



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-40-03-019-2020-00527-00
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: Marisol Rojas Murcia
ACCIONADO: Scotian Global Business Services Colombia
ASUNTO: Fallo de Tutela.

Acción de Tutela para proteger los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad, mínimo vital y debido proceso, por parte de la accionada.

I. ASUNTO POR TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991 y vinculadas las entidades señaladas por el Superior, decide este Juzgado, la acción de tutela que, en protección de sus garantías constitucionales presentó Marisol Rojas Murcia contra Scotian Global Business Services Colombia.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Solicitó el amparo de los prenombrados derechos fundamentales vulnerados por la entidad convocada, en consecuencia, pide su reintegro y el pago de la indemnización equivalente a 180 días, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Afirmó para sustentar su petición de amparo, los siguientes hechos:

Prestó los servicios en la entidad convocada desde el 1º de octubre de 2018, mediante contrato a término indefinido, mas el 4 de septiembre del año en curso, le fue comunicada la terminación de la relación laboral.

Indicó, que desde el pasado 8 de agosto, se encuentra aislada con ocasión de resultar positivo para Covid 19, por lo que desde esa fecha y luego de varias valoraciones médicas, le fue extendida su incapacidad, siendo la última hasta el 21 de septiembre, además, se encuentra en tratamiento para descartar cáncer de tiroides, a propósito de la cita con medicina interna programada para el próximo 10 de octubre; patologías que fueron puestas en conocimiento de la empresa a fin de realizar teletrabajo debido al riesgo de contagio, de lo cual adjuntó copias a la presente acción.

Por último, adujo que es mujer cabeza de familia y su despido le genera perjuicios, al no tener recursos adicionales para cubrir sus necesidades básicas y continuar con su tratamiento médico.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

Admitida la acción mediante auto de fecha 21 de septiembre del presente año, este Despacho ordenó la vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, Secretaría Distrital de Salud, Famisanar EPS, Colsubsidio IPS y al Ministerio de Trabajo; la notificación de la accionada y las vinculadas, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Además, se requirió a la accionante para que allegara las pruebas que dan cuenta de los hechos que motivaron la acción, amén de realizar el juramento a que se refiere el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Agotado el término del traslado, la entidad accionada y vinculadas emitieron respuesta, así:

1.- La accionada informó que no es cierto que la promotora se encontrara incapacitada al momento de la terminación del contrato, esto es, el 4 de septiembre del año en curso, dado que no tenía conocimiento de un nuevo aislamiento posterior al primero, es decir, el expedido desde el 5 al 11 de septiembre, sino hasta la notificación del trámite de la tutela, siendo el último, el reportado hasta el 21 de agosto de 2020, pues en su sentir, el aislamiento no genera incapacidad, tampoco tenía idea de la “*supuesta patología*” –descartar cáncer de tiroides-, por



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

cuanto dicho diagnóstico nunca incidió en el desarrollo normal de las funciones, incluso de tal no recibió recomendaciones o restricciones médicas laborales, tampoco orden de reubicación, ni calificación de pérdida de la capacidad laboral, mucho menos, remitió copia de su historia clínica, siendo desconocida la patología que la aqueja de la que hasta ahora existe un diagnóstico.

De otro lado, precisó que no presentó solicitud de teletrabajo por parte la accionante.

Por último, indicó que la accionante no es sujeto de especial protección, ya que no cuenta con *“recomendaciones vigentes y un antecedente médico que no ha sido confirmado no implica que automáticamente que esté amparada por este derecho a la perpetuidad en el empleo...”*, además, la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, en el que su desvinculación fue dada en legal forma, razón por la que solicitó negar el amparo por improcedente.

2.- Famisanar manifestó que es la actual Entidad Promotora de salud de la agenciada y que según reporte se encuentra afiliada desde el 14 de septiembre de 2013 como cotizante, su estado de afiliación es activo, vinculada laboralmente a la entidad accionada desde el 1º de octubre de 2018.

Afirmó no encontrarse legitimada por pasiva, puesto que no ha tenido vínculo contractual de carácter personal con la accionante en la que haya originado responsabilidad imputable a la entidad, por lo que solicitó su desvinculación.

3.- La Secretaría Distrital de Salud, expuso que no es competente para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones, pues no se plantean hechos que indiquen la negación de la prestación del servicio de salud.

4.- El Ministerio de Trabajo, solicitó declarar improcedente la acción, como quiera que no ha sido su empleador, ni ha existido vínculo laboral, ni tampoco ha vulnerado ni puesto en peligro los derechos fundamentales invocados por la promotora. Incluso, precisó que la promotora dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico para protección de sus derechos.

