



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, catorce (14) de octubre de dos mil
Veintiuno (2021)

RAD: 20001-40-03-008-2021-000133-01. Acción de tutela de segunda instancia promovida por **JOSE ALBERTO BERMUDEZ PARRA** contra **DRUMMOND LTDA.** Derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, vida digna, mínimo vital y móvil y debido proceso.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada JOSE ALBERTO BERMUDEZ PARRA contra la sentencia del 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, dentro del presente asunto.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante en nombre propio, adujo en síntesis lo siguiente:

Tiene un contrato laboral vigente con la empresa DRUMMOND LTDA, desde el día 19 de mayo del año 2006 bajo la modalidad la modalidad de término indefinido y su salario mensual en promedio es de \$6.000.000 (seis millones de pesos) como se evidencia en los desprendibles de nómina que adjunto

Es padre de 6 menores de edad, de los cuales debe responder económicamente, esto se evidencia en certificación emitida por la entidad salud total.

La empresa DRUMMOND LTDA, el día 26 de noviembre del año 2020, decidió aplicarle el artículo 140 del código sustantivo de trabajo el cual se trata de una prerrogativa de la que el empleador puede hacer uso de manera excepcional, y "en el caso bajo examen motivos suficientemente serios, racionales y justos como lo es la liquidación de una entidad o el no tener un sitio donde desempeñar las funciones sin que en manera alguna constituya un capricho y arbitrariedad.

El día 17 de diciembre del año 2020, radicó DERECHO DE PETICION ante la entidad solicitándole REUBICACION LABORAL a lo que la entidad respondió que le habían modificado los turnos de trabajo atendiendo estrictamente a criterios y conceptos de su médico tratante y de los médicos del trabajo del grupo de salud ocupacional de la entidad, a lo cual interpuse recurso de reposición refutando lo del criterio de su médico tratante ya que como se evidencia en documento adjunto la Dra. LINA MARCELA CONTRERA, medico infectologa dio constancia que podía realizar sus actividades laborales con medidas de protección para Covid -19 ya que su perfil linmnovirologico bueno de viremia controlada, a dicho recurso la entidad dio respuesta informando que no había lugar a consideraciones sobre la misma puesto que ya la entidad el día 08 de enero de 2021 ya se había pronunciado.

Si bien la entidad le está garantizando el salario básico, esta suma no es suficiente para garantizar las necesidades de su núcleo familiar, pues la suma que percibía habitualmente era el doble de lo que de tal data, al día de hoy recibe teniendo en cuenta que es por omisión del empleador el cual no le asigna labores pues si bien posee una patología como es VIH+ se encuentra en óptimas condiciones para desempeñarme laboralmente, como demuestra con los certificados médicos.

A los demás compañeros de trabajo, no le han aplicado la medida de pago sin servicio, a lo que no encuentra ninguna otra justificación, desproporcional, máxime que no ha recibido llamados de atención, procesos disciplinarios, quejas, ni nada por el estilo.

En este momento, no tiene otro medio idóneo y eficaz que la acción de tutela, en la medida que se está vulnerando su derecho al mínimo vital y móvil, entendiéndolo como los ingresos habituales, para cubrir sus necesidades básicas como ser humano, junto al de su núcleo familiar, dado que sus ingresos se han visto afectados (mínimo vital y móvil). De igual manera, no encuentra razones para que le priven de realizar actividades propias de su contrato laboral, cuando a otros compañeros lo hacen sin inconveniente (trabajo e igualdad). Y no se ha efectuado justificación o procedimiento adecuado para privarle de la realización de sus labores cotidianas (debido proceso).

No es un mero asunto económico, sino de vulneración de derechos fundamentales como trabajador y persona, que de paso viola flagrantemente la empresa y le afecta a él y a su núcleo familiar al estar disminuido los ingresos, que sin justificación le impiden laborar. El proceso ordinario, no es de la entidad suficiente para debatir este tipo de cosas, a más de lo tardío que pudiera llegar a ser, lo que deviene en inoportuno e ineficaz.

PRETENSIONES :

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó lo siguiente:

Que se tutelen los derechos fundamentales a LA IGUALDAD, TRABAJO, VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL Y MOVIL y DEBIDO PROCESO, que han sido conculcados por la empresa DRUMMOND LTDA.

