanto la parte actora presentó una acción de tutela anterior por los mismos hechos, y pretensiones, decidida mediante fallo del 24-08-2016 proferido por el Juzgado 4 Civil Municipal de Barranquilla en primera instancia, el cual se ha cumplido, puesto que se ha autorizado la creme antipañalitis, pañales, pañitos húmedos, transporte terrestre de municipio aledaño, sin que desde marzo de 2022 se haya realizado trámites de programación para el uso del servicio con el prestador T.S.E., sin que desde esa fecha el protegido asista a terapias de rehabilitación en la IPS CISADDE.

Manifiesta que la última programación del protegido al área de logística y transporte fue el 30 de marzo del 2020, con su cobertura (TRANSPORTE PACIENTE Y ACOMPAÑANTE PARA TERAPIAS EN IPS DE REHABILITACIÓN INTEGRAL).

Expone que con respecto a la solicitud de silla de ruedas, el accionante cuenta con autorización de servicios de consulta de ingreso modelo integral de fisiatría y rehabilitación, con fecha 06-06-2022, sin que dicho servicio haya sido utilizado; y precisa que dicho modelo está conformado por especialistas idóneos evaluar los requerimientos de ayudas tecnológicas como la silla de ruedas,

Precisa que para la temática de los suplementos alimentarios, el paciente cuenta con orden de servicios para consulta de control o de seguimiento por nutrición y dietética con fecha 15-02-2023 sin ser utilizado.

Concluye que conforme a lo anterior, no ha existido barrera de acceso de los servicios solicitados, y es la parte accionante quien no los utiliza.

Finalmente arguye que resulta improcedente ordenar el tratamiento integral, por ser un hecho futuro e indeterminado, sin que en el caso se hay anegado servicio de salud alguno.

Por tanto, solicita denegar las pretensiones de esta acción.

AUDIFARMA (Archivo 09)

Señala que es un Gestor Farmacéutico, cuyo objeto social es la dispensación de medicamentos a las EPS, y tras, siempre que medie autorización por parte de éstas y exista disponibilidad d la molécula en los laboratorios fabricantes.

Manifiesta que en el sistema registra la entrega de los insumos OXIDO DE ZINC CREMA 10 % /110 G (2 unidades) próxima entrega a partir del 07 de agosto, TOALLITA HUMEDA+ALOE VERA UNI (200 unidades) próxima entrega a partir del 25 de agosto, consecutivo de fórmula número 54214, 54210 gestionada por el Centro de Atención Farmacéutico (CAF) ubicado en la dirección CALLE 90 # 50- 127, PRIMER PISO, LOCAL 13, BARRIO ALTAMIRA, C.C. ALKARAWI, el 06 de julio.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

Indica que en cuanto a la entrega de los insumos PAÑAL DESECHABLE ETAPA 4 TALLA XG NINO UNI (175 unidades) se evidencia entrega con consecutivo de formula número 83179 gestionada para el 22 de julio, próxima entrega a partir del 25 de agosto.

Precisa que la entrega de medicamentos se realiza cada 30 días, y que si cuenta con más de 5 días de tratamiento en su poder no es posible dispensar, en asocio con el acuerdo de servicios suscrito con la EPS, e indica que la próxima entrega puede realizarse de manera presencial con solicitud de turno virtual o a través de entrega domiciliaria mediante la APP y la página web, teniendo en cuenta la última dispensación del medicamento.

Por tanto, solicita su desvinculación de la presente acción constitucional.

Las posturas extremas de las partes, conlleva al planteamiento de los siguientes,

PROBLEMAS JURÍDICOS:

1. ¿Se configuran los requisitos de la temeridad y cosa juzgada dentro de la presente acción de tutela respecto de la decidida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Barranquilla con radicación única 08001400300420160013600?
2. ¿Procede la acción de tutela para dilucidar controversias en materia de salud de un menor de edad?
3. ¿Existe violación actual de los derechos fundamentales a la salud y vida digna por parte de la accionada, frente a la falta de suministro del servicio transporte para la asistencia a terapias integrales de rehabilitación?
4. ¿Se conculcan los derechos fundamentales a la salud y vida digna del menor de edad por la falta de suministro alegada, de un cambio de silla de ruedas, pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis, suplementos alimenticios?

