

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D. C. quince de marzo de dos mil veintiuno. -

**Acción de Tutela Segunda Instancia
019-2020-00527-02**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, por el **Juzgado 19º Civil Municipal De Bogotá D.C.**, dentro de la acción de tutela promovida por **Marisol Rojas Murcia** contra **Scotian Global Business Services Colombia**. Trámite al que se vinculó a **Superintendencia Nacional de Salud, Secretaría Distrital de Salud, Famisanar EPS, Colsubsidio IPS y al Ministerio de Trabajo**, y cumplido lo ordenado en auto que decretó la nulidad adiado 30 de octubre de 2020, por esta sede judicial.

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

2.1. El *a quo* denegó el amparo invocado, tras argüir que se ha determinado que la garantía del derecho fundamental al trabajo es procedente tratándose de personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta a propósito de alguna limitación física, psíquica o sensorial, o que padezca alguna enfermedad que le impida el desarrollo de sus labores, en condiciones regulares, con independencia de contar o no con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda y dado que la actora no acreditó encontrarse en esa situación, la tutela constitucional deprecada se torna improcedente.

Esgrimió que si bien es cierto la promotora sufrió quebrantos de salud con ocasión al resultado positivo para Covid-19, 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 de 2020 hasta el 21 del mismo mes y 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 de 2020 y ante la persistencia de sintomatología, la EPS libró orden de aislamiento a partir del 5 de septiembre hasta el 11 del mismo mes y año, y fue el 4 de septiembre que la accionada le notificó la terminación del contrato en forma unilateral sin justa causa; 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”*.

Concluyó que bajo ese contexto, 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, porque a pesar que la situación expuesta por la promotora pueda 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, evidenciándose la inexistencia de una amenaza inminente, de tal magnitud y gravedad que requiera medidas urgentes.

2.2. Inconforme con la decisión proferida por el Juez de primer grado, la accionante solicitó la revocatoria del fallo proferido en primer grado, reiteró los argumentos y probanzas a que hizo alusión en la demanda constitucional y expresó que porque en su juicio, el *a quo*, no realizó una debida valoración probatoria, en cuanto la empresa accionada sí tenía conocimiento del estado en que se encontraba conforme da cuenta correo enviado el 2 de septiembre de 2020 contentivo del formato de seguimiento donde dejó consignado que el 24 de agosto tuvo que salir de su domicilio para control médico presencial porque la profesional de la salud se lo requirió porque presentaba mucho ahogo, y una vez examinada le extendieron el aislamiento por 10 días más por continuar con los síntomas.

Indicó que si bien trabaja en un *call center*, su herramienta principal para laborar es la voz, se encuentra en inicio de tratamiento para identificar la patología que presenta en la garganta, y además es madre cabeza de familia, que tiene a su cargo 3 hijos, conforme da cuenta certificación expedida por la EPS, por lo que no es cierto como se adujo por el Juzgador de primer grado que no se encuentra en un estado de vulnerabilidad, sobretodo si se encuentra desvinculada de seguridad social.

2.3. Descendiendo al *sub examine*, corresponde a ésta Juez constitucional determinar si el fallo de tutela objeto de impugnación, se encuentra ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales que se imponen en relación con la satisfacción del requisito de subsidiariedad característico de este tipo de accionamiento, de cara a las pretensiones de la demanda que se resumen en su reintegro labora a la sociedad accionada y el pago de la indemnización equivalente a 180 días, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por la presunta terminación del vínculo laboral existente entre ambas, pese a las condiciones de salud que le aquejan, ser madre cabeza de familia y verse afectada la continuidad de su tratamiento médico y el cubrimiento de sus necesidades básicas.

En efecto, delantamente advierte el Despacho que la sentencia de primer grado sometida a consideración habrá de confirmarse pues justamente previo análisis conjunto de las probanzas obrantes en el expediente y recaudadas oportunamente en el curso de la primera instancia, de los hechos y argumentos de descargos esgrimidos por la tutelada, es dable inferir que no se cumple el presupuesto de residualidad, preestablecido para este tipo de asuntos, ante la existencia de mecanismos ordinarios al alcance de la libelista, y la falta de acreditación, en criterio de esta Juzgadora, de la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención de la Judicatura Constitucional, según las razones que se expondrán a continuación; ello en punto del amparo al derecho al trabajo y la estabilidad laboral reforzada alegados.

