

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **11-2020-00275-01**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá, fechada 18 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

JENNY ANDREA HERNÁNDEZ MURCIA, solicitó por intermedio de apoderado judicial el amparo de los derechos fundamentales que denominó “al trabajo, mínimo vital y móvil y a la igualdad”, los cuales consideró fueron lesionados por ACCIÓN S.A.

Como sustento fáctico señaló que la señora Hernández el 3 de febrero de 2020 se vinculó a la agencia temporal de empleo ACCIÓN S.A.S, mediante un contrato de trabajo por obra o labor No. 1578514, donde se estableció una duración *“por el tiempo estrictamente necesario, y hasta cuando el usuario considere que ha cumplido la labor para la cual fue contratada, según el pedido, en consecuencia este contrato terminara en el momento en que EL USUARIO comunique a EL EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR” en el cargo de ASESOR COMERCIAL”*

Que al momento de la firma del contrato se pactó una remuneración de un salario básico mensual correspondiente a la suma de NOVECIENTOS DOCE MIL PESOS (\$912.000), más las comisiones generadas en el transcurso del mes en desempeño de su labor como ASESORA COMERCIAL, del mismo modo, dentro de las obligaciones pactadas en el citado contrato se estableció que, la trabajadora JENNY ANDREA HERNÁNDEZ MURCIA, se comprometía a prestar sus servicios a la EMPRESA USUARIA, en este caso se definió la Entidad Promotora de Salud

Sanitas S.A., la AFP: Colfondos Pensiones Obligatorias y la Caja Colombia de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO, para lo cual en febrero hogaño empecé

Indica que una vez aprobó el mes de capacitación, la señora Hernández inició el plan 30-60-90 que comprenden la medición mínima de metas establecidas por número y no por masa. En dicho plan se estableció el número de productividad, número de ventas en cesantías y número de visitas, metas que fueron cumplidas a cabalidad en los tres meses respectivos, e incluso se duplicaron

Ahora bien en desarrollo del contrato, en marzo 2, tuvo la noticia de que se encontraba en estado de gravidez, el día 13 de aquella calenda, volvió a realizarse un examen de embarazo en Sanitas Eps, también dándole resultado positivo, comunicando a su empleador a través del correo electrónico el mismo día de su estado de embarazo, con la copia respectiva de los exámenes clínicos.

Hecho lo anterior, su empleador le respondió, solicitando le informara el número de semanas y la fecha probable de parto, empero, en marzo 27 de los corrientes la gestora de la acción tuvo una incapacidad con diagnóstico de Amenaza de Aborto, por el termino de 5 días, comprendidos entre el: 27 al 31 de marzo de 2020, los cuales fueron notificados a su empleador el día 28 de marzo de la presente anualidad, aun así, ésta sufre un aborto involuntario, por lo cual en cumplimiento de lo establecido por el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo, le notifica a su empleador a través de correo electrónico remitido el día 21 de abril de 2020 lo sucedido y en consecuencia le especifica que en el momento no se encuentra en estado de embarazo, por lo cual solicita información de los proceso a seguir para efectos de acceder al descanso remunerado en caso de aborto contemplado en la citada normatividad.

Manifiesta que, en abril 23 de 2020, el empleador le informó a su representada que tenía derecho a una licencia remunerada, por lo cual solicito de la incapacidad, por lo que la accionante remite copia de los respectivos soportes médicos.

Que en cumplimiento de sus funciones y en vista del asilamiento preventivo decretado por el Gobierno Nacional, *“...el plan de trabajo adoptado por Colfondos fue el de afiliación digital, del cual la [accionante] debía tener prospectos montados en una plataforma denominada Focus, la cual se encarga de canalizar y montar todos los prospectos a su cargo...”*, por ende, *“...una vez la señora ANDREA HERNANDEZ MURCIA, se encontraba ejecutando sus funciones, evidenci[ó] que el cargue estos prospectos y de las tareas a realizar, tuvieron un retraso de dos (2) semanas, en las que día a día [ella], le notificaba a su jefe inmediato, María Judith Cardozo, a través de correos electrónicos... la falta de cargue e información para laborar. Correos de los cuales obtuvo respuesta hasta (2) semanas después de*

emitidos. Pese a ello, la trabajadora cumplió con todas sus metas del mes de marzo de 2020”.

