



**JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE ZIPAQUIRA
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
102pmpalzip@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Zipaquirá, veintitrés (23) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

Ref: Sentencia de 1ª Instancia Tutela No. 258994009002202400147-00.

Accionante: Mario Alberto Olarte Méndez

Accionado: Recuperar SAS

Vinculados: EPS Sura, Hospital Universitario Clínica San Rafael, Clínica de Marly Jorge Cavelier Gaviria SAS, A Y G Servicios de Salud, Clínica de Ortopedia Función y Educación S.A.S. -Ortofed SAS, Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Cundinamarca & Superintendencia Nacional de Salud.

I. ASUNTO

Se emite sentencia dentro de la acción de tutela promovida por Mario Alberto Olarte Méndez, identificado con C.C. No. 1047509708, contra Recuperar S.A.S. con NIT 901089241-1 por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, salud, seguridad social, igualdad y petición.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

1. En el escrito de tutela señala el accionante que ingresó a laborar el 27 de noviembre de 2023 a la empresa Recuperar SAS, con la cual actualmente tiene un vínculo laboral vigente.
2. Refiere el actor que el 7 de febrero de 2024 fue trasladado a Brinsa para ejercer sus labores, lugar donde el 6 de marzo de 2024 sufrió un accidente de trabajo que afectó su cadera y fémur, luego de lo cual fue trasladado a la sede de Recuperar SAS donde laboró hasta el 22 de abril de 2024.
3. En abril de 2024 fue trasladado a la ciudad de Bogotá para ejercer sus labores en el Éxito de la calle 170, lo cual le implicaba traslados hasta el municipio de Zipaquirá, lo cual, según su criterio, le generaba un grave impacto a su salud.
4. Atendiendo a lo anterior mediante petición de 24 de abril de 2024 solicitó a la accionada ser reubicado en un puesto de trabajo en el municipio de Zipaquirá, pero dado que no obtuvo respuesta, presentó acción de tutela por ese hecho el 28 de noviembre de 2024, trámite que le correspondió al Juzgado 3 Civil Municipal de Zipaquirá.



5. Adicionalmente refiere que tiene en trámite los servicios médicos de consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, resonancia de cadera simple, resonancia de cerebro, resonancia de articulaciones, consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta con medicina especializada

2. PRETENSIONES

1. Solicita ser reubicado en un puesto de trabajo que no implique largos desplazamientos, que este acorde a su capacidad laboral y sus condiciones de salud.
2. Que se le otorguen las prestaciones y autorizaciones medicas para los tratamientos médicos derivados de su accidente de trabajo, incluyendo resonancias y consultas médicas.
3. Que se de respuesta a la petición de 24 de abril de 2024.

III. TRAMITE PROCESAL

Efectuado el reparto, este Despacho admitió la Acción de Tutela el 10 de diciembre de 2024, comunicó a las partes, corrió traslado a la accionada para que ejerciera su derecho de defensa y se vinculó a EPS Sura, Hospital Universitario Clínica San Rafael, Clínica de Marly Jorge Cavellier Gaviria SAS, A Y G Servicios de Salud, Clínica de Ortopedia Función y Educación S.A.S. -Ortofed SAS, Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Cundinamarca y a la Superintendencia Nacional de Salud y se ofició al Juzgado 3 Civil Municipal de Zipaquirá.

IV. INTERVENCION DE LA ACCIONADA Y DE LAS VINCULADAS

RECUPERAR S.A.S. a través de su apoderado judicial Juan Antonio Gutiérrez Ochoa, señala que el accionante fue contratado como auxiliar en oficios varios, quien en su contrato de trabajo cuenta con una cláusula que indica que acepta los traslados de lugar de trabajo a nivel nacional y cambio de oficio o funciones.

Refiere que el puesto de trabajo en el Éxito de la calle 170 consiste en la administración del baño público, labor que no generan dificultades físicas, pues solo consiste en recibir el pago de los usuarios y mantener limpio su propio puesto de trabajo.

Respecto de la petición referida en la tutela indica que esta fue respondida, por lo tanto, considera se ha generado un hecho superado.



Indica que para sus transportes se le está consignando un excedente, así mismo, la empresa le ha facilitado la asistencia a las citas médicas y todos los tratamientos que ha requerido, así mismo, se encuentra en un puesto de trabajo acorde con su capacidad laboral y su condición de salud, por lo tanto se opone a las pretensiones de la acción de tutela.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, señalando que la primera de ella desborda el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, dado que el actor dispone de otro medio de defensa a través del proceso ordinario laboral y que frente a la tercera pretensión, que el accionante presentó acción de tutela con radicado 25 899 40 03 003 2024 00810 00 la cual fue respondida por Recuperar S.A.S. el 3 de diciembre de 2024, demostrando que la petición del actor fue atendida a tiempo razón por la cual la tutela resultó en un hecho superado.

