

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C. quince (15) de Septiembre de dos mil veintidós (2022). -

**Acción de Tutela Segunda Instancia
022-2022 00724**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el *Juzgado 17º Civil Municipal de Bogotá*, dentro de la acción de tutela promovida por **Nelson Transalviña Díaz** contra **Eps Famisanar S.A.S y Contraspensilvania**. Trámite al que se vinculó a *Seguros Comerciales Bolívar S.A Colpensiones Ministerio Del Trabajo Junta Regional De Calificación De Invalidez Junta Nacional De Calificación De Invalidez Ministerio De Salud y Protección Social Superintendencia Nacional De Salud Secretaría Distrital De Salud Adres*. La cual fue concedida respecto de la accionada Contraspensilvania y previamente se pronunciará el Despacho sobre solicitud de nulidad e impugnación que radicó ante esta dependencia judicial apoderada judicial de Famisanar EPS.

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

2.1. Previo a resolver sobre la impugnación al fallo de tutela de primer grado propuesta oportunamente por la accionada **Contraspensilvania** y atendiendo trámite preferente y sumario del presente accionamiento, de cara a solicitud de nulidad e impugnación elevada ante esta instancia judicial por apoderado judicial de Famisanar S.A.S., a partir de memorial allegado al correo institucional el pasado 5 de septiembre de los corrientes (Archivo 02 C.2. Digital); advierte el Despacho que tal pedimento se torna improcedente.

Véase que Famisanar EPS para sustentar tal pedimento, alegó que el *a quo*, no le notificó el fallo de tutela a la línea de notificación judicial, tal y como se encuentra consignado en el certificado de existencia y representación legal de FAMISANAR EPS, la dirección de notificación judicial es la carrera 22 N° 168-84, igualmente la dirección de correo electrónico para notificación judicial es notificaciones@famisanar.com.co; lo que vulnera su derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en la medida que no tuvo oportunidad de impugnarlo y la falta de traslado del escrito de tutela le sesgó la oportunidad de controvertir los hechos y ejercer su derecho de defensa; solicitando en tal sentido, que se de aplicación a lo estipulado en el artículo 133 del Código General del Proceso, y declare la nulidad de lo actuado desde que se emitió el auto del fallo de tutela, concediéndose el término estipulado en la ley para ejercer su derecho al debido proceso y a controvertir los hechos materia de la presente acción.

En efecto, el Despacho observa que no le asiste razón al accionado en la medida que revisada la actuación desplegada por el Juez de primer grado, se observa que la sentencia en aquella instancia fue proferida el pasado 9 de agosto de 2022, y en esa misma fecha se le remitió a la dirección de correo electrónica de Famisanar que consta en el certificado de existencia y representación visible en Archivo Digital 3 C.1., esto es, notificaciones@famisanar.com.co, en la cual existe constancia que el mensaje fue entregado “*el mensaje se entregó a los siguientes destinatarios*” (Sic)(Ver Archivo 18 C.1 Digital); además fue a esa misma dirección a la que se le trasladó el libelo de la demanda constitucional el 2 de agosto de 2022, igualmente con resultado efectivo, de manera que pudo ejercer su derecho de defensa en la

medida que dio respuesta frente a los hechos de la tutela el pasado (Ver Archivo 12 C.1).

Por lo que existe prueba suficiente en el expediente que da cuenta de la notificación a Famisanar EPS tanto del auto admisorio de la demanda constitucional como del fallo proferido el pasado 9 de agosto, por un medio expedito y eficaz, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 medio de notificación respecto del cual la H. Corte Suprema de Justicia se pronunció en contra de exigir el acuse de recibo como única forma de acreditar una notificación por medios electrónicos, en particular, se menciona que los medios probatorios incluyen no solo la presunción que se deriva del acuse de recibo, sino también su envío pues reseñó *“Vistas de esta forma las cosas, la Corte concluye que el enteramiento por medios electrónicos puede probarse por cualquier medio de convicción pertinente, conducente y útil, **incluyendo no solo la presunción que se deriva del acuse de recibo (y que puede ser desvirtuada), sino también su envío...**”* (Énfasis añadido)¹.

2.2. Por tanto en punto de la impugnación concedida es dable precisar que el *a quo* concedió el amparo constitucional a los derechos fundamentales invocados por el actor y ordenó a: i) Gerente General y/o quien haga sus veces EPS FAMISANAR S.A. que en el término de los cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, *“materialice el pago a favor de NELSON TRASLAVIÑA DIAZ de las incapacidades médicas ordenadas por su médico tratante a partir del día 540 de incapacidad, es decir las incapacidades que van desde el día 05/01/2022 al 30/06/2022 y las que se sigan causando hasta tanto quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral”* y que *“...exonere del pago de copagos y cuotas moderadoras y que el actor sea incorporado a un trabajo y/o hasta que le sea reconocida una pensión que le permita recibir un ingreso estable...”*.

