



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá D. C., ocho (08) de mayo de dos mil veinte (2020)

REF: SENTENCIA DE TUTELA No. 110014003-005-2020-00238-00

ACCIONANTE: EDGAR ESNEY DIAZ.

ACCIONADA: COMERCIALIZADORA SOFALCA S.A.S y FAMISANAR E.P.S.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

ANTECEDENTES:

1. HECHOS:

El Accionante, de 26 años de edad, manifiesta encontrarse vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Comercializadora Sofalca S.A desde primero (1) de junio de 2018, en el cargo de mensajero, devengando un salario mensual de \$1.500.000.

Agrega que su empleador a través de la aplicación de mensajería WhatsApp *“de manera unilateral e inconsulta”* le informó sobre que le había sido otorgado un *“permiso no remunerado”* a partir *“del 24 de marzo de 2020 y hasta el día que el gobierno determine el cese del aislamiento obligatorio”* y que durante dicho tiempo *“no se cancelan salarios ni subsidios de transporte, igualmente se descuentan de la base para el cálculo de las Cesantías, intereses de cesantías y vacaciones”*.

Destaca que la sociedad Comercializadora Sofalca S.A le pagó la *“quincena del 1 al 15 de marzo de 2020, pero no así del 16 al 31 de marzo, como tampoco la quincena del mes de abril”*.

Señala el tutelante, que su esposa dio a luz a su bebe el 31 de enero del corriente, es padre de dos hijas menores de edad, y es quien debe cubrir los gastos de sostenimiento de su hogar.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, salud, debido proceso y estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia se ordene *“a la empresa COMERCIALIZADORA SOFALCA SAS con Nit No. 900.737.474-6, que ejecute las siguientes actuaciones: (i) reintegrar al accionante, desde cuando se produjo la decisión de la empresa del PERMISONOREMUNERADO, hasta que se haga efectivo el reintegro, sin solución de continuidad a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando, en el cual se deberá garantizar que las condiciones laborales sean acordes con sus condiciones de salud, así como que reciba la capacitación correspondiente para desempeñar el mismo; (ii) cancelar los*

salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y de los aportes al Sistema General de Seguridad Social desde cuando se produjo por decisión de la empresa el PERMISO NO REMUNERADO, hasta que se haga efectivo el reintegro; y (iii) cancelar la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consistente en 180 días de salario.

3. ORDENAR a la FAMISANAR- CAFAMEPS, que en el término que su despacho determine contados a partir de la notificación de la presente providencia, preste y haga efectivos los servicios de salud entendidos como los (tratamientos, procedimientos, medicamentos, citas médicas y proveer las ayudas médicas requeridas), como también los controles postnatales, de su bebé nacida, y de la madre, para determinar su estado y condiciones generales de salud, como también tratar sus patologías, durante el tiempo que su despacho ordene.

4. ORDENAR a las entidades accionadas Inapliquen toda norma o directriz que sea contraria a mis derechos fundamentales.

5. CONMINAR a la accionada para que no siga cometiendo este tipo de conductas que van detrimento de su afiliado y beneficiarios”.

SINTESIS PROCESAL:

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a las accionadas y vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados.

COMERCIALIZADORA SOFALCA S.A.S, a través de su representante legal, afirmó que no ha vulnerado derecho fundamental al accionante toda vez que la empresa no lo ha despedido, y tampoco le ha suspendido su contrato.

Agrega que, con ocasión al “estado de emergencia decretado por el gobierno nacional”, la representante legal de la empresa decidió de “crear un grupo por wasap, con todos los empleados, donde se les manifestaba a ellos” la difícil situación económica “que se estaba presentando”, poniéndoles a “consideración que del 24 de marzo y hasta el día en que el gobierno determine el cese del aislamiento obligatorio estos días se tomara como permiso no remunerado”.