Plantea inexistencia de vulneración al mínimo vital del accionante y de daño inminente e irremediable que permita la protección por vía de tutela y hecho superado porque el accionante recibió respuesta frente a su petición desde el 2 de diciembre de 2024.

Allega entre otros documentos, copia del contrato individual de trabajo del accionante, acta de reintegro laboral de 15/03/2024 del accionante, recomendaciones temporales restricciones laborales de 11/03/2024 por 8 días, acta de seguimiento laboral del 2/04/2024, concepto médico de aptitud laboral de 11/03/2024.¹

LA EPS SURA a través de su representante legal Juan Camilo Monsalve Ruíz, señala en síntesis frente a los hechos que, el señor Mario Alberto Olarte Méndez está afiliado a la EPS Sura en calidad de cotizante activo y cuenta con las siguientes autorizaciones prioritarias y oportunas de servicios:

RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO mediante orden consecutiva número 934-293077900 y direccionado hacia la IPS prestadora LITOMEDICA S.A.

CONSULTA ORTOPEDIA MODULO RODILLA mediante orden consecutiva número 934-292940200 y direccionado hacia la IPS prestadora ORTOFED S.A.S.

CONSULTA OFTALMOLOGO mediante orden consecutiva número 59-137168702 y direccionado hacia la IPS prestadora CENTRO OCULAR DE MIOPIA DR RINCON PGP OFTALMOLOGÍA.

Así mismo, cuenta con orden medida de 29 de julio de 2024, la cual se encuentra vencida a la fecha y al haber transcurrido más de 60 días su estado médico o de salud puede haber variado, por lo cual se solicitó agendamiento para consulta de ortopedia a fin de que en esta se defina pertinencia para renovar orden o en su defecto se prescriba otro plan de tratamiento.

Dice que en la acción de tutela no se prueba siquiera sumariamente que el accionante haya puesto en conocimiento de la EPS Sura los inconvenientes que refiere con la programación de los servicios, pese a estar debidamente autorizados, por lo cual es el accionante quien no ha cumplido con sus deberes y obligaciones como afiliado, tales como realizar el debido trámite y solicitud de autorización y programar con las IPS sus atenciones.

¹ Ver documento 023 del expediente digital



Expresa que, desde la autorización de los servicios, el actor ha tenido vía libre para gestionar el agendamiento de estos con las IPS; pero no lo ha realizado ni él ni sus familiares, omisión que no es imputable a la EPS SURA.

Plantea falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del tutelante.

Por último, solicita que se niegue el amparo invocado y la desvinculación de la EPS Sura del presente trámite.

Adjunta historial de autorizaciones de servicios, historial de incapacidades, correos dirigidos a las IPS Ortofed y Litomedica solicitando agendamiento para consulta de ortopedia modulo rodilla y de resonancia magnética de cerebro en favor del accionante.²

EL HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, a través de su representante legal judicial Paula Andrea Herrera Arenas, señala en síntesis frente a los hechos y pretensiones que esa institución no es la llamada a reconocer los derechos laborales objeto de esta acción de tutela, por lo cual solicita su desvinculación del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que los hechos no se relaciona con esa institución, por lo que no se observa que esta haya vulnerado derecho alguno del accionante.

LA CLÍNICA DE MARLY JORGE CAVELIER GAVIRIA SAS, a través de su gerente general Luís Eduardo Cavelier Castro, señala que según su sistema de información el señor Mario Alberto Olarte Méndez cuenta las siguientes atenciones institucionales:

El 17 de abril de 2024 asiste a toma de ecografía articular de hombro derecho de manera ambulatoria con pagador ARL Sura, donde se evidencia leve bursitis subacromial y tendinopatía supraespinoso e infraespinoso.

El 9 de mayo de 2024, asiste a toma de resonancia de cadera de manera ambulatoria con pagador ARL Sura, donde se evidencia lesión grado I del ligamento redondo derecho.

Manifiesta que al ser una IPS esa institución no autoriza ni niega prestaciones de servicios de salud.

LA IPS A Y G SERVICIOS DE SALUD S.A.S., a través de su gerente general Edgar Vásquez Rodríguez, señala que las decisiones relacionadas con la vinculación laboral, la continuidad en los cargos, o cualquier otra circunstancia asociada con las relaciones de trabajo no son competencia de esa IPS, dado que estas son de exclusiva responsabilidad del empleador del accionante Recuperar S.A.S.