5.- La Superintendencia Nacional de Salud, sostuvo que no se ha radicado queja o inconformidad por la agenciada por la prestación de servicios de salud, sino que los hechos versan sobre una relación laboral, en la que la entidad no es competente para dirimirlos.

6.- La Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, informó que la accionante es una paciente con antecedentes de *“hipotiroidismo subclínico y nódulo tiroideo”* y *“resección de carcinoma escamoso dorsal”*, quien luego de varios estudios de apoyo diagnóstico se le descartó *“patología maligna”*. Además, fue atendida por infección Covid-19 con prueba positiva del 12 de agosto de 2020 y recibió telemedicina el pasado 22 de septiembre *“... refiriendo que persiste con tos productiva asociado a dolor pleurítico, disnea de medianos esfuerzos, astenia, adinamia, cefalea global de intensidad moderada, picos febriles hasta hace 4 días según manifestó la paciente. Dado que la modalidad de atención no permitió efectuar examen físico, se indicó en este caso la conveniencia de recibir asistencia presencial, para realizar examen físico completo”*.

Frente a las pretensiones de la acción expuso que no es competente para resolverlas.

7.- A propósito de lo dispuesto por el Superior –Nulidad- el Laboratorio de Salud Pública de la Secretaría Distrital de Salud, adujo que revisadas las bases de datos, la accionante se encuentra activa en Famisanar EPS, en calidad de cotizante desde el 1º de enero de 2009, con último período compensado octubre de 2020.

Consideró que en el marco de sus competencias, no pudo dirimir el conflicto entre los convocados.



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Sobre el laboratorio en cuestión, señaló que se aportaron los resultados de laboratorio de 26 de septiembre, 11 de agosto y 8 de julio del año en curso.

8. Finalmente, Aliansalud EPS, mencionó que la parte actora no se encuentra afiliada a la entidad, amén de que la situación de que se duele le es ajena.

CONSIDERACIONES

1. Ha de partir el Despacho por admitir su competencia para conocer el presente asunto, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 8° del Decreto 306 de 1992.

2. La acción de tutela se encuentra 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 o de un particular, que preste *“un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión”*, y no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

La finalidad última de esta causa 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.

3. Ahora, teniendo en cuenta que el derecho al trabajo como garantía constitucional fundamental integra unos requisitos mínimos, entre los que se encuentra la estabilidad, consagrada en el canon 53 de la Constitución Política, la cual se manifiesta en *“la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como justa”*, dicha prerrogativa ha sido implementada a través del concepto de la estabilidad laboral reforzada, cuyos titulares son *“las personas amparadas por el fuero sindical, aquellas en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, pues el objetivo de esa figura es ‘proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña’* (C. Const. Sent. T-014-19).

Bajo esta perspectiva, se ha determinado que la garantía en comento es procedente tratándose de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a propósito de alguna limitación física, psíquica o sensorial, o que padecen una enfermedad que les impide desarrollar sus labores en condiciones regulares, con independencia de si cuenta o no con una calificación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, pues dado su estado de salud pueden ser objeto de discriminación por parte del empleador y ser desvinculados sin que medie una justa causa, sobre el punto, el máximo Tribunal en materia constitucional en sentencia T-041 de 2019, precisó:

*“un trabajador que: ‘i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, **está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’**”.*

En ese contexto, la estabilidad laboral reforzada es una garantía para que el trabajador en situación de discapacidad continúe ejerciendo labores y funciones acordes a su estado de salud, con iguales o mejores beneficios laborales a los del empleo que ocupaba y recibiendo la capacitación requerida para realizar las nuevas actividades.” (Negrillas de la Corte)

No obstante, lo anterior no implica una prohibición definitiva de despedir al trabajador que se encuentre en estas condiciones, pues conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en el evento en que concurra una causal objetiva el empleador podrá dar por terminada la



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

relación contractual siempre y cuando solicite autorización al Inspector de Trabajo so pena de cancelar una indemnización equivalente a 180 días salario, aunado al hecho que se aplicará la denominada “presunción de desvinculación laboral discriminatoria”, según la cual se entiende que el despido se generó en razón al estado de salud del empleado, circunstancia que deberá ser desvirtuada por el patrono, en tal la sentido la Corporación en cita ha expresado:

*“...además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de: (i) que se establezca que el trabajador se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación. En estos casos, la jurisprudencia ha señalado que, **establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato**” (Énfasis fuera de texto).*

De otro lado, el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Trabajo emitió las Circulares No. 0021 y 0022 de marzo 2020, en razón al fenómeno de salud pública que atraviesa actualmente el país por el virus Covid19 presentando a los empleadores diferentes medidas que pueden adoptar en aras de garantizar la protección del empleo durante esta difícil fase, tales como: trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas y permisos remunerados; así mismo, aclara que corresponde a los Jueces de la República determinar si la contingencia actual constituye o no un caso de fuerza mayor y sus implicaciones de acuerdo al caso concreto, al respecto expresó:

“...esta entidad aclara que la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración.