Que se ordene de manera definitiva o transitoria a DRUMMOND LTDA, de manera inmediata le asigne labores o funciones propias de su cargo y como tal, de su contrato laboral, para que de esa manera poder percibir el ingreso mensual habitual, por la prestación del servicio.

De manera subsidiaria, en caso que la empresa persista en no ponerle a la prestación del servicio, que sea pagado su salario habitual, como si este estuviese siendo prestado.

Que se haga cumplir el fallo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo*, finalmente con sentencia de 12 de Marzo de 2021, declaró por improcedente el amparo solicitado por JOSE ALBERTO BERMUDEZ PARRA.

Al considerar, que el actor tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, como es acudir a la jurisdicción laboral.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, la parte accionante, impugnó el fallo de primera instancia para alegar lo siguiente:

Alega, que es un acto discriminatorio el hecho de no reincorporarle a sus labores asignadas la cual realizaba antes de la pandemia ya que existe criterio de su médico de control Dra. Lina marcela medico con magister en infectologia y asignada por la EPS salud total para el programa de infectados por VIH, el cual dice que puede laborar sin impedimentos cumpliendo con el protocolo de bioseguridad para covid 19 además existe y anexo copia de resultados de laboratorio que indican su actual estado de salud.

Aduce, que en cuanto a la aplicación del art 140 referido por la empresa ya había sido aplicado el 18 de marzo y levantado los primeros días de octubre cuando le volvieron a reintegrar para operar buldozer el cual aceptó y que por el solo hecho de haber pedido un receso de tiempo mientras le pasaba el efecto del medicamento retroviral prexcobix el cual genera efectos de mareo y nausea con los movimientos de la maquina el coordinador médico Jorge Rivera estando en desacuerdo con su petición tomo la determinación de aplicarme solo 8 horas de trabajo y bajo el articulo 140 injustamente, ya que no posee ninguna discapacidad para ejercer encontrándose en plenitud para laborar normalmente....ya que en el anterior cargo de reubicación venía ejerciendo 12 horas durante 10 años con el mismo tratamiento sin ningún inconveniente.

Manifiesta, que no considera ningún beneficio recibir pago sin trabajar ya que como se evidencia en el criterio de su médico tratante y en resultados de laboratorio está apto, considera una humillación y a su vez un acto discriminatorio haciendo uso de su patología para justificar la aplicación del art 140...y en su caso la empresa si está en la obligación de cancelar su salario ya que por culpa de su decisión no está ejerciendo, encontrándose apto.

Indica, que la doctora Lina Marcela, si está autorizada para emitir criterios de su patología y estado de salud....ya que de hecho es ella quien está asignada al programa de control para enfermos de VIH por la EPS salud total, certificado que anexa a ese escrito los exámenes a los que hace referencia el representante de la empresa los envió a la unidad médica cada vez que se los solicita el coordinador de la unidad médica doctor Jorge Rivera, también anexo a ese escrito resultados actualizados de mi último chequeo de laboratorio y certificación actualizada de su médico de control Lina Marcela.

Relaciona, los gastos uno a uno los egresos mes a mes:

1. Pago de canon de arriendo por valor de \$700.000
2. Estudio de mi Hijo Franklin \$220.000
3. Pago de servicios públicos \$300.000
4. Compra de alimentos \$450.000
5. Cuotas moderadoras por cada vez que asisto a citas médicas \$100.000
6. Mensualidad de sus otros hijos menores de edad \$600.000 (150.000 por cada uno de ellos)
7. Entre otros gastos que surgen en el mes a mes.

Indica, que los comprobantes de pago anexado durante el escrito de tutela, el ponderado que le está siendo consignado mes a mes aplicándose el artículo 140 es de alrededor 700 a 800 mil pesos quincenales los cuales no le alcanzan para suplir los gastos adquiridos con anterioridad.

Constancia de lo anterior adjunto certificación Emitida por la médica tratante autorizada por la Eps Salud Total para las personas Infeccionadas por VIH+, laboratorios médicos realizados en el mes de Diciembre que demuestren su estado de salud.

En virtud de lo anterior, solicita que se revise el fallo cu.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional

fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la sentencia de primera instancia impugnada, se ajusta a los fundamentos facticos, jurídicos y jurisprudenciales vigentes para negar la tutela por improcedente o, si por el contrario, le asiste la razón a la parte impugnante?