Dice que en la sede de Zipaquirá de la IPS A&G Servicios de Salud S.A.S. se le ha venido prestando los servicios al accionante, respecto de lo cual allega captura de pantalla en la cual enlista servicios médicos que se le han brindado y las fechas.

² Ver documento 029 del expediente digital.



Considera que la IPS A&G Servicios de Salud S.A.S no ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante y solicita su desvinculación del presente trámite.

LA CLÍNICA DE ORTOPEDIA FUNCIÓN Y EDUCACIÓN S.A.S. -ORTOFED SAS, a través de su representante legal Esperanza Chaparro Lozano, señala que esa IPS no es responsable de autorizar lo requerido por el paciente.

LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través de su Subdirector Técnico (E) adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, Paul Giovanni Gómez Díaz, señala en síntesis frente a los hechos y pretensiones que, existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa superintendencia, lo solicitado por el accionante corresponde a un tema que escapa al resorte de esa superintendencia, la cual no puede adelantar acciones de inspección, vigilancia y control frente a conflictos laborales.

Solicita la vinculación realizada de la Superintendencia Nacional de Salud del presente trámite, pues teniendo en cuenta la presunta vulneración de derechos que se alega, la responsabilidad dentro de la presente acción de tutela no deviene se una acción una omisión atribuible a esa superintendencia, pues los hechos involucran del empleador quien deberá pronunciarse de fondo al respecto.

Finalmente, solicita que se declare que existe falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto de la Superintendencia Nacional de Salud y que se la desvincule del presente trámite.

EL MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL CUNDINAMARCA, no se pronunció pese a que fue notificado y a que se le corrió traslado en debida forma.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho Judicial para proferir el fallo correspondiente dentro de esta acción de tutela, con fundamento en el artículo 86 de la C.N. el Decreto 2591 de 1991, auto 124 de 2009 de la H. Corte Constitucional, y Decreto 333 de 2021.

2. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

De los hechos narrados y probados en el plenario, corresponde a esta Juez de Tutela determinar sí: ¿Es procedente tutelar los derechos fundamentales al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y de petición del señor Mario Alberto Olarte Méndez, debido a que presuntamente no ha sido reubicado en un puesto de trabajo acorde a su capacidad laboral y sus condiciones de salud, ni se le han otorguen las prestaciones y autorizaciones medicas para los tratamientos médicos derivados de su accidente de trabajo ni ha obtenido respuesta a la petición de 24 de abril de 2024?.



Así las cosas, se estudiará el presente caso analizando las siguientes premisas: **(i) Ius Variandi en los contratos de trabajo, (ii) La improcedencia de la acción de tutela por falta del requisito de inmediatez, (iii) La improcedencia de la acción de tutela por falta del requisito de subsidiariedad, (iv) De la cosa juzgada constitucional y (v) Caso concreto.**

(i) El ius variandi en el contrato de trabajo

En sentencia T-074 de 2023 la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

Concepto y límites del ius variandi laboral:

1. Como la subordinación del empleado al empleador es intrínseca a las relaciones laborales surgidas del contrato de trabajo (art. 22 y 23 CST), se habla del ius variandi en la ejecución del contrato.
2. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, este concepto refiere a “la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable”³. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el ius variandi es “una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador – público o privado- sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo”⁴. En ese sentido, se entiende que “[e]l ius variandi es la facultad que tiene un empleador para modificar las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo del empleado siempre y cuando se preserven los derechos mínimos del mismo”⁵.
3. Adicionalmente, a través de la resolución de casos concretos y con fundamento en lo establecido en el artículo 53 superior, la jurisprudencia ordinaria y constitucional ha definido límites al ius variandi, los cuales podrían sistematizarse de la siguiente forma, sin que se trate de una lista exhaustiva:
 - (i) El cambio abrupto e inconsulto de funciones, afectando la dignidad, seguridad y formación profesional del trabajador, “pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral”⁶. En ese sentido, las empresas deben tratar de concertar los cambios con sus empleados, y, en caso de adoptar una decisión unilateral, sopesar sus efectos⁷.
 - (ii) Cuando se “modifica la sede donde se desarrolla el trabajo”⁸, en ejercicio del ius variandi locativo, sin tener en cuenta “criterios de antigüedad, cargas empresariales

³ Corte Suprema de Justicia, SL44155, del 26 de junio de 2012.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-509 de 2019.

⁶ Ibid.

⁷ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SA8323, del 27 de mayo de 1982.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014.