Precisa que, teniendo en cuenta su asignación de funciones, se estableció que los lugares donde la accionante, debía prestar sus servicios eran multicompartidos con sus compañeras de trabajo, Beatriz Ortega y Rocío Mosquera, por lo cual se le asignaba a cada una un mes en específico para realizar contrataciones, asignándosele a la señora Hernández, por su jefe inmediata la contratación de CAFAM para el mes de abril de 2020,

Así entonces, una vez la señora Hernández se encontraba realizando las respectivas llamadas con el fin de hacer una fidelización con los clientes, el día 16 de abril de 2020, logró efectuar una fidelización y en esta comunicación su cliente, le informó que en CAFAM se estaban realizando bastantes contrataciones con médicos debido al estado de emergencia social y sanitaria.

De acuerdo con el informe de ventas remitido por su empleador el día 17 de abril de 2020, se evidenció que sus compañeras Beatriz Ortega y Paula Osorio habían tenido ventas presenciales de 8 y 10 afiliaciones.

Con ocasión a lo dicho, la accionante en esa última calenda, le remitió un correo electrónico a su jefe inmediata María Judith Cardozo Serge, a través del cual puso en su conocimiento la situación descrita en el numeral anterior y en esos términos solicitó le informaran como se estaba efectuando el trámite de contratación en CAFAM ya que a pesar de que le fue asignada la contratación del mes de abril de ese punto, no tenía contacto alguno con el recurso humano de CAFAM. Lo anterior teniendo en cuenta que su compañera Beatriz Ortega le informo que la contratación en CAFAM estaba CANCELADA y no había recibido ningún direccionamiento por su jefe inmediata, a lo cual, en abril 22 de 2020, una vez aquella se comunicó] con una de sus clientes, Yenny Viviana Cubides, empleada de CAFAM, le informó que después de haberse concretado la realización de su afiliación y culminado el respectivo asesoramiento por parte de la señora Hernández, el área de recursos humanos de CAFAM, le informa que no debe hacer la afiliación con la señora HERNANDEZ, sino con la señora BEATRIZ ORTEGA, frente a lo cual su jefe inmediata no le había dado ningún direccionamiento pese a que ella lo había solicitado con antelación.

Motivo por el cual el mismo 22 de abril, la señora HERNANDEZ, informa de esta situación a su jefe inmediato, por lo cual solicita de manera urgente una aclaración al respecto ya que por obvias razones estas acciones perjudican su trabajo.

En respuesta de dicha misiva, su jefe inmediata, le informa que efectivamente las empresas tienen restringidas las contrataciones directas y en consecuencia no

están permitiendo el ingreso de ningún proveedor, por lo cual la gerente de contratación Carmen Largo, le había informado que están suspendidas las contrataciones, sin embargo señaló que se encargaría de validar la información suministrada por la accionante, con la trabajadora Beatriz Ortega.

Así mismo señaló que, hasta nueva orden se encontraban laborando con afiliación digital con la empresa de CAFAM. En esta medida aclaró que de acuerdo con las políticas de trabajo de la empresa CAFAM, se tiene un plan de trabajo establecido todos los meses del año donde la trabajadora Beatriz Ortega se encuentra desempeñando un trabajo fijo todos los meses y las trabajadoras Rocion Mosquera y Andrea Hernández se van rotando y efectivamente el mes de abril le correspondía a la señora Andrea Hernández, en consecuencia, la gestora de la acción decide presentar una denuncia formal ante la línea de transparencia a través de radicado único No. 80 presentado el día 21 de abril de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, en mayo 26 ulterior su jefe inmediata la señora Mara Judith Cardozo, le remite un correo a la accionante, a través del cual le informa que a la fecha el listado de sus metas no ha aumentado por lo cual le solicita información al respecto, a lo cual ésta contestó que en relación con la contratación del mes de abril únicamente logro realizar 7 afiliaciones, debido a que los demás clientes fueron gestionados por su compañera Beatriz Ortega.