SUBSIDIARIEDAD - Sentencia SU-115 de 2018:

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

De estas disposiciones se infieren los siguientes postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela: **(i)** la acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando *no exista* otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis *formal de existencia*), es necesario determinar su eficacia, "atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" **(ii)** En caso de *ineficacia*, como consecuencia de la *situación de vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva; esta le permite al juez de tutela determinar la *eficacia en concreto* (y no meramente *formal o abstracta*) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo. **(iii)** Con independencia de la situación de *vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera *transitoria* siempre que se acredite un supuesto de *perjuicio irremediable*. **(iv)** En caso de no acreditarse una situación de *vulnerabilidad* o un supuesto de *perjuicio irremediable* la acción de tutela debe declararse improcedente, dada la *eficacia en concreto* del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable que amerite su otorgamiento transitorio.

De igual forma, en la Sentencia T 030 - 2015, se ha manifestado lo siguiente:

"La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6° numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: **"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 mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante." El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, **más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.**

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha explicado que tal concepto *"está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho."* En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

"la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados."

En jurisprudencia reiterada, este tribunal, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Según lo preceptuado en el artículo 86 C.P., la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario de exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, de modo que ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, deberá preferirse este, a menos que esté acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable que reste idoneidad a ese mecanismo. El incumplimiento de este requisito de subsidiariedad fue la razón de la decisión de ambas instancias en el presente asunto, quienes unívocamente concluyeron que el asunto debía tramitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, específicamente por el procedimiento verbal sumario, que entre sus asuntos contempla aquellos relativos a la autorización de salida del país de los menores por parte de sus padres.

Con respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en **Sentencia T-836/15**:

Reiteración de jurisprudencia. La procedencia de acción de tutela ante existencia de otro medio de defensa judicial:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela procederá siempre que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Al respecto, esta Corporación ha señalado lo siguiente: "Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así ha destacado en múltiples oportunidades que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos deben acudir, en principio, los afectados, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta. En consecuencia, la acción de tutela adquiere la condición de medio subsidiario, cuyo propósito no es el de desplazar a los otros mecanismos, sino el de fungir como último recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas

circunstancias presenta el orden jurídico, en materia de protección de derechos fundamentales.

Así, la protección de derechos fundamentales es un asunto que el orden jurídico reserva a la acción de tutela en la medida que el mismo no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial, de igual o similar eficacia. Sin embargo, de la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no deviene automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

El carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-040/18:

“Según el inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar de que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable.

En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

1-. A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.

2-. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo”

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL TRÁMITE DE TUTELA - SENTENCIA T-040/18:

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese (i) la acción o la omisión que la motiva, (ii) el derecho que se considera violado o amenazado, (iii) el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y (iv) la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial *"no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."*

Ahora bien, en esta clase de procedimientos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo. Así, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez constitucional tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten la realidad procesal.

En consecuencia, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, *"(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado."*

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, el juez Ad-quo, declaro improcedente la acción de tutela al considerar que el actor tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, como es acudir a la jurisdicción laboral.

No obstante, la parte actora, inconforme con la decisión, impugnó la misma, para alegar, *"que es un acto discriminatorio el hecho de no reincorporarle a sus labores asignadas la cual realizaba antes de la pandemia ya que existe criterio de su médico de control Dra. Lina Marcela médico con magister en infectología y asignada por la EPS salud total para el programa de infectados por VIH, el cual dice que puede laborar sin impedimentos cumpliendo con el protocolo de bioseguridad para covid 19 además existe y anexo copia de resultados de laboratorio que indican su actual estado de salud. Aduce, que en cuanto a la aplicación del art 140 referido por la empresa ya había sido aplicado el 18 de marzo y levantado los primeros días de octubre cuando le volvieron a reintegrar para operar buldozer el cual aceptó y que por el solo hecho de haber pedido un receso de tiempo mientras le pasaba el efecto del medicamento retroviral prexcobix el cual genera efectos de mareo y nausea con los movimientos de la maquina el coordinador médico Jorge Rivera estando en desacuerdo con su petición tomo la determinación de aplicarme solo 8 horas de trabajo y bajo el articulo 140 injustamente, ya que no posee ninguna discapacidad para ejercer encontrándose en plenitud para laborar normalmente...ya que en el anterior cargo de reubicación venía ejerciendo 12 horas durante 10 años con el mismo tratamiento sin ningún inconveniente."*