*y derechos adquiridos del trabajador*⁹. La forma como el trabajador organiza su vida personal, social y familiar, debe ser un criterio relevante respecto a cambios innecesarios, motivo por el cual este tipo de modificaciones “debe atender las exigencias técnicas y organizativas”, y también al tipo de cargo, pues los altos ejecutivos y trabajadores muy calificados podrían tener mayor movilidad¹⁰. Las plantas de personal de carácter global y flexible de algunas entidades públicas son características que también podrían redundar en una mayor discrecionalidad respecto al traslado de servidores públicos¹¹.

(iii) Para modificar las condiciones laborales, el empleador debe consultar, entre otros aspectos, las circunstancias que afectan al trabajador; la situación familiar; el estado de salud del empleado y de sus allegados; el lugar y el tiempo de trabajo; las condiciones salariales; el comportamiento del trabajador durante la relación laboral; y el rendimiento demostrado¹².

(iv) Se debe respetar la facultad de ejercer la profesión o el oficio escogido como parte del núcleo básico del derecho al trabajo, pues este “no se compone solamente del derecho a la remuneración sino también a la facultad de ejercer la actividad laboral elegida”¹³. En ese sentido, los trabajadores no pueden ser relegados, ni discriminados.

(v) La modificación del horario laboral desconociendo los momentos dedicados al culto religioso¹⁴.

(vi) Se trata de una facultad que debe ser ejercida “dentro de los límites de la razonabilidad y (...) las necesidades del servicio”¹⁵.

4. Entonces, “el *ius variandi* (...) tiene como límite, el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y de su familia establecidos en la Constitución; (i) en las disposiciones que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas; (ii) en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultad a éstos para exigir de sus empleadores la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores; y (iii) en los principios mínimos fundamentales que deben regular las relaciones de trabajo que se encuentran contenidos en el artículo 53”¹⁶.

(ii) De la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de inmediatez

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-032 de 2023 señaló lo siguiente:

“

66 Inmediatez. Como presupuesto de procedencia la inmediatez “exige que la tutela se presente en un plazo razonable, contado desde el momento de la supuesta

⁹ Ibid.

¹⁰ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL7887, del 16 de noviembre de 1981; y SL4756, del 30 de enero de 1992.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2013.

¹² Corte Constitucional, Ver sentencias T-483 de 1993, T-355 de 2000,

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-611 de 2011.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-982 de 2001.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-687 de 2013.



vulneración o amenaza. De esta manera, se garantiza que el amparo sea un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (artículo 86 de la Constitución)".¹⁷ En estos términos, quien acuda a la acción de tutela debe hacerlo dentro de un término justo y moderado, en cuanto es un instrumento constitucional de protección inmediata de derechos fundamentales.

67 La jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer que la acción de tutela no se puede presentar en cualquier momento, de lo contrario podría afectar la seguridad jurídica y alterar su esencia como mecanismo de protección inminente. Por este motivo, aunque no hay regla rigurosa y precisa del término para determinar la inmediatez, el juez de tutela debe analizar las circunstancias particulares de cada situación y determinar qué se entiende por plazo razonable caso a caso.¹⁸ En esta medida, la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios para este fin: *"(i) la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos; (ii) la eventual afectación de derechos de terceros; (iii) la estabilidad jurídica; (iv) la complejidad del conflicto; (v) el equilibrio de las cargas procesales y (vi) la existencia de circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta"*.¹⁹

68 El requisito de plazo razonable en el ejercicio de la acción es fundamental para establecer el carácter apremiante de la situación amenazadora del derecho, porque un retraso excesivo e injustificado permite concluir que ni si quiera el titular de los derechos reconoce la condición de urgencia de su situación, lo cual desvirtúa la urgencia de intervención del juez constitucional y la naturaleza inmediata de la acción de tutela.²⁰

(iii) De la improcedencia de la acción de tutela por falta del requisito de subsidiariedad

En sentencia T -003 de 2022 la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

" 27. La acción de tutela solo procede ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de las pretensiones. En ese sentido, el carácter residual tiene como objeto preservar el reparto de competencias atribuidas a las autoridades judiciales por la Constitución y la ley, con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el requisito de subsidiariedad debe ser analizado en cada caso en particular, a fin de comprobar que, aun existiendo otro mecanismo de defensa, no se esté ante una de las siguientes posibilidades: (i) el mecanismo no es idóneo o eficaz en la protección de los derechos; (ii) un perjuicio irremediable, evento en el cual la acción procede excepcionalmente; y (iii) que se trate de personas que requieran especial protección constitucional."

¹⁷ Cfr., Corte Constitucional. Sentencias T-020 de 2021, T-143 y T-061 de 2019.

