

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, Tres (3) de Noviembre de Dos Mil Veinte (2020).

Rad. T. 47.001.4189.002.2020.00274.01

Procede esta instancia judicial a emitir pronunciamiento frente a la IMPUGNACIÓN planteada contra el fallo proferido por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE de esta ciudad dentro de la Acción de Tutela presentada por **OLAF SEGUNDO URIELES LARA** contra **MUTUAL SER A.F.P** y **AFP PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

El accionante, interpone acción de tutela por violación a los derechos de petición, debido proceso, vida digna, seguridad social, que presuntamente resultaran vulnerados por la accionada, dentro del siguiente marco de circunstancias fácticas:

Indica el actor que se encuentra incapacitado en virtud de una serie de patologías que viene padeciendo desde hace 2 años, asegurando que tales enfermedades están relacionadas con la función que desempeña.

Agrega que en atención a sus patologías, su E.P.S. MUTUAL SER E.P.S. emitió una serie de recomendaciones entre las que se

indicaban: no levantar objetos pesados, permanecer demasiado tiempo de pie y el empleo de ayudas mecánicas.

Sin embargo, considera que la misma, omitió establecer restricciones frente al trabajo nocturno, por lo que le presentó una petición solicitando un estudio de puesto de trabajo, así como una actualización de las recomendaciones previamente señaladas indicando limitaciones para trabajar por las noches. Así mismo, la primera petición, fue igualmente presentada ante PORVENIR A.F.P. y adicionalmente a esta le reclamó la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, afirma que tales solicitudes no fueron respondidas.

Por tales razones solicita se amparen sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a las accionadas dar respuesta a las peticiones incoadas, así mismo, que se efectúe un estudio de su puesto de trabajo, que se actualicen las recomendaciones laborales indicando que no puede realizar trabajo nocturno y que se lleve a cabo una calificación de pérdida de capacidad laboral.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y SU IMPUGNACIÓN

El despacho al que le correspondió el conocimiento en primera instancia lo admitió, y ordenó notificar al accionado, así mismo, se vinculó al trámite al MINISTERIO DEL TRABAJO, TALENT GROUP S.A.S., SURAMERICANA ARP, CAJAMAG, PROTECCIÓN S.A. y el JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL.

Con la notificación del auto que admitió a trámite la acción, la accionada y vinculadas, respondieron de la siguiente manera:

Dentro de la oportunidad concedida, TALENT GROUP S.A.S. dio respuesta a la presente acción, indicando que los quebrantos de salud del actor han sido atendidos por su médico tratante vinculado a la EPS donde se encuentra afiliado el peticionario, y las incapacidades que le han generado han sido de manera intermitente o sea han sido

interrumpidas, con relación a los otros diagnósticos manifestados. Advierte que las presuntas patologías a las que se refiere el tutelante y que fueron dadas a conocer por parte de éste desde el periodo de 2018, no provienen ni tienen nexos con su actividad laboral, tan es así que esta siempre ha sido atendida por su EPS, como una enfermedad de carácter general. Explica que de acuerdo a las recomendaciones a las que hace alusión el tutelante provinieron de su EPS, y como tal se entienden como reintegro a sus labores, pero tales recomendaciones nunca se llevaron a cabo debido a que el accionante nunca se reintegró a desarrollar su trabajo en el cargo asignado el cual era de operador forestal tal como reza en su contrato de trabajo, razón por la cual no se le practicó el examen de pos - incapacidad, a través del médico ocupacional para poder determinar el grado de discapacidad y así de esta manera poder identificar las recomendaciones y/o restricciones laborales.