Para la resolución de dicho del planteamiento jurídico este Despacho sostendrá la subsecuente:

TESIS

1. Que no resultaron acreditados los presupuestos de la temeridad, y parcialmente los de la cosa juzgada.
2. Que resulta procedente la acción de tutela, por cumplirse los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, toda vez que las controversias en materia de seguridad social integral concernientes a la salud de los accionantes, adquieren relevancia constitucional, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, con derechos prevalentes, como los niños.
3. Que se afecta el derecho al diagnóstico, del niño titular de los derechos reclamados, por no contarse con una valoración médica actual que determine si requiere o no terapias, y si debe asistir o en un transporte especial en razón de las patologías que afronta, que permita valorar si existen o no barreras de acceso.
4. Que se afecta el derecho al diagnóstico del niño, por no contarse con una valoración médica actual que determine si el menor de edad requiere cambio de silla de ruedas, y suplementos alimenticios; no así por el cambio de marca de los pañales y la falta de entrega oportuna alegada, de pañales, pañitos húmedos, y crema antipañalitis.

Tal tesis se fundamenta en las siguientes

CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS

Sabido es que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de defensa, que opera para la garantía de los derechos fundamentales, como los son los derechos a la salud y dignidad humana, los cuales encuentran soporte jurídico en los Arts. 1, 11 y 49 de la Constitución Política.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, dicha acción constitucional es residual y opera para frenar los efectos de un derecho de raigambre fundamental conculcado o amenazado, debido a lo cual la jurisprudencia nacional ha construido dos reglas de procedencia, a saber, la inmediatez y la subsidiariedad.

El incumplimiento de tales requisitos o la configuración de los presupuestos de la figura de la cosa juzgada, o de la temeridad, impiden abordar el fondo de la situación alegada como violatoria de derechos fundamentales.

Pertinente es señalar que la temeridad, se da cuando convergen los elementos del Art. 38 del Decreto Ley 2591-1991, que establece que: "Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes".

Por su parte, la cosa juzgada se encuentra instituida en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 243 de la Carta Política de 1991, y en el Art. 303 del CGP y opera cuando: "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"

Sobre la diferencia entre ambas figuras jurídicas, la H. Corte Constitucional ha señalado en la sentencia T-089 de 2019, lo siguiente:

"2.1.1. Temeridad y cosa juzgada La temeridad consiste en la interposición injustificada de tutelas idénticas respecto de las mismas (i) partes, (ii) hechos y (iii) objeto, haciendo un uso abusivo e indebido de esa herramienta constitucional. Su prohibición busca garantizar el principio constitucional de buena fe y, a su vez, la eficiencia y prontitud en el funcionamiento del Estado y de la administración de justicia. Sin embargo, "la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso"[19].

En virtud de lo anterior, esta Corte ha señalado que, el juez constitucional deberá analizar cada caso desde lo material y no solo ceñirse a lo formal, toda vez que en el detalle de las circunstancias fácticas puede estar la razón por la que el accionante se encuentre presentando una nueva acción de tutela. De manera que la autoridad judicial podrá pronunciarse nuevamente cuando se evidencie alguna de las siguientes hipótesis: "(i) la persistencia de la vulneración de derechos que se solicitan sean amparados; (ii) el asesoramiento errado de los abogados para la presentación de varias demandas; (iii) el surgimiento de nuevas circunstancias fácticas o/y jurídicas; o (iv) la inexistencia de una decisión de fondo en el proceso anterior" [20]. (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, la cosa juzgada se configura cuando existe la triple identidad mencionada, es decir, de partes, hechos y pretensiones, sin que se evidencie la configuración del elemento subjetivo que es la intención de buscar engañar a las autoridades judiciales y abusar del ejercicio de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que un fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada, en el evento en que esta Corporación se pronuncia sobre una determinada acción de tutela ya sea mediante fallo o a través del auto de selección que notifica la no selección de la misma. Lo anterior, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia[21]. La figura de cosa juzgada constitucional prohíbe "(...) que se profiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este principio de cierre del sistema jurídico"[22].

Sin embargo, aún cuando estos tres supuestos se evidencien, el juez constitucional deberá hacer un análisis material entre las acciones de tutela presentadas, con el fin de identificar si existen nuevos elementos que llevaron al actor a presentar la solicitud de amparo y que habiliten al juez para realizar un nuevo pronunciamiento.

Por lo que, la cosa juzgada no es otra cosa que "los efectos jurídicos de las sentencias, en virtud de los cuales éstas adquieren carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento"[23]." (Subrayas y negrillas del original)

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

De lo anterior se colige que las figuras antes mencionadas comparten los elementos de existencia de un pronunciamiento judicial anterior con identidad de partes, hechos y objeto, pero se diferencia en el elemento subjetivo que solo está presente en la temeridad.