¹⁸ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2015, reiterada por la Sentencia T-112 de 2018.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU217 de 2017, reiterada por la sentencia T-234 de 2020.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 2019, reiterada por la sentencia T-234 de 2020



(iv) De la cosa juzgada constitucional

En sentencia T 199 de 2023 la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"95. Según lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, la existencia de cosa juzgada constitucional se predica en aquellos casos en los que se promueve un nuevo proceso de tutela con posterioridad a la ejecutoria de un fallo que resuelve el amparo constitucional y, entre los dos procesos, se presenta identidad de partes, de objeto y de causa^[30]. Con todo, este tribunal ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada cuando en el interregno de los dos procesos se presentan hechos nuevos^[31]."

Sentencia T-231 de 2021 la Corte Constitucional precisó:

"COSA JUZGADA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

30. La jurisprudencia ha considerado que, en el control concreto de constitucionalidad, las acciones de tutela están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que ya han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica^[28]. Así, la cosa juzgada es un elemento integrante del derecho al debido proceso judicial que reconoce el respeto que se debe tener por las decisiones tomadas por los jueces, en ejercicio de sus funciones. Las sentencias pasan a ser imperativas, susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada^[29]. De manera que, impedir que asuntos decididos por medio de sentencias debidamente ejecutoriadas se sometan nuevamente al debate judicial, busca poner fin a la controversia y al estado de incertidumbre que se generaría si quien obtuvo una providencia contraria a sus intereses, pudiera seguir planteando el mismo debate, hasta lograr un fallo que se ajuste a su propósito^[30].

31. De acuerdo con el artículo 243 de la Constitución, "los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional" (i) cuando el amparo es seleccionado para revisión por parte de esta corporación y fallada en la respectiva Sala o, (ii) cuando surtido el trámite de selección la acción no haya sido escogida, una vez concluido el término establecido para que se insista en su selección.

32. Con fundamento en lo anterior, en la jurisprudencia constitucional se han identificado cuatro supuestos que permiten advertir cuándo, en el marco de una acción de tutela, se pretende vulnerar el principio de la cosa juzgada. Con tal propósito, es necesario "(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; y (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos"^[31]. Ello implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos^[32], ya que, respecto de tal causa, no se predica una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada.



33. *Así las cosas, el juez constitucional deberá analizar, en cada caso concreto, la razón por la que el accionante se encuentre presentando una nueva solicitud de amparo. De manera que, estará autorizado para pronunciarse nuevamente cuando 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 y/o jurídicas; o (iv) la inexistencia de una decisión de fondo en el proceso anterior"^[33].*

(v) CASO CONCRETO

En el presente caso el señor Mario Alberto Olarte Méndez, quien labora para la empresa RECUPERAR S.A.S. refiere que el 7 de febrero de 2024 fue trasladado por su empleador a Brinsa para ejercer sus labores, lugar donde el 6 de marzo de 2024 sufrió un accidente de trabajo que afectó su cadera y fémur, tras lo cual fue trasladado a la oficina de Recuperar SAS donde laboró hasta el 22 de abril de 2024.

Así mismo, señala el tutelante que en abril de 2024 fue trasladado a la ciudad de Bogotá para ejercer sus labores en el Éxito de la calle 170, lo que le implicaba traslados hasta el municipio de Zipaquirá, lo cual en su criterio, le generaba un grave impacto a su salud, razón por la cual el 24 de abril de 2024 petitionó a la accionada ser reubicado en un puesto de trabajo en el municipio de Zipaquirá, pero dado que no obtuvo respuesta, presentó acción de tutela por ese hecho el 28 de noviembre de 2024, trámite que le correspondió al Juzgado 3 Civil Municipal de Zipaquirá.

Adicionalmente afirma que no se le ha brindado los servicios médicos de consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, resonancia de cadera simple, resonancia de cerebro, resonancia de articulaciones, consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta con medicina especializada.

Es por lo anterior que el señor Mario Alberto Olarte Méndez acude a este medio e instancia judicial y solicita: 1) ser reubicado en un puesto de trabajo que no implique largos desplazamientos y que esté acorde a su capacidad laboral y sus condiciones de salud, 2) que se le otorgue las prestaciones y autorizaciones médicas para los tratamientos médicos derivados de su accidente de trabajo, incluyendo resonancias y consultas médicas y 3) que se dé respuesta a la petición que le presentó a su empleador el 24 de abril de 2024.

La accionada RECUPERAR S.A.S. señala que el señor Mario Alberto Olarte Méndez fue contratado como auxiliar en oficios varios y en su contrato de trabajo media cláusula de aceptación de los traslados de lugar de trabajo a nivel nacional y cambio de oficio o funciones.