Por su parte, el JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE SANTA MARTA contestó indicando que dicha dependencia judicial conoció y tramitó solicitud de tutela incoada por ANDRÉS FRANCISCO DE LA HOZ RACINES, actuando como apoderado judicial de OLAF SEGUNDO URIELES LARA, contra TALENT GROUP CENTRO DE EMPLEO S.A.S. y MUTUAL SER E.P.S.-S., por la presunta violación a los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y mínimo vital, radicada bajo el número 47 - 001 - 40 - 88 - 008 - 2019 - 00226. Señala que de acuerdo con los hechos planteados el actor solicitó que se le ordene a TALENT GROUP CENTRO DE EMPLEO S.A.S. que le respondan la petición presentada el 22 de mayo de 2019, que lo reintegren al cargo que venía ocupando, que lo reubicaran a un cargo que se adecúe a sus prescripciones médicas, que le paguen los salarios, aportes a la seguridad social, las incapacidades médicas y la sanción de 180 días. Adicionalmente le solicita a MUTUAL SER E.P.S.-S., responder la petición presentada el 30 de agosto de 2019, dejar sin efecto el concepto de rehabilitación del 04 de julio de 2019, practicar un estudio de puesto de trabajo, luego de ello proferir un nuevo dictamen, califiquen su pérdida de capacidad laboral, pagar las incapacidades medias adeudadas, suministrar los gastos de transporte al acudir a sus citas, organizar un comité de salud que evalúe el caso de su apoderado y elabore un nuevo modelo de recomendaciones. Señala que en aquella oportunidad se concedió el

amparo reclamado, siendo impugnada por el peticionario y confirmado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito.

De igual modo, PROTECCIÓN S.A. indicó que el actor no se encuentra en su base de datos de afiliados y que tampoco ha presentado solicitud de reconocimiento de prestación económica por lo que solicita su desvinculación.

El trámite finalmente culminó al proferirse el respectivo fallo, donde se resolvió conceder el amparo invocado, tras considerar que el actor cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que, para determinar si es o no merecedor de una pensión de invalidez deberá calificarse su pérdida de capacidad laboral, situación que en el presente aún no se ha realizado.

Inconforme con la decisión, MUTUAL SER E.P.S. procedió a impugnarla, argumentando que es a PORVENIR S.A. a quien le corresponde realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo establecido en el art. 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o al menos amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Para su efectividad, consagró una informalidad y reducción al mínimo de requisitos, pero sea que a quien se le vulnere los derechos sea ciudadano o persona jurídica, el primer llamado a protegerlos no es

el juez de tutela, sino el ordinario, estando este mecanismo constitucional reservado para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos procedimientos [administrativos o judiciales] dispuestos para la protección de los mismos, no para suplirlos; pues de otra manera, la acción de tutela perdería completamente su eficacia.

Así mismo, el constituyente la condicionó a unos requisitos de procedibilidad a efecto de evitar darle a la acción de tutela un enfoque y alcance equivocados. Estos están contemplados en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial.

Por ello, aunque en últimas los jueces de tutela debemos establecer si hay vulneración a un derecho de rango constitucional, considerado por la Carta como fundamental, debe estar precedido por un estudio de procedibilidad de la acción, relacionada esta con la legitimación tanto activa como pasiva, la inexistencia de otro medio judicial eficaz de protección, y por último que el derecho por cuya vulneración o amenaza se demande protección tenga el carácter de fundamental (siguiendo los criterios establecidos por el máximo tribunal constitucional), y por último si existe la vulneración o la amenaza.

En el artículo 48 de la Constitución Nacional se establece que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social, destinada a proteger "...a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral...." Dentro de él está comprendido el Subsistema de Pensiones, el que tiene por objeto la cobertura de las contingencias de invalidez, vejez, muerte, asistencia funeraria, nupcialidad y sobrevivencia.

Si bien en principio la acción de tutela propiamente dicha está dirigida contra autoridades públicas, el inciso final del artículo 86 de la C.N., amplía la posibilidad de ser utilizado contra particulares quienes quizás de manera más reiterada y grave atentan contra los derechos

fundamentales, dejando a consideración del legislador los eventos en que se haría procedente (por tanto es por mandato del mismo constituyente y no del simple arbitrio, del legislador que éste asume el deber de regulación del presente punto). En desarrollo de lo cual el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 señala tres situaciones:

- Que el particular esté encargado de un servicio público.
- Que la conducta del mismo afecte gravemente el interés colectivo.
- Que respecto de ellos, el solicitante se encuentre en estado de indefensión o subordinación.

La tutela contra particulares está sustentada en el hecho que los derechos fundamentales de las personas vinculan a los particulares al igual que al Estado, aunque no sea del mismo grado, por ello el legislador delimita los eventos en que esta procede; por ser un caso de tutela contra particulares a los que se refiere el inciso último del artículo 86 de la C.N., que a su vez remite a los eventos que señale el legislador y que éste lo hizo a través del Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42; tendríamos que examinar si encuadra en alguno de los supuestos fácticos que marca dicho artículo.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa OLAF SEGUNDO URIELES LARA acciona contra MUTUAL SER A.F.P y AFP PORVENIR S.A., entre otras, quienes son personas jurídicas de derecho privado, que es su empleador, lo que establece una relación de subordinación que viabiliza la acción de tutela frente a personas de derecho privado, pues el actor dice encontrarse imposibilitado para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia porque no está vinculado laboralmente.