Teniendo en claro lo anterior, y revisadas las conductas procesales de las partes y los medios de pruebas obrantes en plenario recaudados de forma oportuna y regular (Art. 164 CGP), observa el Despacho que en el presente caso, la parte activa manifestó que a lo largo del tiempo, se han visto en la necesidad de acudir a instancias judiciales (Ver hecho 14), mientras la EPS accionada alegó la temeridad dado el ejercicio de una acción constitucional anterior, que le correspondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal Oral del Barranquilla con radicación 2016-00136, entre las partes, respecto de la cual alega que obedeció a los mismos hechos y pretensiones.

Para la acreditación de lo anterior, se aportó el oficio N°1437 emanado de la Secretaría de dicho Despacho Judicial, con sello de recibido en la EPS el 09-01-2016 en cuya referencia se indica: acción de tutela, promovida por JESÉ MANUEL DE LA PEÑA NARVAEZ y AMALIA ESTHER JIMÉNEZ GOENAGA, en representación del menor de edad JOSAM DMANUEL DE LA PEÑA, y se comunica la parte resolutive del fallo proferido el 24-08-2016, que dispuso la tutela de los derechos del menor de edad, y ordenar a SALUD TOTAL EPS, que "costee los gastos de transporte que requiera para desplazarse el menor JOSAM MANUEL DE LA PELA JIMÉNEZ y su acompañante, desde su residencia hasta las instalaciones de IPS CISADDE y...a su residencia, por el término que se encuentre en tratamiento médico en las instalaciones de la IPS CISADDE " y que "suministre...los pañales desechables, crema antipañalitis y pañitos húmedos, en la cantidad adecuada para llevar su vida diaria con dignidad" (Ver PDF 35 de la contestación de la EPS).

El anterior acto judicial, permite colegir que en efecto, existió un pronunciamiento judicial anterior, entre las mismas partes, con algunas de las pretensiones actualmente deprecadas (suministro de transporte para terapias en CISSADE, pañitos húmedos y crema antipañalitis, suministro de pañales), sin que observe el Despacho la acreditación del elemento subjetivo para entender configurada la temeridad, puesto que la misma accionante dio cuenta de haber acudido con anterioridad a la vía judicial, y narró circunstancias que en su criterio, requerían de una nueva acción constitucional.

No obstante, el Despacho sí debe tener en cuenta la literalidad de la orden judicial, por ser de obligatorio respeto, y hacer tránsito a cosa juzgada, conforme el Art. 303 CGP, en virtud del principio de seguridad jurídica; sentido en el que se resuelve la primera pregunta problema.

En claro lo anterior, se tiene que la *subsidiariedad* implica que la acción de tutela, sólo procede cuando NO existan otros medios de defensa, o éstos no son idóneos (capaz de dar respuesta a la pregunta constitucional), o no son eficaces (la respuesta que brindan no resulta oportuna ni integral), o cuando existiendo ese medio de defensa, idóneo y eficaz, se está en presencia de un perjuicio irremediable, entendido como el actual, grave e irreversible (Ver sentencia T-085 de 2020 de la H. Corte Const).

Por su parte, la *inmediatez* conlleva que se esté frente a una conculcación o amenaza actual, y no remota en el tiempo, que amerite una orden pronta como la que se profiere en uso de este mecanismo de defensa constitucional (T-085 de 2020 de la H. Corte Const).

En el caso concreto, se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que los hechos que motivan esta acción, son actuales, ya que a la fecha de su interposición, es que se alega la necesidad de suministro de transporte, suplementos alimenticios y silla de ruedas, y la falta de oportunidad en la entrega de los insumos, de un menor de edad que a la fecha, afronta una condición médica adversa.

De igual manera se cumple con el presupuesto de subsidiariedad, toda vez que aún cuando las controversias en materia de seguridad social tienen un procedimiento ordinario y un juez competente, de conformidad con el Art. 2 del CPL, dicho medio judicial de defensa no resulta eficaz para brindar una respuesta rápida u oportuna frente a temas de derecho a la salud, donde se persiguen prestaciones asistenciales, máxime cuando se está frente a la niñez, que es una población con derechos prevalentes.

Así mismo, la jurisprudencia nacional ha considerado que el trámite creado por la ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud, no ha resultado expedito ni eficaz (C. Const. T322-2018).