Indica que el puesto de trabajo al cual fue traslado en el Éxito de la calle 170 consiste en la administración del baño público, labor que no genera dificultades físicas, dado que consiste en recibir el pago de los usuarios y mantener limpio su propio puesto de trabajo y que para sus transportes se le está consignando un excedente y que la empresa le ha facilitado la asistencia a las citas médicas y todos los tratamientos que ha requerido y que se encuentra en un puesto de trabajo acorde con su capacidad laboral y su condición de salud.



Frente a la petición objeto de la tutela, señal que esta fue respondida el 3 de diciembre de 2024 dentro de acción de tutela con radicado 25 899 40 03 003 2024 00810 00 que presentó el accionante, cuyo fallo se emitió por hecho superado.

Siendo este el aspecto fáctico frente al cual nos encontramos se procederá a analizar el caso concreto abordando para el efecto cada una de las pretensiones de la solicitud de tutela.

Frente a la primera pretensión de reubicación en un puesto de trabajo que no implique largos desplazamientos y que esté acorde a su capacidad laboral y sus condiciones de salud, se advierte que el empleador en ejercicio de la facultad del *ius variandi*, trasladó al señor Mario Alberto Olarte Méndez a la ciudad de Bogotá para ejercer sus labores en el norte de la ciudad de Bogotá concretamente en el Éxito de la calle 170, lo cual ocurrió en el mes de abril de 2024 y esta acción de tutela se presentó el 9 de diciembre de 2024, término que este despacho no encuentra razonable, en consecuencia se advierte en el presente caso desconocimiento del principio de inmediatez y por ende se encuentra, desde esta perspectiva, una afectación a la procedibilidad de la acción bajo examen.

Lo anterior debido que la tutelante dejó transcurrir un lapso aproximado a 8 meses, contados a partir de la ocurrencia del presunto hecho vulneratorio, que en este caso es el su reubicación o traslado en el Éxito de la calle 170 de la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia Constitucional la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad dentro del cual deba ser ejercida, sin embargo ello no significa que la misma pueda ser presentada en cualquier momento sin atender a la época en la que ocurrió la acción u omisión que origina la violación o amenaza de los derechos fundamentales de que se trate, de ahí que se exige la inmediatez como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, es decir se le exige al accionante que la acción de tutela sea ejercida dentro de un término oportuno, justo y razonable después de la ocurrencia de los hechos que motivaron el agravio a los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

Es así que, al no verificarse el cumplimiento del requisito de inmediatez, se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela el cual es brindar protección de manera oportuna, urgente e inmediata a los derechos fundamentales cuando se encuentre que los mismos han sido vulnerados.

Tal exigencia tiene por finalidad evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como una herramienta que premia la desidia, la negligencia o la indiferencia del accionante, o que se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Así las cosas, realizada una valoración detallada de la situación fáctica descrita en la demanda de tutela, con miras a establecer si la presente acción de tutela se presentó dentro de un término oportuno y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales que se invocan, esta juez constitucional advierte que el accionante manifiesta que, su empleador lo trasladó para desempeñar sus labores al Éxito de la calle 170 de Bogotá, lo cual le implica largos trayectos de desplazamiento y afectación en su estado de salud, lo cual ocurrió en el mes de abril de 2024, en consecuencia, es evidente que ha contado con suficiente tiempo para acudir a este mecanismo judicial en procura de la protección inmediata de los derechos fundamentales que alega, no obstante ha dejado transcurrir aproximadamente 8 meses para ello, siendo que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial procedente de manera



subsidiaria y excepcional, en aquellos eventos en que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios para su protección resulten: a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable.”²¹

Nótese que el accionante dejó transcurrir un extenso tiempo aproximado a 8 meses, antes de acudir a esta instancia judicial y que no indica o demuestra haber adelantado gestión alguna ante la jurisdicción ordinaria, la cual cuenta con los mecanismos idóneos para resolver la controversia aquí planteada.

Tampoco se evidencia la inminencia de un perjuicio irremediable, y a la luz de los lineamientos jurisprudenciales que sobre el tema ha trazado la Corte Constitucional en sentencia SU- 391 de 2016, no se advierte la existencia de algún motivo válido que justifique la inactividad del señor Mario Alberto Olarte Méndez, como lo sería que el actor hubiese estado incurso en un estado de indefensión, interdicción, abandono o que padezca algún tipo de discapacidad física, que le hubiese impedido presentar esta acción de tutela dentro de un término razonable, ni mucho menos se advierte la existencia de un nexo causal entre el ejercicio tardío de la presente acción de tutela y la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, razón por la cual en criterio de esta funcionaria el término dentro del cual la accionante acudió a esta instancia judicial (aproximadamente 8 meses), no resulta ser un término prudencial ni razonable para ejercer este medio de defensa judicial, lo cual torna improcedente la presente acción de tutela.