Igualmente se ordenó al representante legal de COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES PENSILVANIA – COOTRANSPENSILVANIA que *“...en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, adelante los trámites de reintegro al accionante a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le desvinculó. Igualmente, deberá pagar los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan, efectuar los aportes al Sistema General de Seguridad Social desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo su reintegro. La anterior orden, tiene vigencia hasta que le sea reconocida la correspondiente pensión de invalidez al señor NELSON TRASLAVIÑA DIAZ...”* (Sic).

Ello, tras considerar que conforme lo afirmó el tutelante, Famisanar Eps canceló el valor de las incapacidades médicas hasta el día 04/09/2021, no obstante, las incapacidades del 05/01/2022 al 30/06/2022 la Eps demandada ha omitido pagarlas no probó que efectivamente al solicitante se le haya cancelado las mismas, como quiera que superan el día 540, deberá la EPS asumir su reconocimiento y pago así como el de aquellas que se sigan causando hasta tanto quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor, conforme prevé la Ley 1753 de 2015 y el precedente jurisprudencial al respecto.

En punto de la exoneración de cuotas moderadoras constató que: a) El actor se encuentra desempleado y actualmente no obtiene ingresos. b) Tiene una pérdida de capacidad laboral mayor a 50% y se encuentra en el trámite para que le sea reconocida su pensión por invalidez. c) Según lo afirmado por el quejo, el valor que paga mensualmente por concepto de “gastos mensuales” es de \$ 1.100.000. d) La entidad accionada Famisanar Eps no controvertió lo afirmado por el actor. Por lo que el accionante no se encuentra en condiciones de costear las cuotas moderadoras y copagos que exige la entidad accionada Famisanar Eps, en tanto que actualmente no recibe ingreso alguno.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001020300020200102500 del 3 de junio de 2020.

Finalmente, encontró acreditado en el presente caso el cumplimiento de los presupuestos para conceder el amparo al derecho a la estabilidad reforzada del Nelson Traslaviña Díaz y que fue vulnerado por la decisión de terminar el contrato de trabajo por justa causa, por parte de Cootranspensilvania. El Despacho considera que la situación médica del actor al momento de la desvinculación laboral lo convierte en titular de los beneficios establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De allí que, para hacer efectiva la desvinculación del trabajador por una justa causa, la entidad Cootranspensilvania estaba obligada a efectuar el trámite administrativo ante el Ministerio de Trabajo a fin de obtener la autorización necesaria para desvincular a un trabajador en situación de debilidad manifiesta por causa de su estado de salud.

2.2. Inconforme con la decisión proferida por el *Juez de primer grado*, en oportunidad la accionada COOTRANSPENSILVANIA solicitó que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo de primera instancia, tras argüir que respetó todos los derechos incluyendo afiliación a seguridad social al actor hasta el día 30 de junio de 2022 que estuvo incapacitado, pero que a partir de la decisión adoptada por la Alcaldía Mayor y Transmilenio, todos los vehículos fueron entregados a ésta última, a las operadores o chatarrizados; y a la fecha no cuenta con permiso para operar las rutas desde el pasado 11 de diciembre de 2021, sin que pueda recibir los recursos que recibía cuando tenía vehículos afiliados y recibía pagos por rodamientos, que garanticen cubrimiento de los derechos laborales del empleado. Sostuvo entonces que la decisión de terminar el contrato de trabajo del actor no obedeció a un trato discriminatorio por sus condiciones de salud sino a las razones en comento, pues ello repercute en la imposibilidad de seguir explotando el objeto social de la empresa, máxime que no existe un perjuicio irremediable y en la fecha del retiro se le pagaron todas sus prestaciones sociales, incapacidades, primas y cesantías.

2.3. Descendiendo al *sub examine*, corresponde a esta Juez constitucional determinar si el fallo de tutela objeto de impugnación en lo que hace a los reparos específicos de la accionada COOTRANSPENSILVANIA se encuentra ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales que se imponen en relación con el reintegro laboral por estabilidad laboral reforzada.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017, unificó criterios con relación a las subreglas de procedencia de la acción de tutela para exigir la estabilidad ocupacional reforzada y precisó, a saber : *“cuando se comprueba que el empleador (a) despidió a un trabajador que presente una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera regular, al margen del porcentaje de discapacidad que padezca, inclusive en contratos laborales a término fijo o de obra o labor; (b) sin la autorización de la oficina del trabajo, (c) conociendo que el empleado se encuentra en situación de discapacidad o con una afectación de su salud que le impide o le dificulte el desempeño de labores y (d) no logra desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, pues se activa una presunción legal en contra del empleador (...)* ...”