Alega, que es una persona que no tiene una preparación jurídica necesaria, para concluir cuanto es el tiempo de ejercer una acción para amparar sus derechos fundamentales, por ende, su motivo de inconformidad y vulneración a sus derechos se basa en que la empresa accionada, lo despidió de manera irregular y estando bajo incapacidad médica producto de un accidente de trabajo, el proceso laboral sería largo y extenuante, mientras eso ocurre su salud y demás derechos invocados en la tutela se pondrían en inminente peligro. Indica, que la empresa accionada no pidió permiso ante la Oficina de Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo. Aduce, que en el régimen subsidiado en salud, toca iniciar nuevamente todo el trámite para el tratamiento mientras que el contributivo, disponía de todos los servicios de salud y continuación de su tratamiento, si sigue empleado tiene acceso a la administradora de riesgos laborales. Indica, que la doctora Lina Marcela, si está autorizada para emitir criterios de su patología y estado de salud...ya que de hecho es ella quien está asignada al programa de control para enfermos de VIH por la EPS salud total, certificado que anexa a ese escrito los exámenes a los que hace referencia el representante de la empresa los envió a la unidad médica cada vez que se los solicita el coordinador de la unidad médica doctor Jorge Rivera, también anexo a ese escrito resultados actualizados de mi último chequeo de laboratorio y certificación actualizada de su médico de control Lina Marcela. Relaciona, los gastos uno a uno los egresos mes a mes: Pago de canon de arriendo por valor de \$700.000 2. Estudio de mi Hijo Franklin \$220.000 3. Pago de servicios públicos \$300.000 4. Compra de alimentos \$450.000 5. Cuotas moderadoras por cada vez que asisto a citas médicas \$100.000 6. Mensualidad de sus otros hijos menores de edad \$600.000 (150.000 por cada uno de ellos) 7. Entre otros gastos que surgen en el mes a mes". Entre otros argumentos que se tendrán en cuenta.

De entrada, la repuesta al problema jurídico planteado se encamina a confirmar la sentencia impugnada, puesto que la misma no cumple cabalidad con lineamientos jurisprudenciales de procedencia y al derecho de reubicación laboral por fuero en salud por lo que se pasa a explicar:

En primer lugar, la acción tutela es un mecanismo constitucional que tienen todas las personas para la protección inmediata a sus derechos constitucionales fundamentales, así mismo, para que sea procedente se requiere que cumpla con los requisito de subsidiaridad.

En primer lugar, tenemos que la acción de tutela para se ser procedente debe cumplir a cabalidad con los requisitos formales de procedencia el más conocido como la subsidiariedad, consagrado en el art. 86 de la Constitución Nacional, el cual lleva inmerso la imposición que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción constitucional, en estos casos, debe cumplir con los preceptos estipulados por la Corte para la configuración de un perjuicio irremediable en caso de existir otro

medio de defensa judicial, dichos requisitos que debe reunir el perjuicio para que sea tenido en cuenta como irremediable y permita prosperar con la acción son: los siguientes: **(i)** debe ser inminente; **(ii)** debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; **(iii)** debe tratarse de un perjuicio grave; y **(iv)** solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.

*"En primer lugar, **el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder.** Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, **el perjuicio ha de ser grave,** es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño,** entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, **las medidas de protección deben ser impostergables,** esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"*

En primer lugar, cabe resaltar que la acción de tutela es procedente siempre y cuando no se cuente un mecanismo de defensa judicial, procede de manera directa y definitiva, así los dispone el art. 86 superior.

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. **Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.** En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra 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"*

Por su parte, el art. 6 del decreto 2591 de 1991:

ARTICULO 6°- Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De acuerdo a lo anterior, se deduce que es deber de juez constitucional hacer el estudio del cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela en aras de no quebrantar su naturaleza constitucional para lo cual fue diseñada, así entonces, tenemos varias hipótesis planteadas para que el presente mecanismo tenga vocación de prosperidad, el primero, es que no haya un medio de defensa judicial, la acción de tutela procede, por ende, si existe ese mecanismo jurídico, hay que analizar si el mismo es ineficaz o cuando se acredite un estado de vulnerabilidad, ahí la tutela procede de manera directa y definitiva o cuando se acredite un perjuicio irremediable, se hace viable a un amparo transitorio.