Destaca que, dado que el tutelante fue el único que “manifestó su inconformismo” la “empresa le manifiesta que se tomara unas vacaciones anticipadas desde el 24 de marzo hasta el 27 de abril”, lo cual le fue comunicado al accionante a través de la aplicación de mensajería WhatsApp.

Aceptó que *“la empresa no ha cumplido con sus obligaciones desde el 16 de marzo de 2020, pues no se cuenta con el dinero para el pago”* de la nómina y *“lo único que ha hecho es pago de la seguridad social”*.

El **MINISTERIO DEL TRABAJO**, precisa que no está dentro de sus competencias el estudio de las pretensiones del accionante, por lo que, solicita se desvincule de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

PORVENIR S.A afirmó que no ha vulnerado derecho fundamental al accionante toda vez que los hechos aludidos en la acción constitucional no hacen parte de las competencias de la entidad, aunado a lo anterior, manifestó que la entidad COMERCIALIZADORA SOFALCA SAS, efectuó los respectivos aportes pensionales al accionante hasta marzo de 2020, fecha en que efectuó novedad de licencia.

FAMISANAR EPS solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional como quiera que no se han vulnerado derechos fundamentales al actor constitucional, a más de que tanto el accionante como su núcleo familiar se encuentra en estado activo con la IPS CAFAM, por lo cual, pueden acceder al servicio de salud que requieran.

PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes relacionados, corresponde a este Despacho determinar si la sociedad Comercializadora Sofalca S.A.S, vulneró los derechos fundamentales del accionante al mínimo vital y vida digna, debido a la presunta suspensión unilateral de su contrato de trabajo, lo que generó el no pago de sus salarios desde el mes de marzo del año en curso. Así mismo, establecer si la EPS accionada ha realizado alguna actuación que afecte los derechos fundamentales del promotor.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo 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.

2.- SUBSIDIARIEDAD

Por regla general la acción de tutela, conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, es de naturaleza subsidiaria o residual frente a los demás recursos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico. De manera que la tutela procederá como recurso principal cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, en principio, podría considerarse que el actor está facultado para cuestionar lo relativo a la suspensión de su contrato de trabajo ante la jurisdicción ordinaria. No obstante, no puede pasarse por alto que, en la hora actual, dada la suspensión de términos judiciales que dispuso el Consejo Superior de la Judicatura, el medio de control ordinario carece de eficacia para la protección de los derechos fundamentales invocados.

En ese orden, a pesar que el demandante dispone, de otra vía judicial, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo, en atención a las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que se encuentra y a la ineficacia, **en la hora actual**, del medio judicial.

3.- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTRA PARTICULARES.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna.

2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía.

3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario.

4. Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión del accionante frente a la entidad privada accionada.

5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P.

6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas.

8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”

Dada la calidad de trabajador que tiene el accionante para con la sociedad accionada, se considera que éste se halla en situación de

subordinación respecto de la convocada. Por ende, se estima procedente la acción constitucional.

4.- CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub examine*, se advierte de las pruebas recaudas dentro del plenario que, el señor Edgar Esney Diaz, suscribió contrato de trabajo con Comercializadora Sofalca S.A.S el 1° de junio de 2018.

Ahora bien, el actor informó en su escrito de tutela que su empleador a través de la aplicación de mensajería WhatsApp *“de manera unilateral e inconsulta”* le informó sobre que le había sido otorgado un **“permiso no remunerado”** a partir *“del 24 de marzo de 2020 y hasta el día que el gobierno determine el cese del aislamiento obligatorio”* y que por tanto durante dicho tiempo *“no se cancelan salarios ni subsidios de transporte, igualmente se descuentan de la base para el cálculo de las Cesantías, intereses de cesantías y vacaciones”*. Señala que desde el 16 de marzo de 2020 no ha vuelto a recibir su salario, del cual depende con su familia conformada por su esposa y dos hijos.