Postulados que se reiteraron por el máximo órgano constitucional en Sentencia T 052 de 2020, en que se dejó sentado que **“...Si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona cuya salud se encuentra afectada seriamente se produjo sin la autorización de la oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de la desvinculación laboral es la circunstancia de debilidad e indefensión del trabajador y, por tanto, concluir que se causó una grave afectación de sus derechos fundamentales”**^[146].

“ En consecuencia, cuando se comprueba que el empleador (a) desvinculó a un sujeto titular de la estabilidad laboral reforzada sin obtener la autorización de la oficina del Trabajo, y (b) no logró desvirtuar la presunción de despido

discriminatorio, el juez que conoce del asunto tiene el deber prima facie de reconocer a favor del trabajador: (i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral (con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el interregno). (ii) El derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones similares a las del empleo desempeñado por él hasta su desvinculación, y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud, sino que esté acorde con su situación^[147]. (iii) El derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso^[148]. Y (iv) el derecho a recibir “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”^[149].(...)”negrillas y subrayas fuera del texto.

En virtud de lo anterior, y tomando como pauta orientadora los precitados lineamientos jurisprudenciales, previo análisis conjunto de las pruebas obrantes en el expediente constitucional, prontamente advierte el Despacho que tal como consideró el *a quo*, en el *sub examine*, se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para conceder el amparo deprecado por el actor, y procede ordenar su reintegro laboral, aunque de manera transitoria, y sin que los reparos objeto de la impugnación tengan vocación de prosperidad como se expone.

Se encuentra demostrado que el señor *Nelson Traslaviña Díaz*, se encontraba vinculado a la persona jurídica tutelada por contrato de trabajo a término indefinido desde el pasado 10 de septiembre de 1996, como conductor, el cual se dio por terminado a partir del 15 de julio de los corrientes, tras alegar una justa causa, cual fue la suspensión de permiso especial de operación de los buses hasta el 31 de diciembre de 2021, que le había sido otorgado por la Alcaldía de Bogotá y en la medida que se finalizó la operación y objeto social de la cooperativa de transporte colectivo de transporte, tal como se evidencia en carta de terminación por justa causa del 14 de julio hogaño adjunta al escrito de tutela.

Igualmente, no se discute que el ciudadano *Nelson Traslaviña Díaz* es un sujeto de especial protección por parte del estado, a partir de su condición de salud tras advertirse que padece hipoacusia no especificada, secuelas de tuberculosis de otros órganos especificados, pericarditis infecciosa y amputación traumática de dedo único completa, conforme se documenta en Dictamen expedido por Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca 5668824 4523 de 15 de junio de 2022, en que se refleja una PCL 53.14%, Recomendaciones laborales de Colsubsidio 24 de junio de 2022 y las incapacidades medicas suscitadas desde el 5 de enero de 2022 hasta 30 de junio de 2022, conforme relata en los hechos de la tutela y se reporta en scoring aportado por la también tutelada EPS FAMISANAR.

Documentales que además dan cuenta que el empleador COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES PENSILVANIA COOTRANSPENSILVANIA tenía conocimiento de tales afecciones en la salud del actor, de tal magnitud que lo apartaron del desempeño de sus labores según las incapacidades medicas indicadas, alrededor de 6 meses aproximadamente; circunstancias que en el evento de terminación del contrato de trabajo, independientemente de la causal, ameritaba permiso del Ministerio de Trabajo a voces de lo normado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por tanto, véase que, en este caso, no acreditó el empleador, así como tampoco se desprende del informe allegado por el Ministerio de Trabajo que éste último expidió autorización previa a la terminación del contrato de trabajo que se verificó el pasado 15 de julio de los corrientes, siendo dable concluir de entrada que a decir del precedente citado, es dable presumir la existencia de un despido discriminatorio de un sujeto de especial protección, y que resulta meritorio su reintegro como estimó el *a quo*, por estabilidad laboral reforzada.

Y es que, en juicio de esta juzgadora, la Cooperativa aquí tutelada no logró desvirtuar dicha presunción legal, teniendo la carga de hacerlo, pues tanto con la respuesta de tutela como en escrito de impugnación se limitó a señalar las razones de la desvinculación del actor y que las mismas se enmarcan en una justa causa, endilgando la terminación del vínculo laboral, a la finalización de contratación para servicio de transporte público a partir de los rodantes que se encontraban asociados y que fueron sacados de circulación e incluso chatarrizados, por parte de la Alcaldía de Bogotá y que como ello constituía el objeto social de la empresa no era dable continuar con la vinculación.