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

Igualmente, se observa que media *legitimación en la causa*, tanto por activa como por pasiva, por cuanto las partes no discuten que el titular de los derechos reclamados, se encuentra afiliada a la EPS accionada, y en consecuencia de ello, ésta asume la responsabilidad de la cobertura de los riesgos en materia de salud, al tiempo que los derechos de los niños pueden ser reclamados en sede de tutela por cualquier persona (T-714 de 2016), por lo que los señores JOSÉ MANUEL DE LA PEÑA NARVAEZ y AMALIA ESTHER JIMENEZ GOENAGA, estarían legitimados en la causa, máxime cuando alegaron y acreditaron con el registro civil N°52702607 ser los padres, y en consecuencia, sus representantes legales.

En consecuencia, la presente acción de tutela resulta procedente, por lo que la respuesta al segundo problema jurídico planteado es positiva.

Analizada dicha procedibilidad, y en aras de resolver el segundo planteamiento jurídico, es pertinente traer a colación que el Art. 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la salud y en la Ley 1751 de 2015, que lo consagra como autónomo e irrenunciable, en lo individual y colectivo, y comprende el acceso a los servicios de manera oportuna eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

Tal derecho, se rige por unos principios fundamentales, como el de oportunidad, sobre los cuales en reciente pronunciamiento T-017-2021, se indicó:

«Con todo, el derecho a la salud adquiere una doble connotación¹, como garantía fundamental y como servicio público a cargo del Estado. Esto conlleva la observancia de determinados principios consagrados en la Ley 1751 de 2015² que orientan la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y de calidad³ y que se materializan a través del establecimiento del denominado Sistema de Salud.

[...]

Atendiendo al principio de continuidad, ya estudiado en esta providencia, es preciso señalar que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y que los servicios de que gozan no deben ser suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud⁴.

[...]

En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes⁵».

En el caso concreto, la accionante no expone la negación del servicio médico asistencial, sino que requiere del suministro de transportes para el desplazamiento de su hijo y un acompañante desde su residencia a la IPS donde recibe las terapias, y viceversa, el cual se encuentra en un municipio diferente del domicilio del titular de los derechos reclamados.

Frente al servicio de transporte en un medio diferente a ambulancia, el Ministerio de Salud y Protección social, a través de la Resolución 2808 de 2022 actualizó integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) de la siguiente manera:

¹ Ver, entre otras, las sentencias T-117 de 2020 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-402 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera, T-036 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Ver artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, Ley estatutaria de salud.

³ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-423 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-310 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-289 de 2013 y T-388 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-970 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ Sentencias T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU124 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

«ARTÍCULO 107. TRASLADO DE PACIENTES. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada), en los siguientes casos:

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias, desde el sitio de ocurrencia de la misma, hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancia.

2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, cuando requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora, incluyendo, para estos casos, el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria, si el médico así lo prescribe».

«ARTÍCULO 108. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

PARÁGRAFO. Las EPS o las entidades que hagan sus veces, igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia, para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, o cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces, no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces, recibe o no una UPC diferencial».

Respecto al suministro de transporte intermunicipal, ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencia T-122-2021 que:

«99. De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso.

100. La Sala Plena enfatizó que, en el plan de beneficios vigente actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de Salud–, la reglamentación regula su provisión. La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

-



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

101. De esta forma, la Sala Plena unificó su criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma Sentencia SU-508 de 2020, que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere.

102. Este Tribunal precisa que las consideraciones mencionadas resultan aplicables a los casos que se estudian, en la medida que se derivan directamente del régimen constitucional, legal y reglamentario que establece las obligaciones a cargo de las entidades que hacen parte del Sistema de Salud, vigente, sin duda, en el momento en que se presentaron las acciones de tutela. La Ley Estatutaria de Salud fue promulgada en 2015 y rige a partir de su publicación. Dichas consideraciones no constituyen subreglas introducidas por la Corte en la Sentencia SU-508 de 2020.

103. Ahora bien, adicionalmente a las reglas ya resumidas, con respecto a los usuarios que requieren de un acompañante, en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía de su acompañante, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones: (i) que el usuario dependa de un tercero para desplazarse; (ii) que "requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas"; y (iii) que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados». (Subrayas fuera del texto).