En todo caso, el empleador debe valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas (...), por lo que se hace un llamado a los empleadores para que en estos momentos de dificultad mantengan la solidaridad y el respaldo que los ha caracterizado hacia los trabajadores y sus familias, independientemente de si su vinculación es directa o en misión”.

4. Bajo el marco de referencia esbozado, de entrada, se advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales, cuya protección solicitó Marisol Rojas Murcia, a efectos que sean reestablecidos a través de la acción de tutela, no resulta procedente examinarlo a través de esta especialísima vía constitucional al no verificarse que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, para ser beneficiaria de la garantía constitucional de la “estabilidad laboral reforzada”, pues como bien se señaló anteriormente, tal prerrogativa está prevista para aquellas personas que se encuentren en condiciones de disminución física o psicológica que permita colegir de algún modo que su despido se generó con ocasión de sus limitaciones.

En efecto, no existió una condición de indefensión que permita concluir que la promotora, al momento de ser desvinculada, tuviera disminución física o invalidez alguna o que se encontrara incapacitada, por ende, la accionante no fue despedida en estado de debilidad manifiesta, pues las pruebas aportadas no reseñan la pérdida de una capacidad laboral permanente o de indiscutible gravedad que permita concluir que la accionante es una persona con discapacidad o en situación de debilidad manifiesta, ni que sus problemas de salud fueran la decadencia de un padecimiento crónico.

¹ Sentencia T-188 de 2017



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Es menester precisar que, si bien la accionante sufrió quebrantos de salud con ocasión al resultado positivo para Covid-19, y que dio lugar a la incapacidad expedida por la Eps Famisanar, no es menos cierto que según se desprende de los documentos adosados, ésta fue generada desde el 8 de agosto hasta el 21 del mismo mes año, posteriormente se le expidió orden de aislamiento preventivo por 10 días contados a partir del 24 de agosto hasta el pasado 2 de septiembre y ante la persistencia de sintomatología, la EPS libró orden de aislamiento a partir del 5 de septiembre hasta el 11 del pasado mes, mas el 4 de septiembre del año en curso la accionada le notificó la terminación del contrato en forma unilateral sin justa causa, lo cierto es que es una controversia que debe ser desatada ante el juez natural, quien en uso de sus facultades jurisdiccionales y tras un amplio debate probatorio dentro del marco del debido proceso y garantizando el derecho de contradicción de cada una de las partes, determinará si en efecto, existió una desnaturalización del contrato y si se presentó un despido injusto de la trabajadora, tal y como lo afirma, máxime si la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, informó que la accionante es una paciente con antecedentes de “hipotiroidismo subclínico y nódulo tiroideo” y “resección de carcinoma escamoso dorsal”, quien luego de varios estudios de apoyo diagnóstico se le descartó “patología maligna”.

Adicionalmente, no se observó la necesidad impostergable de la intervención del juez constitucional para abordar el estudio del caso concreto, en forma definitiva ni como mecanismo transitorio, itérese que frente a controversias relacionadas con el derecho al trabajo, dispone de las acciones ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, según el caso, dada la naturaleza del vínculo contractual que sostuvo con la accionada.

Cabe puntualizar que si bien la situación expuesta por la promotora puede generar alguna merma en los ingresos económicos, lo cierto es que no se prueba que sea mujer cabeza de familia o no tuviera alguna fuente para su sostenimiento o el de su familia, tampoco se acredita que esté imposibilitada física o mentalmente para ejercer otra actividad u oficio y, de contera, que se afecte su mínimo, así pues, ante la inexistencia de una amenaza inminente, de tal magnitud y gravedad que requiera medidas urgentes para evitar el menoscabo material o moral de la accionante que haga impostergable la intervención de la administración de justicia, mediante la actividad del juez constitucional para conjurar un daño irreparable, no resulta procedente el examen de las pretensiones de la accionante.

Debe decirse además, que la certificación expedida por la EPS no es suficiente para establecer que se trata de una mujer cabeza de familia, como quiera que deben concurrir los siguientes requisitos:

"La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar, (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre, (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte, (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar"².

5. Colofón de lo anterior, se negará el amparo solicitado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

² Sentencia SU388 de 2005.



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad, mínimo vital y debido proceso de Marisol Rojas Murcia, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el presente proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

GINA ALEJANDRA PECHA GARZON
Juez