Argumento sobre el cual conviene puntualizar que la orden de reintegro pretendida se reclama respecto de la Cooperativa empleadora y no frente a ninguna de las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, con las que tenga o hubiere tenido relación contractual aquella, acorde con su objeto social, pues de la copia del escrito de terminación del contrato, se tiene, que la vinculación laboral lo fue con aquella aquí accionada, justificándose así, la falta de comparecencia al presente asunto de la Alcaldía de Bogotá y Transmilenio, respecto de quien no hay intervención directa, pues se itera, la relación laboral en que se fundamentan los hechos y pretensiones de la tutela lo fue con *Contraspensilvania*, y la falta de vinculación de la autoridad pública no conlleva nulidad alguna, amén de constituir una vinculación aparente, figura que emerge respecto de un tercero cuando no se advierte responsabilidad alguna, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia *“...es innegable que se presentó la vinculación aparente de dicha Entidad, situación sobre la que esta S. ha señalado que no puede asumirse que por el simple hecho de accionar en contra de los nombrados, se torna competente un determinado funcionario, pues en cuanto no se les atribuya hecho u omisión que soporte su vinculación a ese trámite, ni se precise de modo claro y directo cómo ellos se encuentran comprometidos con el hecho endilgado, es infundada su convocatoria”*².

Además, véase que como lo afirmó el empleador accionado, esa circunstancia en que se fundamenta la terminación había acaecido desde el pasado 31 de diciembre de 2021, pero solo hasta que se verificó el reintegro del actor a la empresa con posterioridad a las incapacidades fue que se materializó su desvinculación, evidenciándose que pese a la finalización del contrato de transporte colectivo de transporte con la Alcaldía, la Cooperativa no se encuentra liquidada ni disuelta, tal como además se refleja en certificado de existencia y representación de la misma (Archivo 17 C.1), y es que tampoco documentó que bajo esas precisas circunstancias hubiese ocurrido un despido masivo de trabajadores.

Eventos que sumados a la proximidad entre la fecha de la última incapacidad que data 30 de junio de 2022 y la fecha del despido (15 de julio de 2022) y con la fecha del Dictamen No. 5668824 4523 de 15 de junio de 2022, PCL 53.14%, dejan entrever un nexo de causalidad entre esos específicos supuestos de vulnerabilidad y el despido, coligiéndose la ineficacia del mismo, meritorio de la intervención del Juez constitucional.

Razones por las cuales, procede el reintegro del señor *Nelson Traslaviña Díaz* a un cargo igual u otro que se adapte a sus actuales condiciones de salud y a las de la empresa, sí así lo consiente, y de manera transitoria mientras ejerce los mecanismos ordinarios a que se hizo alusión líneas atrás, en aras de garantizar su mínimo vital, el cual se está viendo afectado conforme esgrimió en escrito de tutela según relación de sus gastos y sobre lo cual nada se expuso por las accionadas; no obstante, la orden constitucional será de manera transitoria mientras se dilucida ante la justicia ordinaria laboral quien es la competente para definir el pretendido reintegro de manera definitiva, pues ambos extremos del litigio se encuentran facultados para activar la justicia ordinaria para que en ese escenario se determine

² Ver Corte Suprema de Justicia, Autos 24 de julio de 2007, Exp. 00156-01 y 17 de agosto de 2011, Exp. 2011-00430-01. Auto nº 563/17 de Corte Constitucional, 25 de Octubre de 2017

sobre la estabilidad laboral reforzada e incluso se establezca si las causales de terminación alegadas tanto en respuesta de tutela como en escrito de impugnación por la cooperativa accionada, ameritan apartarse del deber de pedir autorización de Ministerio de Trabajo para despedir a un empleado sujeto de especial protección por parte del estado por sus condiciones de salud acreditadas.

En efecto, se modificará el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, en el entendido que el restablecimiento del vínculo jurídico laboral aquí ordenado se concede de manera transitoria por el termino de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia mientras que cualquiera de las partes agota los recursos ordinarios ante la jurisdicción laboral o autoridad administrativa competente (Ministerio de Trabajo), y sin que se conceda el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, de forma retroactiva desde que operó la terminación del vínculo contractual, en cuanto comportan reconocimientos pecuniarios que también se pueden reclamar por aquellas vías ordinarias, dado el trámite preferente y sumario de esta acción de tutela y el principio de subsidiariedad.

En lo demás, referente al pago de incapacidades médicas, el fallo se mantendrá incólume, dado no fue materia de reparo alguno en la impugnación concedida, pues como se advirtió líneas atrás la opugnación de Famisanar EPS radicó ante esta judicatura de forma subsidiaria se torna extemporánea.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

3.1. MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022 por el *Juzgado 17° Civil Municipal de Bogotá*, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, la cual quedará así:

“ORDENAR A JUAN PABLO GARCIA ARIZA quien actúa en calidad de Gerente General y/o quien haga sus veces de COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES PENSILVANIA – COOTRANSPENSILVANIA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, adelante los trámites de reintegro al accionante a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le desvinculó. Ello de manera transitoria por el termino de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia”.

3.2. NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

3.3. Remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