Pero además debe tenerse en cuenta, que se persigue con la acción obtener en sede de tutela la respuesta a unas peticiones y que las accionadas cumplan con una serie de cargas encaminadas a hacer efectivos los derechos del actor por su condición de incapacidad.

La jurisprudencia constitucional, acorde con los compromisos de protección frente a los sujetos de especial protección, que ha asumido a nivel internacional y la propia legislación interna, estableció una regla a la que se le denominó la "*estabilidad laboral reforzada*", para quienes se encuentran en una situación particular de *incapacidad, discapacidad, indefensión, vulnerabilidad o debilidad*, cuya desvinculación no queda al arbitrio del patrono, sino que requiere de autorización de las oficinas del trabajo, e incluso para que soliciten y se les conceda la reubicación en razón de esa misma situación; como se expone en su sentencia T-123 de fecha 8 de marzo de 2016 teniendo como Magistrado ponente al Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, explica lo siguiente:

11.8.5. Por último, cabe agregar que, en cualquier caso, el Decreto 204 de 1957 en su artículo 6º modificó el 118 del CPT, y dispuso que la demanda del trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido sin permiso del Juez del Trabajo "[...] se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 114 y siguientes de este Código", sin excluir expresa o tácitamente su remisión al artículo 116 CPT. La norma encargada de devolver la competencia de los procesos especiales de fuero sindical a las autoridades judiciales, estableció expresamente que los trámites se seguirían por las reglas contenidas en el Código Procesal del Trabajo, integrando en ese grupo al artículo 116. Allí bien podría haberse dicho que se excluía de su aplicación el supuestamente derogado artículo 116, pero no ocurrió así[93]".

De esta manera, el artículo 116 del CPT se encuentra vigente y procede su aplicación en los procesos especiales de fuero sindical, y sobre todo a los casos en que la sentencia SU-377 de 2014, le imprimió efectividad.

Procedencia de la tutela para solicitar la protección del fuero sindical

26. Ahora bien, aunque el escenario en el que deben discutirse estos asuntos relativos al fuero sindical y ordenarse el pago de ese tipo de indemnizaciones es el de la jurisdicción laboral, la sentencia de unificación reitera y precisa las reglas sobre la procedencia formal de la acción de tutela para amparar los derechos de los trabajadores que consideran que sus garantías sindicales han sido conculcadas, bien sea frente a sus empleadores o frente a sentencias judiciales relacionadas con el despido.

26.1. Frente a las posibles vulneraciones originadas en la decisión de despido sin autorización judicial de un trabajador que se considere amparado por el fuero sindical[94], la Corte recuerda que la regla general es que, en principio, la acción de tutela es improcedente, ya que lo que procede es la acción de reintegro prevista

en el artículo 118 CPT. Sin embargo, existen tres eventos en los que esta regla admite excepciones^[95]:

26.1.1. "Cuando se plantea la vulneración del derecho de asociación sindical por la irregular terminación del contrato de trabajo de un cierto número de trabajadores sindicalizados, y además se prueba una conducta antisindical por parte del empleador"^[96].

26.1.2. "Cuando media la vulneración grave de otros derechos fundamentales que no pueden ser protegidos a través de la acción de reintegro, situación que supone la existencia de un perjuicio irremediable concreto y plenamente probado"^[97].

26.1.3. Cuando la vulneración del derecho sindical se alega frente a un patrimonio autónomo de remanentes o una entidad que está próxima a extinguirse. En este evento la eficacia de las acciones judiciales ordinarias se ve disminuida por el hecho de que no podrán ser resueltas antes de la extinción de las entidades demandadas.

Del anterior aparte queda claro que la protección constitucional no se destina exclusivamente para quienes están en situación de invalidez o discapacidad, sino para quien se encuentre en estado de indefensión, pero si se requiere:

- Que esa circunstancia les "impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares"
- En esas condiciones particulares, *pueden ser discriminados por ese solo hecho.*

Ahora bien, del análisis del plenario puede concluir que a pesar de contar con una condición médica que le aqueja, esta no supone un impedimento para desempeñarse en el mundo laboral. En efecto, a folio 11 del paginario obra una serie de recomendaciones emitidas por la EPS que determinó que el actor es apto para seguir laborando, pero con una serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta por su empleador.