Teniendo en cuenta así mismo que el listado de contratación del mes de abril fue remitido por su compañera hasta el 04 de mayo de 2020. Así mismo, señaló que los prospectos montados en Focus tal como lo mencionó Sandra Agudelo la había trabajado Andrea Hernández, tiene el porcentaje más alto en cuanto a efectividad y que en el momento contaba con 54 prospectos todos totalmente gestionados; y puntualizó que en casi un 25% de los prospectos montados tienen datos errados y sin ninguna forma de contactar al cliente.

Por otro lado, fue enfática en resaltar que en el mes de mayo finalizó su plan 30-60-90, por lo cual solo desarrollaba la actividad de acotación, lo cual no implicaba que no continuara realizando su trabajo, pero en ese punto era importante señalar que ella no contaba con el reconocimiento del área de recursos humano de CAFAM ni tampoco tenía acceso a la afiliación guardada, herramientas necesarias para el desarrollo de sus funciones como asesora comercial.

Pese a lo anterior, la trabajadora ANDREA HERNANDEZ, continuó con su labor acorde a la información con la cual contaba a la mano, tratado de gestionar su trabajo con allegados para el cumplimiento de las respectivas metas.

El 28 de mayo de 2020 su empleador a través de correo electrónico le notificó su retiro, con la siguiente motivación: *“la obra o labor para la cual usted fue contratado a culminado a partir de la finalización de la jornada laboral del 28 de mayo de 2020, lo*

anterior con base en lo señalado en el código sustantivo de trabajo en su artículo 61 numeral d.” y, debido a esto, considera la accionante que se le han vulnerado sus derechos al trabajo, mínimo vital y móvil, derecho a la igualdad, al terminarle el contrato de trabajo por obra o labor sin justa causa, que compruebe que efectivamente la obra o labor para la cual fue contratada terminó.

Lo pretendido

Que como consecuencia de lo anterior ordene al representante legal de la empresa ACCIÓN S.A., a reintegrar de inmediato a la actora al cargo de trabajo que estaba desempeñando o a uno de similares condiciones, y que se cancele todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, así mismo que los aportes al sistema general de seguridad social

Trámite de la primera instancia.

Correspondió por reparto la compendiada acción, al Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá, quien mediante auto del 12 de junio de 2020, la admitió y ordenó la notificación de las empresas accionadas, a fin de que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones narrados por la tutelante y ordenó la vinculación de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., Colfondos Pensiones Obligatorias, Caja de Compensación Familiar Colsubsidio y CAFAM y se enteró al Ministerio de Trabajo.

CAFAM, sostuvo llanamente que no es la encargada de garantizar la protección de los derechos fundamentales de la accionante, máxime, que ésta no tiene ningún tipo de vínculo laboral con la Caja de Compensación Familiar CAFAM y que los que motivan la presente acción de tutela, de acuerdo con la relación laboral entre la accionada ACCIÓN S.A.S. y la Accionante, corresponden a una situación ajena a CAFAM, siendo de exclusiva responsabilidad de la empresa empleadora, por ende, solicita se excluya de la presente acción.

A su turno, SANITAS EPS, indicó que la accionante presenta cotizaciones en calidad de dependiente del empleador ACCIÓN S.A.S. a la fecha sin ninguna novedad laboral de retiro así mismo, en revisión de su base de datos, encontró que solo hasta con el conocimiento de la presente acción de tutela es que se expide la incapacidad comprendida desde el 27 de marzo al 31 de marzo de 2020, lo anterior, debido a que no había sido radicada oportunamente. Sin embargo, dicha incapacidad se expide sin reconocimiento económico, por no cumplir con el periodo

mínimo de cotización, según lo establecido en el Decreto 2353 de 2015 y Decreto 780 de 2016.

Igualmente, frente a la pérdida laboral de la accionante, manifestó que si la accionante requiere atención médico asistencial, puede acceder al Plan de Beneficios en Salud en el momento en que lo requiera, a través de los médicos e IPS adscritas a la red de la EPS Sanitas hasta el día 30 de junio de 2020, toda vez que se encuentra solicitud de traslado aprobada por esta entidad hacia Famisanar EPS, y con vigencia en esa entidad, a partir del 01 de julio de 2020, denotando así, falta de legitimación en la causa por pasiva.