En consecuencia, al no cumplirse con el requisito de inmediatez, no es posible continuar con el análisis a fondo de lo solicitado por el accionante, razón por la cual se declarará la improcedencia de la presente acción de tutela respecto de esta pretensión en concreto, acorde con lo señalado en precedencia.

A lo anterior se suma que lo pretendido por el accionante es que se ordene su reubicación laboral en un puesto de trabajo que no implique largos desplazamientos y que esté acorde a su capacidad laboral y sus condiciones de salud, lo cual corresponde a una asunto de naturaleza laboral que involucra la potestad del *ius variandi* de la cual ha hecho uso el empleador, pero para ello el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa ante el juez ordinario laboral dado que únicamente dicha autoridad es competente para entrar a analizar si la reubicación o traslado del tutelante ocurrida en abril de 2024 desconoció los límites del *ius variandi* o si por el contrario con ello se vulneran derechos fundamentales del tutelante y hay lugar a adoptar alguna medida en favor del accionante, pues debemos recordar que la acción de tutela es un mecanismo de defensa que procede de manera subsidiaria, por lo que no le está permitido al juez de tutela usurpar la competencia asignada por la ley al juez ordinario laboral.

Ello sin perjuicio de que el actor también puede acudir ante la Inspección de trabajo y seguridad social para la defensa de sus intereses.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela es un mecanismo de defensa que procede de manera subsidiaria, así por ejemplo en sentencia T523 de 2017 señaló lo siguiente:

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-317 de 2017



“ 27. La acción de tutela es subsidiaria a otras herramientas judiciales idóneas y eficaces, en los términos del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política²² y el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991²³, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Este principio orientador encuentra su justificación en la necesidad de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades jurisdiccionales, el deber de garantizar la independencia judicial y la obligación de preservar uno de los fundamentos del debido proceso, como lo es la aplicación de los procedimientos idóneos a cada caso.

28. El carácter subsidiario de la tutela impone la obligación de acudir, de manera principal, a los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico. No se trata de una herramienta que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios, siempre que sean idóneos y eficaces para la garantía de los derechos fundamentales de las personas en el caso concreto. La primera característica (idoneidad) impone considerar la entidad del mecanismo judicial para remediar la situación jurídica infringida o, en otros términos, para resolver el problema jurídico, de rango constitucional, que se plantea. La segunda (eficacia) hace referencia a la capacidad, *en concreto*, del recurso o medio de defensa judicial para dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido el *mecanismo urgente*, atendiendo, tal como lo dispone el último apartado del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 a “*las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”, o como se ha planteado por esta Corte, a las condiciones particulares de la parte actora²⁴, o, en definitiva, a su situación de vulnerabilidad *iusfundamental*. Lo anterior, se insiste, sin perjuicio de su uso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y, excepcionalmente, como lo ha admitido la Corporación, como mecanismo principal.

29. Para determinar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia, de manera reiterativa, ha considerado como orientadores los siguientes criterios:

*“A). El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se*

²² “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.

²³ “Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: || 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

²⁴ Sentencia T-044 de 2011.



*requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”²⁵ ”.*

En consecuencia, al no cumplirse en el presente caso con los requisitos de inmediatez y de subsidiaridad, no es posible continuar con el análisis a fondo de lo solicitado por el accionante en lo que respecta a la primera pretensión, razón por la cual se declarará la improcedencia de la presente acción de tutela, acorde con lo señalado en precedencia.

Frente a la segunda pretensión, consistente en que se le otorgue las prestaciones y autorizaciones médicas para los tratamientos médicos derivados de su accidente de trabajo, incluyendo resonancias y consultas médicas, a partir del análisis del material probatorio recaudado se advierte que al accionante se le ha venido brindando la atención médica que ha requerido no solo para la atención del accidente de trabajo que sufrió el 6 de marzo de 2024 respecto del cual, se advierte que recibió recomendaciones temporales y restricciones laborales de 11/03/2024 por 8 días, que el 15/03/2024 se produjo su reintegro laboral, tras lo cual se observa que ha continuado recibiendo atención médica, al respecto la Clínica de Marly informa que el accionante asistió el 17 de abril de 2024 a toma de ecografía articular de hombro derecho de manera ambulatoria y que el 9 de mayo de 2024, asistió a toma de resonancia de cadera de manera ambulatoria.