Igualmente, en reiteradas jurisprudencias se ha establecido que el juez de tutela no es competente para dirimir las controversias originadas entre el trabajador y el empleador, puesto que, para ello, el ordenamiento jurídico tiene mecanismos idóneos y eficaces para solucionar el conflicto originado, por ende, el juez natural en el presente asunto es el Juez Laboral, el cual el juez de tutela no puede reemplazar ni sustituir los medios ordinarios establecidos para tal fin.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que JOSE ALBERTO BERMUDEZ PARRA, quien labora en la empresa DRUMMOND LTDA, desde el año 2006, por medio del contrato indefinido, quien tiene diagnosticado varias patologías, en especial el VIH+, y fue reubicado a turnos de rotación 6x1 en jornada de 8 horas, antes era el turno de trabajo 7x3, 7x4 en una jornada de 12 horas sólo diurnas en el Departamento de Sistemas, con el propósito de mejorar sus ingresos salariales, indicándole lo siguiente.

Ahora bien, de acuerdo a las pretensiones formuladas en el libelo de tutela, el cual no son otras, *"que se ordene de manera definitiva o transitoria a DRUMMOND LTDA, de manera inmediata le asigne labores o funciones propias de su cargo y como tal, de su contrato laboral, para de esa manera poder percibir el ingreso mensual habitual, por la prestación del servicio. De manera subsidiaria, en caso que la empresa persista en no ponerle a la prestación del servicio, que sea pagado su salario habitual, como si este estuviese siendo prestado"*.

Aterrizando al caso particular, cabe aclarar, que el objeto de la presente controversia radica que la empresa accionada cambió el

sistema de turnos del actor - trabajador, desmejorando los ingresos mensuales y así conculcando su mínimo vital.

En primer lugar, cabe resaltar que la acción de tutela no es el medio para dirimir este tipo de conflictos entre trabajador y empresa, para ello, el numeral 1 del art. 02 del Código Procesal del Trabajo, establece "*1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo*", es competencia de la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laborales y de seguridad social. Lo anterior, se deduce que el actor tiene a su disposición un mecanismo jurídico a su alcance que es capaz de resolver la controversia del objeto tutelar.

Ahora bien, teniendo clara la regla general, acudimos a las excepciones de procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional que se debe acreditar un estado de vulnerabilidad para el presente recurso proceda de manera directa y definitiva, y/o la acreditación de un perjuicio irremediable, procediendo de manera transitoria.

Así entonces, que el perjuicio alegado según la situación fáctica y probatoria acreditada, no es otro que el bajo de ingresos mensuales de su salario por el cambio de turnos laborales, transgrediéndose así su mínimo vital.

En primer lugar, según el historial clínico fechado 04 de enero de 2021, aportado, se vislumbra que el actor tiene diagnosticado ENFERMEDAD POR VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA [VIH], SIN OTRA ESPECIFICACION y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION, pero no dice nada sobre la reubicación a verdadero cargo, sin embargo, el actor se respalda con la certificación medica expedida por la Dra. Lina Marcela Contreras, Médico Cirujana, donde dejó constancia que el actor puede realizar su labor en edad y sexo donde labora, cumpliendo con los protocolos Covid-19. Documento éste que el juez A-quo, consideró que no era idóneo, puesto que no profesional de la salud idónea, puesto que su especialidad es Cirujana no es infectóloga.

Habida cuenta, sobre el estado de salud del actor, no se coloca en tela de juicio, pero, cabe aclarar, que el objeto del presente asunto, no se trata de un reintegro, es decir, no ha sido despedido o terminado su contrato de trabajo, el actor aunque se le haya aplicado los efectos del art. 140 del C.S.T., aun devenga salario.

Le meollo del asunto, es que el salario que devenga actualmente no le alcanza, alegando las necesidades de subsistencias, por lo tanto, solicita que se reubique a su cargo anterior o al turno de 12 de horas, es decir, su interés es devengar el salario estipulado en el contrato de trabajo.

Se deduce entonces, que el actor aún tiene contrato con la empresa, sin embargo, los ingresos como salario no le alcanza.