En su momento, la accionada ACCIÓN S.A.S., señaló que la actora fue contratada como trabajadora misional para prestar sus servicios de manera temporal y durante el tiempo que durara la labor en las instalaciones de la empresa Usuaría Colfondos S.A., con el fin de desarrollar labores de *“ejecutar el proceso de ventas establecidos en el MAC, asegurar el cumplimiento de las metas individuales de fidelización, profundización, penetración y ventas, en los portafolios vacantes, incapacidades o eventos programados”* y, que una vez finalizado las capacitaciones de rigor, empezó a desarrollar sus labores bajo los parámetros estipulados por la empresa Usuaría.

En ese sentido, también indicó que aquella los resultados de las pruebas de embarazo realizadas, soportes de los cuales a la ejecutiva de cuenta asignado le solicitó se aclarara el tiempo que tenía de gestación y fecha probable de parto, aclarándose por parte de la tutelante que tenía aproximadamente 5 a 6 semanas de gestación y que aún no era posible tener una fecha probable de parto, incluso, arrió la incapacidad de 5 días correspondiente desde el 27 al 31 de marzo de 2020 con diagnóstico O20.0 Amenaza de Aborto, la cual le fue pagada como salario normal en su cuenta de nómina en el mes de marzo de 2020.

Sostiene que la gestora de la acción notificó a la entidad contratante el 21 de abril de 2020 que había sufrido un aborto involuntario y solicitando el reconocimiento del descanso remunerado establecido en el Artículo 237 del Código sustantivo del Trabajo, sin allegar incapacidad médica debidamente expedida por su EPS para que ella pudiese disfrutar el tiempo otorgado por el médico tratante y de esta manera poder realizar trámite de recobro ante la EPS, soporte que le fue debidamente solicitado por medio de correo electrónico como se podrá constatar en los soportes allegados como prueba.

Aclaró que la trabajadora al no aportar documentación que demostraran el otorgamiento de la licencia o incapacidad expedida tendría que seguir desarrollando las labores para las cuales fue contratada, ya que la Accionante no tendría derecho al descanso remunerado solo con allegar constancia de que sufrió un aborto ya que

la normatividad laboral es clara en establecer los parámetros para su reconocimiento, los cuales son de total conocimiento por parte de la Accionante, quien no puede alegar desconocimiento de una parte de la norma que ella misma cita para su beneficio personal.

Respecto de las funciones de la accionante en ejecución de sus labores, manifestó que, efectivamente, la empresa usuaria siguió desarrollando sus labores de manera remota, para lo cual se le solicitó al personal el cumplimiento de sus labores por medio digital e ingreso de la información en la plataforma interna manejada por COLFONDOS, resaltando, que a la trabajadora se le realizó cancelación de los garantizados a los cuales tenía derecho desde el segundo mes de vinculación hasta la finalización del vínculo laboral, lo cual fue debidamente cancelado en las nóminas de abril y mayo de 2020 como constata en los comprobantes de nómina que se allegan como prueba.

Del mismo modo, esgrimió que las gestiones realizadas y adelantadas por otras trabajadoras no deben afectar el desarrollo apropiado de las labores que habían sido encomendadas a la accionante y por las cuales debía cumplir las metas estipuladas por la empresa usuaria, máxime, cuando no le constan las llamadas realizadas por la accionante a personal aparentemente perteneciente a la Compañía CAFAM y que conllevaron direccionamientos de generar afiliaciones con una asesora comercial distinta a la Accionante.

Tampoco le consta la aparente llamada realizada a personal de la Usuaría, ya que dicha información no ha sido de conocimiento de ACCIÓN S.A.S., y que la accionante durante el vínculo laboral suscrito con ACCIÓN S.A.S. no informó sobre alguna irregularidad en la prestación de los servicios por ella realizados como trabajadora misional en las instalaciones de la empresa usuaria, ni envió a través de los canales autorizados por la Compañía la aparente denuncia que afirma presentó el 21 de abril de 2020.