En aplicación del tratamiento normativo y jurisprudencial citada en precedencia, procede el Despacho a valorar las conductas procesales de las partes y los medios de prueba regular y oportunamente allegados (Arts. 164 CGP), y se observa que los sujetos procesales no discuten que el menor de edad se encuentra residenciado en un municipio diferente, al lugar donde estaría llamado a recibir la atención médica, pues aquel según lo indicado en el libelo de tutela y su contestación, y en la historia clínica, reside en Juan Mina, y los servicios asistenciales, se prestarían en una IPS de Barranquilla.

No obstante, no observa el Despacho que medie una prescripción de terapias en esta anualidad 2023, esto es, actualizada y vigente, puesto que si bien es cierto se adjuntó una historia clínica donde son ordenadas, la misma, data del 16-03-2022, y tenía una duración de 6 meses (PDF 33 y 34 del escrito de tutela), y la historia clínica del 15-02-2023 no contiene dicha prescripción de terapias (Ver PDF 36 del escrito de tutela), por lo que al no cumplirse dicho presupuesto, mal podría predicarse una barrera de acceso en el suministro de transportes.

No obstante, no puede desconocer el Despacho que se está frente a un menor de edad con derechos prevalentes, quien además es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su estado de salud adverso, documentado en la historia clínica aportada, respecto de quien la EPS ha indicado que no asiste a terapias desde el año 2020, observándose que si bien los padres alegan que asiste 3 veces por semana, no aportaron ningún medio de prueba que lo respalde (Art. 164 CGP).

Por tanto, este Despacho debe adoptar una medida garantista de los derechos a la salud y diagnóstico del niño, y en virtud de ello, ordenar a la EPS para que valore su estado de salud actual, y determine si requiere o no, terapias de rehabilitación, y en caso afirmativo, las direccionen en una IPS cercana al domicilio del titular de los derechos reclamados, y de no ser



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

posible, a CISSADE IPS, siempre y cuando exista convenio con dicha entidad, por ser el lugar donde fue tratado en oportunidad anterior, y respecto del cual obra orden judicial de suministro de transportes, y en caso de no tener convenio, y dichas terapias sean autorizadas en un lugar diferente al municipio de residencia del niño, suministre dichos transportes, acorde a la normatividad y jurisprudencia citada en antecedencia; sin cobro de cuota moderadora y/o copago por configurarse los presupuestos de la sentencia T-513 de 2020, donde se cita dicho Acuerdo 260 de 2004, la Circular 016 de 2014, y la Ley 1306 de 2009, artículo 12, por tratarse de personas en situación de discapacidad; máxime cuando precisamente la solicitud de suministro de transportes, deprecada en esta acción, obedece a la falta de capacidad económica alegada por la parte actora, y si bien ésta se encuentra en el régimen contributivo, tiene un bajo IBC, certificado por la misma EPS en \$1.257.500. En tal sentido, se resuelve el tercer interrogante jurídico planteado.

En lo referente a la silla de ruedas solicitada por los accionantes, ha señalado la Corte Constitucional los siguientes parámetros en sentencia SU-508 de 2020:

“i. No están expresamente excluidas del PBS. Están incluidas en el PBS. ii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iii. Si no existe orden médica: a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las sillas de ruedas condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. iv. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela”.

Al respecto, observa esta Agencia Judicial, que no media orden médica para la renovación de la silla de ruedas, ni la documentación que de cuenta de la necesidad de una nueva, pues la parte accionante se limitó a indicar que la silla con la que cuenta, no es del tamaño que requiere actualmente con ocasión de su estatura, pero no aportó medio de prueba alguno para acreditar ese dicho, aunado a que tal situación, requiere de un análisis que no puede realizar el operador judicial, por obedecer a una temática médica y técnica, por lo que se incumplen los presupuestos jurisprudenciales para disponer su suministro en sede de tutela.

Sin embargo, al estarse frente a un sujeto de especial protección constitucional con derechos prevalentes en razón de su edad y de su considerable condición médica, documentada en la historia clínica donde se narra que padece de Parálisis cerebral infantil, retardo del desarrollo, y epilepsias (Ver PDF 34), se deberá amparar su derecho al diagnóstico.

Respecto del núcleo del derecho al diagnóstico, la Máxima Guardiana de la Constitución Política ha establecido en sentencias como la SU508 de 2020 lo siguiente:

«164. El derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente.

165. El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

166. En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de fórmula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad



**Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla**

del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto».