Sin duda alguna, se avizora que el perjuicio alegado no es otro que la disminución de los ingresos por concepto del salario por el

contrato que tiene con la empresa DRUMMODT LTDA, lo cual indica, que existe afectación a su mínimo vital.

Vale la pena, citar la sentencia T - 2007, que establece:

"El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto *"Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación".*

"El directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable"

*"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación."*¹

Aunado a lo anterior, el actor relacionó los siguientes gastos:

1. Pago de canon de arriendo por valor de \$700.000

No apporto contrato de arrendamiento o por lo menos prueba sumaria que acredite su afirmación.

2. Estudio de mi Hijo Franklin \$220.000

Aportó la certificación del colegio sobre el valor de la pensión, de un solo hijo.

3. Pago de servicios públicos \$300.000

¹ Sentencia T-131/07.

No aportó los recibos de servicios públicos domiciliarios.

4. Compra de alimentos \$450.000

No aportó prueba sumaria sobre tal gasto.

5. Cuotas moderadoras por cada vez que asisto a citas médicas \$100.000.

No apporto autorizaciones médicas sobre este pago.

6. Mensualidad de mis otros hijos menores de edad \$600.000 (150.000 por cada uno de ellos)

No aportó los Registros Civiles de Nacimiento, que acredite la existencia de los otros hijos, además el acuerdo de cuota alimentaria o por lo menos una prueba sumaria que acrediten esos pagos.

7. Entre otros gastos que surgen en el mes a mes.

No están relacionados, ni acreditados.

De acuerdo a las luces de la jurisprudencia, el actor relacionó ciertos gastos los cuales en su totalidad no fueron acreditados, teniendo la carga de acreditar sus afirmaciones, tal como lo indica la jurisprudencia.

Además de ello, el actor alega que recibe \$700.000 o 800.000 mil pesos quincenales, es decir, la suma de \$1400.000 o 1600.000 mensuales, suma esta que al no acreditar los gastos se considera que no puede afectar al mínimo vital, sin embargo, la empresa accionada aportó la estadísticas de pago del año 2020, como prueba que el actor ha recibido la suma por concepto de salario \$41.313.343 pesos, vale la pena resaltarlo, que analizando los nóminas aportadas, se avizora que el actor aparte del pago de las quincenas referidas, tiene otros descuentos, inclusive, como una libranza con cuotas de 1.122.073 pesos, siendo el descuento más alto.

Así las cosas, tenemos claro que la presente controversia la parte actora tiene un medio defensa judicial, conocido como es el proceso laboral ante su juez natural del caso, "el laboral" quien legalmente está facultado para dirimir la controversia hoy planteada en sede de tutela, este medio se considera idóneo e integró con capacidad de resolver la Litis originada, puesto que cuenta con un procedimiento y periodo probatorio más amplio que le permite al juez de conocimiento tener la certeza y/o convicción de tomar una decisión en derecho.

En ese orden de ideas, dentro del presente juicio constitucional no se haya acreditado el quebrantamiento del mínimo vital de la parte actora, solo quedo en afirmaciones sin que acreditara con pruebas siquiera sumaria los supuestos de hechos alegados en el libelo de tutela, así como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien

pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación. SENTENCIA T-040/18.

Así las cosas, le asiste la razón al juez A-quo, al negar por improcedente la tutela a los derechos fundamentales, pues, el presente asunto no cumple a cabalidad con los lineamientos establecido por la jurisprudencias citadas, teniendo el actor a su disposición un medio de defensa judicial idónea y eficaz, capaz de resolver de manera íntegra el asunto objeto del presente litigio constitucional, por lo tanto, los argumentos de la parte accionante no cuentan con suficientes respaldo para revocar el fallo de primera instancia.

En suma de todo, se percibe que el actor está devengando, sin que se haya acreditado los gastos que relacionó entre otros, puesto que, la alta corporación constitucional ha establecido que no solo debe relacionarse sino también probarse. Por otra parte, la empresa alega que la aplicación del art. 140 del Código Sustantivo del Trabajo se le aplicado a varios trabajadores de la empresa, acreditando su afirmación, adjuntando el pantallazo de Excel, donde se avizora por meses el número de trabajadores se le aplican tales efectos del enunciado normativo.

Sin más elucubraciones, se procede a confirmar la sentencia adiada 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, por las motivaciones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMAN DAZA ARIZA
Juez.