De tal manera que sí bien es cierto, el actor no se halla en condiciones de incapacidad, así mismo se tiene certeza que se encuentra disminuido en su capacidad laboral, y ello a juicio de esta funcionaria lo hace acreedor a la protección reforzada, pues de conformidad con

la doctrina constitucional, no es exclusiva de quien padezca minusvalía.

A pesar de ello, resulta evidente que el actor impetró una serie de peticiones encaminadas a dar claridad a su situación en la medida en que solicita estudio de su puesto de trabajo y calificación de pérdida de capacidad laboral, tanto a la EPS, como a la entidad aseguradora en pensión; esta última le responde en cuanto a este punto, que no es de su competencia, pero la entidad de salud, del cual se queja el actor de su falta de respuesta, tampoco se hizo presente en este trámite previo a la emisión del fallo.

De tal manera que la accionada MUTUAL SER EPS, está llamada a dar respuesta a lo demandado por el extremo activo en cuanto al estudio de su puesto de trabajo, las demás pretensiones enervadas, como también en cuanto a la ampliación de las restricciones. En cambio, PROTECCIÓN respondió frente a la petición común relacionada con el estudio del puesto de trabajo, pero guardó silencio en cuanto a la pérdida de la capacidad laboral. Deberán responderle porque la falta de respuesta constituye una vulneración al derecho de petición.

Pero más que esa vulneración, lo que está de fondo, es la indefinición de la situación laboral, teniendo en cuenta su situación de salud, por falta de una calificación de su capacidad para trabajar. Ese debate corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, pero no es menos cierto que con ellas se afectan los derechos fundamentales a la salud y a su seguridad social.

Así las cosas, conviene traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional frente a las reglas que deben seguirse en casos como el que hoy nos ocupa:

La sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto VargasSilva), recoge las principales modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012. En aquella ocasión, la Corte advirtió que el régimen para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales sigue siendo el mismo, salvo que las EPS asumirán por su cuenta el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días cuando sea por su negligencia

o culpa, que se retrase la emisión del concepto médico de rehabilitación. A continuación se sintetizan las pautas vigentes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1º).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).
- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad^[1].

Ahora bien, la entidad aseguradora a la que está afiliado el actor, expone en su respuesta, que el mismo cuenta con una valoración **favorable** de rehabilitación, sin embargo, ello contradice el material probatorio aportado en el trámite, pues a folios 18 y 19 del archivo donde está el texto de la acción de tutela, está un documento suscrito por la EPS, donde se señala que el concepto es **desfavorable**, y ello es ratificado con el escrito de impugnación. Y de conformidad con la normatividad, es la AFP, en este caso PORVENIR, la llamada a gestionar lo pertinente a la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, como quiera que la situación que aquí se resuelve se encuadra en el último de los escenarios planteados por el precedente previamente citado, de tal suerte, que se encuentra fundada la objeción de la EPS accionada y en consecuencia se ordenará a PORVENIR AFP que adelante las gestiones encaminadas a calificar la pérdida de capacidad laboral del actor.

Por ello en mérito de lo que ha sido considerado, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la protección otorgada mediante fallo del 27 de abril de 2020 por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, dentro la acción de tutela impetrada por **OLAF SEGUNDO URIELES LARA** contra **MUTUAL SER A.F.P** y **AFP PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: No obstante se MODIFICA el numeral 2 del fallo de primera instancia, y en su lugar se ordenará a PORVENIR AFP para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia adelante las gestiones necesarias para efectuar la

calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante.

TERCERO: Se **ADICIONA** la decisión objeto de revisión, en cuanto a que tanto **MUTUAL SER A.F.P** y **AFP PORVENIR S.A.**, deberán responderle al actor en la forma que corresponda, las peticiones que éste le formulara tal como se menciona en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

QUINTO: Envíese el presente fallo junto con el expediente del que hace parte a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mónica Gracias Coronado', written in a cursive style.

MÓNICA GRACIAS CORONADO

Jueza

^[1] Puntos de texto extraído de la Sentencia T-333 de 2013.