Reitérese en primer lugar, que 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, que impone a las autoridades de la República, proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, por medio de los distintos mecanismos judiciales previstos en la Ley “... *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 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991: “Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga** de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**”. “Artículo 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 encuentre el solicitante”. (Subrayas del texto). (...)¹”*

En cuanto a las subreglas de procedencia de la acción de tutela para exigir la estabilidad ocupacional reforzada, H. Corte Constitucional en Sentencia SU-049 de 2017, indicó:

“ (...) 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.”

Véase entonces que las pretensiones enlistadas en la demanda suprallegal se resumen en que se declare la ineficacia de la terminación del vínculo laboral suscrito entre las partes accionante-empleada- y la accionada –empleador-, para que en tal virtud se disponga el reintegro y pago de indemnización de 180 días (Artículo 26 de la Ley 361 de 1997); lo que deviene en un conflicto laboral entre ambos extremos del litigio que debe ser definido ante la jurisdicción ordinario laboral a decir del Artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que designó a dicha jurisdicción la competencia para resolver “*controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios, usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras...*”; dada la naturaleza de las pretensiones cuya procedencia amerita un análisis probatorio de los supuestos en que se materializó la referida determinación por parte de la empresa y sobre el cumplimiento o no de las exigencias legales preestablecidos en Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia con las directrices que para el efecto y dentro del marco de la pandemia por el Covid -19, se han adoptado por parte del Gobierno Nacional y el Ministerio de Trabajo y que deben ser dilucidados por la

¹ Ver Sentencia SU 0003 de 2018 Corte Constitucional.

jurisdicción ordinaria laboral hoy día en trámite de oralidad según lo normado en el Decreto Ley 2158 De 1948 (Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social), con agotamiento de todas las etapas respectivas previo análisis y contradicción de las probanzas recaudadas y aportadas en legal forma y cuyo agotamiento no se demostró en el caso de marras, amen de existir controversia entre ambos extremos del litigio sobre la eficacia del despido de la promotora y su calidad de sujeto de especial protección por estabilidad laboral reforzada.

Rememórese que la tutela no puede concebirse como un medio judicial que sustituya lo mecanismos consagrados en la constitución y en las leyes, ni como proceso alternativo para que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, procesos establecidos para administrar justicia y hacer efectivos los derechos constitucionales y legales, pues de ser así estaría violando el debido proceso e igualdad de los demás actores del sistema.

Por tanto, en concepto de éste Despacho, si bien como es de público conocimiento el país se encuentra dentro del marco de la emergencia sanitaria Covid-19, a partir de la cual se ha visto afectado el desarrollo de la labor judicial, en virtud de la suspensión de términos en determinados asuntos y demás medidas adoptadas tanto por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Gobierno Nacional, y el Consejo Superior de la Judicatura para prevenir su propagación, tales directrices se tornan de carácter transitorio, lo que no resta mayor eficacia a los referidos mecanismos ordinarios, pues se insiste, en dicho curso se puede garantizar un debate probatorio más amplió a efectos de comprobar los supuestos facticos en que se fincan las pretensiones, como no ocurre en la acción constitucional dados los términos perentorios que se deben respetar, en el que no se puede originar un debate más garantista de los derechos de defensa y contradicción de todos los extremos de la relación laboral, amen que el Acuerdo PCSJA20-11567 05/06/2020 del C.S de la J. dispuso que a partir del primero de julio hogaño el levantamiento de términos judiciales, y en todo caso el Gobierno Nacional mediante el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, expedido en virtud de la Declaratoria de Emergencia Social, ordenó implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales, entre otras ante la jurisdicción laboral.