Conforme a lo anterior, el derecho al diagnóstico, permite la valoración del paciente, para determinar conforme a la patología que afronta, los requerimientos y ayudas técnicas que necesite para sobrellevar su estado de salud adverso en condiciones de dignidad, tal como se extrae de la sentencia mencionada en precedencia.

En consecuencia, se dispondrá el amparo del derecho al diagnóstico del titular de los derechos reclamados, y en consecuencia, se ordenará su valoración por el médico especialista tratante, para que determine si acorde a sus condiciones actuales de salud y las patologías que afronta, amerita una nueva silla de ruedas, y en caso positivo, indiquen sus características, y las suministre, en atención al precedente jurisprudencial expuesto en antecedencia.

Respecto del suplemento alimenticio, la Corte Suprema de Justicia en sentencia T-287 de 2022, expuso:

Subreglas sobre suplementos alimenticios

88. *La Resolución 2273 del 22 de diciembre de 2021 excluye expresamente del PBS los "suplementos dietarios para personas sanas". Pero no excluye los suplementos alimenticios, prescritos por un profesional de la salud, con el objeto de tratar alguna de las patologías del paciente. En consecuencia, ha de entenderse que estos últimos están incluidos en el PBS, atendiendo al hecho de que las exclusiones deben ser expresa"*

En el caso concreto, observa el Despacho que tampoco existe orden médica, pues en la historia clínica del 15-02-2023 no se constata prescripción, sino por el contrario, se indica que no recibe suplemento nutricional.

Sin embargo, no puede desconocerse que en dicha historia clínica, se indica que el paciente tiene episodios de inapetencia, y no ha sido valorado por nutrición, por lo que se ha de disponer el amparo del derecho al diagnóstico, a efecto de que dicho especialista lo valore, y determine, si requiere o no dicho suplemento alimenticio.

En torno a la temática de los pañales, pañitos húmedos, y crema antipañalitis, se constata que las partes no discuten que existe prescripción médica, y un fallo de tutela que lo ordenó, siendo el punto de controversia la oportunidad en el suministro, puesto que la parte accionante indica que la farmacia no le efectúa las entregas por falta de disponibilidad, por lo que solicita que se autoricen en otra marca, respecto de la cual hay existencias.

Al respecto, se considera que no es posible acceder a la solicitud de autorización de dichos insumos en una marca específica, máxime cuando no resultó acreditado que la falta de oportunidad en la entrega, en efecto obedezca a la marca.

No obstante, se observa que fue en el curso de esta acción, donde se surtió la entrega de dichos insumos, así: el 06-07-2023 las toallitas húmedas, y la crema (PDF 6 y 7 de la contestación de AUDIFARMA), y el 22-07-2023 los pañales desechables (PDF 8 de la contestación de AUDIFARMA), por lo que se exhortará a la EPS SALUD TOTAL y a la IPS AUDIFARMA para que garantice la entrega oportuna de dichas insumos acorde a la prescripción médica y la orden judicial proferida en acción constitucional anterior.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BARRANQUILLA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar el Derecho Fundamental a la Salud y Diagnóstico de **JOSAM MANUEL DE LA PEÑA JIMÉNEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado 5° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla

SEGUNDO: Ordenar a la accionada **SALUD TOTAL EPS**, que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, efectúe una valoración del paciente, que determine si acorde a su diagnóstico, actualmente requiere o no:

2.1 Terapias de rehabilitación, y en caso afirmativo, a efectos de evitar las barreras de acceso, las direccionen en una IPS cercana al domicilio del titular de los derechos reclamados, y de no ser posible, a CISSADE IPS, siempre y cuando exista convenio con dicha entidad, y en caso de no tener convenio, y dichas terapias sean autorizadas en un lugar diferente al municipio de residencia del niño, se suministren los transportes, sin cobro de cuota moderadora y/o copago, conforme a las consideraciones expuestas.

2.2 El cambio de la silla de ruedas, y en caso positivo, indiquen sus características, y las suministre, en atención al precedente jurisprudencial expuesto en antecedencia.

2.3 Ser valorado por nutrición, y dicha especialidad determine, si requiere o no dicho suplemento alimenticio, y en caso afirmativo, lo suministren acorde al precedente jurisprudencial que regula la materia.

TERCERO: Exhortar a la EPS SALUD TOTAL y a la IPS AUDIFRMA para que garantice la entrega oportuna de dichas insumos, acorde a la prescripción médica y la orden judicial existente.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIANA PATRICIA BERNAL MIRANDA
JUEZA