Por otra parte, la EPS Sura señala que el tutelante actualmente cuenta con autorización de servicios para *resonancia magnética de cerebro* direccionada a la IPS LITOMEDICA S.A. para *consulta por ortopedia modulo rodilla* direccionada a la IPS prestadora ORTOFED S.A.S. y para *consulta por oftalmología* direccionada a la IPS Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón Oftalmología.

Lo anterior encuentra sustento en el historial de autorizaciones de servicios del tutelante²⁶ allegado por la EPS Sura.

Adicionalmente señala Sura EPS que atendiendo a que el actor cuenta con orden médica vencida de 29 de julio de 2024, se solicitó agendamiento para consulta de ortopedia para que se defina pertinencia para renovar orden o en su defecto se prescriba otro plan de tratamiento.

En suma, en el caso bajo estudio, no se verifica una negativa en la prestación de los servicios de salud por parte de su EPS Sura, ni la desafiliación del sistema de seguridad social en salud, por el contrario, lo que se observa es que el actor ha mantenido el acceso a los servicios de salud que ha requerido en tanto su empleador ha venido cumpliendo con el pago de los aportes en salud y que se le han generado las ordenes médicas y autorizaciones de servicios que ha requerido, cosa distinta es que el accionante presente dificultades con

²⁵ Sentencias T-225 de 1993 y T-765 de 2010.

²⁶ Ver documento 029 del expediente digital.



el agendamiento de los servicios médicos en las diferentes IPS, caso en el cual puede acudir a la Superintendencia Nacional de Salud por ser la encargada de hacer cumplir las normas del sistema de salud y de proteger los derechos que tienen los afiliados, razón por la cual en el presente caso no se advierte afectación a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del tutelante, en consecuencia se negará esta pretensión al no verificarse la vulneración alegada.

Finalmente, frente a la tercera pretensión de que se dé respuesta a la petición que le presentó a su empleador el 24 de abril de 2024, es de señalar que el mismo accionante al aclarar el escrito de tutela refiere, que a fin de obtener respuesta a esta petición, el 28 de noviembre de 2024 presentó acción de tutela en la cual es accionado Recuperar S.A.S. y la cual fue tramitada por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Zipaquirá bajo radicación 258994003 003 2024 00810-00, Despacho que mediante sentencia de 5 de diciembre de 2024 negó el amparo invocado por el señor Mario Alberto Olarte Méndez, por carencia actual de objeto por hecho superado.²⁷

Ante este escenario, es de señalar que para este despacho no es admisible que el accionante nuevamente pretenda debatir el mismo hecho ya aludido en la acción de tutela que formuló el 28 de noviembre de 2024, con identidad de partes y pretensiones, respecto de lo cual se sabe que actualmente existe una decisión que fue emitida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Zipaquirá, acorde con la cual la petición que el señor Mario Alberto Olarte Méndez le presentó a su empleador el 24 de abril de 2024 fue atendida en el transcurso del trámite tutelar en comento, razón por la cual no es factible acceder a esta pretensión en concreto pues con ello se quebrantaría el principio de cosa juzgada constitucional.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-136 de 2024 señaló:

“46. Por ende, ha precisado la jurisprudencia que, en el marco de una acción de tutela, es posible identificar si se ha vulnerado el principio de cosa juzgada^[38] en aquellos supuestos en los que: (i) se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia que no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional o, habiendo sido seleccionada, ya fue fallada por esta corporación; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) así como también verse sobre el mismo objeto o pretensiones; y (iv) se adelante por la misma causa que originó el anterior, esto es con sustento en los mismos hechos^[39]. Sin embargo, ha aclarado dicho tribunal que *“cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos”*.”

Acorde a lo ya referido y con sujeción a los lineamientos jurisprudenciales traídos a colación en precedencia, frente a esta pretensión en concreto la presente acción de tutela resulta improcedente por haberse configurado cosa juzgada constitucional en el presente caso y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

²⁷ Ver documento 032 del expediente digital.



Así las cosas, en mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE ZIPAQUIRÁ**, actuando como juez constitucional y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la improcedencia de la presente acción de tutela promovida por **Mario Alberto Olarte Méndez**, en contra de **Recuperar S.A.S.** por no cumplirse con los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad, por no configurarse la vulneración alegada y por haberse configurado cosa juzgada constitucional por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión conforme lo ordena el **artículo 3° del Decreto 2591 de 1991**, a las partes y a las vinculadas y comunicarlo al Agente del Ministerio Público.

TERCERO: *Contra esta decisión procede el recurso de impugnación.* De no ser **IMPUGNADA** la presente decisión, envíese la actuación a la **CORTE CONSTITUCIONAL**, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

LILIANA DEL PILAR NOVA PEÑA

Juez