Frente al tema de la terminación laboral, puntualizó que la decisión le fue notificada a la gestora de la acción en mayo 28 de 2020 bajo causal legal y objetiva, actuando así con lo decantado en nuestra legislación laboral, esto con base a lo señalado y reglado en el Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 61 Literal d el cual reza: “d). Por terminación de la obra o labor contratada”, teniendo en cuenta que la labor para la cual fue contratada la Accionante como trabajadora misional finalizado, debido a la disminución de los servicios realizados por nuestra empresa Usuaría, reiterando que aquella nunca les informó o se nos puso en conocimiento queja, solicitud o inconformidad presentados en los canales de comunicación, comités de convivencia o de acuerdo a su conducto regular a su jefe inmediato, por tanto, nos enteramos de su versión sin tener conocimiento con anterioridad de los

hechos relacionados en su escrito, razón por la cual se considera que los motivos expresados carecen de oportunidad.

No obstante, es importante resaltar que la compañía siempre estuvo presta al acompañamiento, comprensión en cualquier tema que se hubiera presentado a la Accionante durante la relación laboral y del cumplimiento de obligaciones laborales y contractuales como empleador.

El MINISTERIO DEL TRABAJO, informó que se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela en lo que respecta al Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que esa entidad no fue ni es empleador de la accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre las partes, por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Del mismo modo, CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, señaló brevemente que la accionante estuvo afiliada a la Caja de Compensación Familiar a través de la empresa ACCION S.A.S del 3 de febrero al 28 de mayo de 2020, no registró grupo familiar, dejando claro que no tiene ningún tipo de relación laboral con aquella, por ende, señala que la accionada es la exclusiva responsable de sus trabajadores, así entonces, esta dependencia no es competente para resolver las solicitudes de la accionante y tampoco tiene injerencia alguna en la relación laboral de la empresa ACCIÓN S.A.S con sus trabajadores, en conclusión, no puede existir vulneración de sus derechos fundamentales.

Por su parte, COLFONDOS S.A., indicó tajante que se declare la improcedencia de la presente acción, como quiera que la accionante no es, ni ha sido trabajadora de la sociedad, de ahí que la solicitud de reintegro a su puesto laboral se torna ampliamente improcedente.

Así pues, al dirigir la pretensión a COLFONDOS lo que busca tácitamente es que se declare la existencia de un contrato de trabajo con COLFONDOS S.A. lo que supone que, en esta tutela, no se puede debatir lo que, por la naturaleza del asunto, se debe tramitar a través de un proceso ordinario laboral en virtud del respeto al principio de subsidiariedad, incluso, en vista de las pretensiones enarboladas existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

La sentencia impugnada.

El juez de primer grado decidió NEGAR el amparo de tutela, luego de considerar que la actora no es un sujeto calificado bajo los lineamientos de estabilidad laboral reforzada, por cuanto aquella para el momento del despido no se encontraba bajo dicho amparo, además tiene la señora Hernández se encuentra en la capacidad de iniciar las acciones legales pertinentes, ante el Juez ordinario y no acreditó un estado de debilidad manifiesta, y de indefensión, por lo que no era procedente utilizar el medio constitucionales en pro de amparar sus derechos fundamentales.

La impugnación.

Inconforme con la decisión del Juez de primera instancia, la apoderada judicial de la actora, al impugnar el fallo de tutela, fundó su desacuerdo en que no existió una valoración probatoria adecuada por cuanto se contaban con los medios documentales que probaban el estado de indefensión de la señora Hernández, debido a que no podrá esperar otro tramite que no sea la acción de tutela, pues ella necesita ser protegida de manera inmediata, ya que en este momento no tiene recurso alguno para subsistir desde el despido, es decir en estos momentos, se encuentra en una crisis económica, donde no tiene como pagar sus obligaciones, ni vivienda, ni comida ya que ni siquiera se le cancelo liquidación ni indemnización alguna por parte de la accionada, debido a esto es que se debe proteger de manera inmediata los derechos de a vivir en condiciones dignas que permitan garantizar un mínimo a una alimentación, al pago de los servicios públicos domiciliarios, a una atención en salud, más aun cuando hace menos de tres meses sufrió un aborto.

Po lo tanto, ACCION SAS, al decretar la terminación del contrato de trabajo por obra o labor de la señora, ANDREA HERNANDEZ, sin justificación valida, en época de pandemia, fue en contra de lo establecido por el Gobierno Nacional a través de las Circular 021, 022 y 033 de 2020, por lo cual es necesario que se garantice por todos los medios posibles y expeditos el derecho fundamental del que goza la actora.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de

la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

Procedencia de la acción de tutela contra particulares.