Conclusión a la que se arriba, porque si bien no se discute en el caso de marras que la actora estuvo incapacitada por 14 días durante el lapso comprendido entre el 8 de agosto de 2020 hasta el 21 de agosto de 2020², con posterioridad se extendió aislamiento del 24 de agosto de 2020 hasta el 3 de septiembre de 2020³, prolongado igualmente a partir del 5 de septiembre del mismo año por 7 días más⁴, todos expedidos por el médico tratante con ocasión del Covid-19; lo cierto es que el día que se verificó la terminación del contrato laboral, 4 de septiembre de 2020⁵, conforme da cuenta carta adjunta, no se encontraba en aquella condición inicial de incapacidad que culminó, el 21 de agosto de 2020, y en gracia de la discusión, tampoco en aislamiento preventivo, descartándose en efecto la materialización de su despido en presencia de una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera

² Ver copia de incapacidad médica archivo 20. C. 1 digital.

³ Ver copia orden de aislamiento visible en archivo 21 c.1 digital.

⁴ Ver copia orden de extensión de aislamiento por 7 días del 5/09//2020 archivo 87 c.1. Digital.

⁵ Ver archivo 52. C.1. digital contentiva de comunicado de terminación unilateral sin justa causa. -

regular, presupuesto que se debe acreditar para ser referenciada como sujeto creador de estabilidad laboral por parte del estado, conforme se indicó en jurisprudencia descrita líneas atrás.

Además, conviene tener en cuenta que las ordenes de aislamiento preventivo obligatorio, con ocasión del Covid-19, difieren de una incapacidad médica, pues durante el lapso del padecimiento del virus pueden inclusive no generarse síntomas, y en tales eventos el Decreto 1109 de 2020 establece que “...los afiliados cotizantes al régimen contributivo que sean diagnosticados con covid-19, y frente a los cuales el médico tratante considera que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra, serán priorizados para realizar teletrabajo o trabajo en casa, durante el término del aislamiento obligatorio” (Sic).

De ahí que se descarte además un trato discriminatorio en razón de tal diagnóstico clínico contra la accionante, pues independientemente que el empleador, tuviera conocimiento del padecimiento del mentado virus y las ordenes de aislamiento que provocó, la incapacidad solo fue otorgada hasta el 21 de agosto de 2020, y el despido acaeció el 4 de septiembre del mismo año, habiendo transcurrido un tiempo considerable entre una y otra data, e insiste el Despacho, que el hecho que solo se hubiese postergado el aislamiento y no la incapacidad da cuenta que en su caso particular no se verificó durante los días antes del despido una imposibilidad en el desarrollo de la labor contratada; además cuando las afecciones que alega la actora en escrito de impugnación relacionadas con afecciones en la garganta, no fueron precisamente la causa de aquella imposibilidad clínica documentada y tampoco comprobó que en alguna oportunidad con ocasión de dicha enfermedad de origen común se hubiese generado alguna incapacidad temporal o valoración de pérdida de capacidad laboral por alguno de los entes integrantes del sistema de seguridad social al que se encontraba afiliada, y tal afección a decir de la historia clínica aportada y el informe ofrecido por la *EPS Colsubsidio* no dan cuenta de la existencia de una enfermedad catastrófica, pues esta última documentó “...apoyo diagnóstico complementarios correspondientes a estudio ecográfico del día 3 de julio reporta **NÓDULO TIROIDEO IZQUIERDO DE CARACTERÍSTICAS MODERADAMENTE SOSPECHOSAS. TIRADS 3. Se realiza el día 28 de junio CM Colsubsidio Calle 63, Biopsia de lóbulo tiroideo BACAF LÓBULO TIROIDEO IZQUIERDO: LESIÓN DE CÉLULAS FOLICULARES BENIGNA COMPATIBLE CON BOCIO. CATEGORIA DE BETHESDA II. Se descarta patología maligna...**” (Sic)⁶. (subrayas fuera del texto).

Siendo dable concluir entonces que a la fecha del despido la señora *Marisol Rojas Murcia* no se encontraba en condición de debilidad manifiesta, pese a las incapacidades y recomendaciones médicas otorgadas por los médicos tratantes a que se hizo alusión, las que en todo caso en la fecha de la terminación del contrato no se encontraba vigentes, sin que sea dable aseverar a su vez la existencia de un despido discriminatorio con ocasión de sus quebrantos de salud, aunque no exista documental alguna que dé cuenta del permiso correspondiente por parte de la Oficina del Trabajo, ni exista un margen de temporalidad amplio entre la fecha de la segunda orden de aislamiento (hasta el 03/09/2020) y la fecha en que se suscitó la pulimentada desvinculación (04/09/2020); máxime si el empleador alegó que se le canceló la indemnización por el despido sin justa

⁶ Ver informe rendido por IPS Colsubsidio ante el Juez de Primer grado visible en archivo 57 c.1 digital.

causa, mismo que es viable en la legislación laboral, a la cual, insiste el Despacho, puede acudir la actora para que en ese escenario, con el agotamiento de todas las etapas correspondientes se ventile la procedencia o no del reclamado reintegro laboral, amén de las circunstancias por ella narradas ni dada la inexistencia de un perjuicio irremediable.