De acuerdo con el inciso final del art. 86 de la Constitución está permitido excepcionalmente el ejercicio de la acción de tutela contra particulares, siempre que se encuentre que estos incurren en vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

Lo anterior, ha sido desarrollado por la enunciación contenida en el art. 42 del Decreto 2591 de 1991, y cuyo alcance ha sido delimitado por la Corte Constitucional así¹:

- Que exista entre las partes una relación que ubique a la una respecto de la otra en condición de **subordinación** o indefensión.
- Que se trate de un vínculo en el que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público cualquiera.
- Que el particular actúe o haya actuado en el ejercicio de funciones públicas.
- Que se trate una temática atinente al derecho de habeas data.

Sobre la subordinación ha dicho la Corte Constitucional que se refiere a:

“el acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas”² y pone como ejemplos de estas situaciones: “(i) las relaciones derivadas de un contrato de trabajo; (ii) las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo; (iii) las relaciones de patria de potestad originadas entre los hijos menores y los incapaces respecto de los padres o (iv) las relaciones entre los residentes de un conjunto residencial y las juntas administradoras de los mismos”³. (Negrillas fuera de original)

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2011.

² Corte Constitucional. Sentencia T-233 de 1994.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-371 de 2009.

Además, en sentencia T – 136 de 2013 la Corte Constitucional, con ponencia del honorable Magistrado doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

“...Esta Corporación ha explicado reiteradamente que la acción de tutela responde al principio de subsidiariedad⁴, es decir, no es un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Es por ello que no debe ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la omisión injustificada del interesado.

Bajo este marco la Corte ha advertido sobre la improcedencia general de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual, en tanto que “por tratarse de controversias que se derivan de acuerdos privados celebrados por las partes (...) deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil, comercial o contencioso dependiendo del caso particular”⁵

Ahora bien, también ha explicado que aunque exista otro medio de defensa judicial, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente en aquellos casos en que: (i) las otras acciones judiciales no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, (ii) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para precaver que ocurra un perjuicio irremediable⁶

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que tratándose de acciones de tutela interpuestas por sujetos de especial protección constitucional, se debe hacer el análisis relativo al agotamiento de los recursos y medios judiciales

⁴ Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-514 de 2003, T-1121 de 2003, T-1093 de 2004, T-1140 de 2004, T-742 de 2011 y T-086 de 2012.

⁵ Sentencia T-086 de 2012. Precisamente en esta providencia se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en tres expedientes distintos en relación con la cobertura de varios contratos seguros ante eventos de incapacidad total y permanente. En su momento, la Sala de Revisión no encontró probada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justificase la intervención del juez de tutela.

⁶ Mediante sentencia T-225 de 1993, la Corte explicó los elementos constitutivos del perjuicio irremediable así: “ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) || “B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) || “C). No basta cualquier perjuicio, 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. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. || “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. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

ordinarios y a la configuración de un perjuicio irremediable, de forma más flexible en atención a las especiales condiciones de estas personas, *“teniendo en cuenta que su capacidad para reaccionar a la misma y defender sus derechos adecuadamente, se encuentra limitada”*⁷

En consecuencia, no es suficiente para excluir automáticamente la procedencia de la tutela, la mera existencia de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, *“con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela”*⁸. El otro medio de defensa, entonces, *“debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”*⁹, atendiendo igualmente las condiciones particulares de vulnerabilidad del accionante.

Y con relación a la situación de debilidad manifiesta que haga procedente la estabilidad laboral reforzada, el mismo pronunciamiento, agregó que:

*“...De forma reiterada la Corte Constitucional ha sostenido que este derecho constitucional se extiende a aquellos trabajadores que debido a serios deterioros en su estado de salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Así, corresponde al juez de tutela analizar, en el campo de la sana crítica y de acuerdo con su autonomía judicial, las características específicas del asunto sometido a su enjuiciamiento, para constatar si la afección en la salud del actor es de una envergadura tal que lo sitúa en la señalada posición de debilidad manifiesta. Esto sucede cuando, por ejemplo, la enfermedad le impide desarrollar su potencial laboral en condiciones regulares, limitando de manera importante su capacidad laboral y su posibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo, amenazando de esta manera, igualmente, la garantía al mínimo vital...”*¹⁰