Las cuales no deviene en la configuración de los cuatro elementos que la H. Corte Constitucional⁷ ha definido para "...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...", poniendo de relieve su necesidad, a saber: "...**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...**" (El destacado es del texto).

Se observa además que, a partir de certificación de afiliación expedida por Famisanar EPS, expedida el 22 de septiembre de 2020⁸, en dicha data la actora se encontraba activa en dicha institución en calidad de cotizante y una vez consultado en la página del ADRES con su identificación⁹, también es dable vislumbrar que en la actualidad no ha sido desafiada, por lo que puede continuar con el tratamiento médico que sus condiciones de salud ameriten, y en todo caso se encuentra facultada para gestionar su afiliación y la de su núcleo familiar al régimen subsidiado.

Sumado a lo anterior, tampoco existen suficientes elementos de juicio para tener por sentadas las repercusiones económicas que se han generado a partir de la culminación del vínculo laboral, en consideración a que es madre cabeza de familia, porque sus aseveraciones por si solas no son prueba suficiente de la inminencia, urgencia y gravedad que se exigen del perjuicio irremediable, pues no es factible determinar de manera precisa en qué medida la falta de pago de las prestaciones reclamadas repercuten en una vulneración al derecho constitucional al mínimo vital, como presupuesto de procedencia del presente accionamiento constitucional, ya que "...esta garantía superior se encuentra ligada inescindiblemente a la dignidad humana. Tiene un carácter cualitativo y cuantitativo que debe analizarse en cada caso concreto. Entre los criterios a tener en cuenta están los ingresos mensuales destinados a la financiación de las necesidades básicas, como son "la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional..."¹⁰. Y en el *sub judice*, no se discriminó de manera detallada con los soportes necesarios tal menoscabo, sobretodo si le otorgó la liquidación e indemnización correspondiente¹¹, misma con la que se puede solventar su mínimo vital y el de su familia mientras se ventila el asunto en la jurisdicción ordinaria.

⁷ Ver Sentencias T-225 de 1993 MP Vladimiro Naranjo Mesa; SU-544 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett; SU-1070 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño; T-143 de 2003 MP. Manuel José Cepeda; T-373 de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Ver archivo 43 C.1. Digital.

⁹ Ver certificación del ADRES cuaderno 2.

¹⁰ Ver sentencia SU-995 de 1999 y T-670 de 2016

¹¹ Ver constancia de liquidación de acreencias laborales en favor de la actora en archivo 51 c.1. digital.

2.4. Razones por las cuales, concluye el Despacho que no está demostrado, en el *sub examine*, la procedencia del reintegro laboral y demás pretensiones relacionadas con la garantía al derecho al trabajo y estabilidad laboral reforzada, en los precisos términos reclamados, sobre cuya eficacia se insiste deberá pronunciarse la justicia ordinaria con fundamento en la normatividad vigente y agotamiento de todas etapas las pertinentes; lo que de suyo implica, que no se demostraron entonces los requisitos excepcionales de procedencia de la acción de tutela, a efectos de verificar a través de este mecanismo preferente y sumario, la materialización de amenaza o menoscabo alguna a las garantías al trabajo, estabilidad laboral por las afecciones en la salud que enlistó, y que no se desconocen por parte del Despacho, pero que en juicio de esta juzgadora no tuvieron la virtualidad de imposibilitarla para el desarrollo de sus funciones en ejercicio del contrato laboral, descartándose así un trato discriminatorio presupuesto para acceder a sus aspiraciones ante esta sede constitucional. Y en ese orden se debe confirmar la sentencia impugnada.

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. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 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

Kpm