7 Sentencia T-738 de 2011. Ver también T-043 de 2005 y T-352 de 2011.

8 Sentencia T-468 de 1999.

9 Sentencia T-003 de 1992.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-263 de 2009, T-992 de 2008, T-504 de 2008, T-513 de 2006 y T-198 de 2006, entre otras. Igualmente, este criterio encuentra respaldo en lo previsto en el numeral 1° del artículo 1° del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 82 de 1988: *“A los efectos del presente convenio, se entiende por **“persona inválida”** toda personas cuyas **posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el***

Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada

En sentencia T – 201 de 2018 la Corte Constitucional, determinó la naturaleza y fines de la estabilidad laboral reforzada como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales como el derecho, en sentido amplio, que tiene todo trabajador en estado de debilidad manifiesta a permanecer en el empleo, a menos que exista una causa objetiva y justa para su desvinculación.

El mentado fallo señaló:

“...La estabilidad laboral reforzada implica que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que lleven a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus funciones...,”

...la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (persona en situación de discapacidad física o mental, o mujer en estado de embarazo). Dicha protección, entonces, no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia “un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores...

...La mencionada protección le asiste a quienes acrediten su discapacidad, pero también a las personas que están en situación de debilidad manifiesta debido a importantes deterioros en su estado de salud, que le “impide[n] o dificulta[n] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”. De tal suerte, “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función

mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.” (Énfasis añadido).

propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada.”¹¹

..., la estabilidad laboral reforzada tiene como objetivo brindar una protección adicional a las personas que puedan ser apartadas de su trabajo, con ocasión de una eventualidad médica por la que atraviesen...”

Los presupuestos para que sea aplicable la estabilidad reforzada pueden sintetizarse así: “Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta;

- Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;*
- Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y*
- Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.”¹²*

EL CASO CONCRETO

Teniendo que establecer el despacho si la finalización de la relación contractual, entre la empresa ACCIÓN S.A.S., siendo esta contratante y el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, esta última como sociedad usuaria y la accionante, se realizó violentado los derechos fundamentales invocados por ésta en su escrito tutelar, y si por este hecho, hay afectación de sus prerrogativas fundamentales al trabajo y mínimo vital entre otras.

Del material probatorio se establece que la accionante, se vinculó a laborar el 3 de febrero de 2020, contratada por ACCIÓN S.A.S., a fin de que cumpliera ciertas labores en las empresas usuarias que solicitara su servicio, CONTRATO No. 1578514, pactando como lapso del vínculo, el término que la sociedad usuaria requiriera, pues era un contrato de obra o labor, la cual y terminó el 28 de mayo del año que cursa

Que durante la vigencia del contrato laboral, más exactamente el 13 de marzo del año que avanza, se enteró de su estado de gravidez, el cual terminó pre-termino, el 29 de marzo de 2020.

Ahora bien, la accionante manifiesta que por una serie de novedades en sus labores, tuvo inconvenientes, con sus jefes y compañeros del trabajo, en razón del cumplimiento de las metas trazadas, e infiere y señala que la obra o labor para la

¹¹ *Sentencia T-521 de 2016.*

¹² *T-141 de 2016*

cual fue contratada no pudo haber terminado, por lo que no era dable finiquitar el vínculo laboral bajo esta causa, yendo en contra de las circulares 021, 022 y 033 emitidas por el Ministerio del Trabajo bajo el marco de la pandemia generada por el COVID-19.

Frente a esos aspectos en particular es de poner de presente que dentro del plenario no se encuentra acreditada que la accionante padeciere ninguna enfermedad a la fecha del despido, pues los hechos generados en el mes de marzo del año que avanza, según la documental adosada no tuvo a la fecha de interponer la acción ni del despido secuela alguna en las labores cotidianas de la señora Hernández.

Además no se establece con total claridad que dicha afectación le impidiese o dificultara el desempeño de sus labores de manera regular. A ello, debe aunarse que, si bien, en la respuesta de las entidades citadas al trámite, se otea que la señora Hernández fue incapacitada en el mes de febrero y marzo respectivamente, tal dolencia a la fecha del despido no estaba siendo tratada, ni que por aquella patología se encontrara vigente incapacidad alguna, o se tengan recomendaciones laborales a seguir por parte del empleador, pues ni la actora y mucho menos las accionadas aportaron a este plenario documento que prueben que la accionante, estaba bajo condiciones laborales especiales, dadas las patologías que ella expone en esta sede de tutela.

Sumado a esto, por la edad de la reclamante, esto es, 31 años, no se establece que amerite un tratamiento especial que conduzca a concluir una condición de debilidad manifiesta como se aduce.

Con todo, al margen de lo anterior, en gracia de discusión se tiene que la actora, alega que la obra o labor para la cual fue contratada no finiquitó, por lo que su contrato debía haber continuado, argumento que no tuvo prueba documental alguna que respaldará sus dichos, y por el contrario se tiene que los motivos de la desvinculación se respalda en una causal objetiva, esto es la terminación de la obra o labor que estaba siendo prestada por la actora ante la sociedad usuaria, y finalmente a que no es factible establecer sin lugar a dubitación alguna que en algún momento existiere un nexo causal entre el despido y las condiciones de salud del accionante.

Bajo ese panorama, se deberá confirmar lo decidido por el Juez de primera instancia, por cuanto este despacho observa que en este caso concreto, el empleador invoca y acredita circunstancias que permiten considerar que no necesariamente e inexorablemente las razones que motivaron del despido de la accionante se encuentran relacionadas con su estado de salud y por ende, no es posible catalogarlo como discriminatorio, y por lo tanto debe ser a través del mecanismo ordinario respectivo que debe discutirse y resolverse lo relativo a la eficacia del despido. Y es que dadas las particularidades en este caso, la controversia sobre ese particular requiere un debate probatorio más profundo y desarrollado en debida forma ante el juez ordinario laboral competente.

Por otro lado, no se encuentran acreditadas situaciones que permitan sopesar la presencia de condiciones mínimas para ser beneficiaria de la protección del juez de tutela, pues no se aprecian circunstancias “*graves*” de la accionante, que hagan procedente el amparo, ello sumado a que en el escrito de tutela no existe ni siquiera afirmación de dicha condición ni prueba de la misma.

Ahora bien frente a la vulneración del mínimo vital, que revisó el juez de instancia se debe decir, que no existe tampoco prueba alguna o hecho que haga suponer dicha situación a favor de la señora Hernández, ya que como se dijo anteriormente, la actora no probó cosa diferente a la existencia del contrato y su finalización sin que arrime al plenario documentos que convengan por lo menos de que dado el despido sufrió un daño en su vida, personal, familiar y social.

Finalmente, ha de decirse que, si bien como derechos conexos al trabajo se encuentran conceptos como el mínimo vital movilidad e inclusive seguridad social, y estos unidos a la vida y salud de los trabajadores y de su núcleo familiar, no desconoce este despacho que la presunta vulneración alegada por la actor, surgió dentro del marco del estado de emergencia económica y social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por cuenta de la pandemia generada por el COVID-19, siendo que el país y el mundo en general se encuentra atravesando un momento de crisis.

Es por ello, que el Ministerio del Trabajo, adoptó la figura de la FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA mediante la cual tomó estrictas medidas de inspección, vigilancia y control sobre las decisiones que adopten los empleadores en relación con los contratos de trabajo durante la emergencia sanitaria, creando para ello distintos canales de comunicación con el trabajador, como los contemplados en la Circular No. 033 del 17 de abril de 2020 y que es una herramienta eficaz para determinar si la empresa llamada al pleito como accionada, actuó dentro de las directrices señaladas por las autoridades para dar por terminado el vínculo laboral que tenía la señora Hernández.

Corolario de lo expuesto y recordando que la garantía superior es un mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales y su naturaleza es subsidiaria, la queja constitucional deviene improcedente a términos del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991. Por tal razón, se CONFIRMARÁ el fallo de instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá de fecha 18 de junio de 2020.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITASE la actuación dentro del término legal a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,



AURA ESCOBAR CASTELLANOS

Jueza