La empresa Comercializadora Sofalca S.A.S en la contestación de la demanda de tutela explicó que, **no ha suspendido el contrato de trabajo** del actor. Que con ocasión al *“estado de emergencia decretado por el gobierno nacional”*, la representante legal de la empresa decidió *“crear un grupo por wasap, con todos los empleados, donde se les manifestaba a ellos”* la difícil situación económica *“que se estaba presentando”*, poniéndoles a **“consideración que del 24 de marzo y hasta el día en que el gobierno determine el cese del aislamiento obligatorio estos días se tomara como permiso no remunerado”**.

Igualmente destaca que, dado que el tutelante fue el único que *“manifestó su inconformismo”* la **“empresa le manifiesta que se tomara unas vacaciones anticipadas desde el 24 de marzo hasta el 27 de abril”**, lo cual le fue comunicado al accionante a través de la aplicación de mensajería WhatsApp. Aceptó que *“la empresa no ha cumplido con sus obligaciones desde el 16 de marzo de 2020, pues no se cuenta con el dinero para el pago”* de la nómina, sin embargo, resalta que ha continuado con el pago de seguridad social.

Conforme los medios probatorios que obran dentro del expediente, se ha de decir que, el actor **no probó** que efectivamente se hubiese suspendido su contrato de trabajo por la circunstancia alegada en la demanda de tutela *“permiso no remunerado”*. Se acreditó sí, que Comercializadora Sofalca S.A.S, a través de la aplicación de mensajería WhatsApp, sugirió a sus trabajadores ello, pero, en virtud al inconformismo manifestado por el tutelante, le notificó al actor sobre la concesión de vacaciones anticipadas a partir del 24 de marzo de 2020, sin que con tal actuar (vacaciones anticipadas) Comercializadora Sofalca S.A.S vulnere los derechos

fundamentales del promotor, pues, conforme el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador de “oficio” puede otorgar vacaciones anticipadas al trabajador.

Sin embargo, también se encuentra acreditado que Comercializadora Sofalca S.A.S no ha venido pagando los salarios al demandante desde el 16 de ese mes y año, **lo que se desprende del mismo escrito de contestación de la tutela**. Y es claro que conforme el artículo 192 *ibid.*, “*durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas*”, por manera que al momento de salir a disfrutar el trabajador de sus vacaciones el empleador debe liquidarlas y pagarlas con base en dicha disposición.

Por consiguiente, en el caso sub lite, la presunción de la buena fe respecto de las afirmaciones del demandante con respeto **a la afectación al mínimo vital** ante el no pago de su salario hace procedente el amparo solicitado, dado que la subsistencia digna de su núcleo familiar se ha visto perjudicada por la conducta omisiva de la sociedad accionada al no cancelar los salarios desde el **16 de marzo de 2020 y lo correspondiente a liquidación de las vacaciones**, máxime que el tutelante señala que su esposa dio a luz a su bebe el 31 de enero del corriente, es padre de dos hijas menores de edad, y es quien debe cubrir los gastos de sostenimiento de su hogar, **lo cual no fue controvertido por la parte demandada**.

Por lo tanto, el Despacho concluye que el demandante al no recibir las retribuciones mensuales, se le ha ocasionado un grave perjuicio por no poder garantizar su manutención y la de su familia, y resulta desproporcionado remitirlo a la justicia ordinaria para obtener el pago de dichas sumas, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se encuentra.

Puestas de esa forma las cosas, se impone conceder el amparo invocado, por lo que se ordenará a la sociedad Comercializadora Sofalca S.A.S que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele al señor Edgar Esney Diaz los salarios adeudados desde el 16 de marzo de 2020 y lo correspondiente a la liquidación de las vacaciones otorgadas al tutelante.

En lo que hace a la accionada Famisanar EPS, no se probó que ésta estuviese vulnerado algún derecho fundamental del promotor. Téngase en cuenta que conforme la documental que allegó con la contestación que hizo de la acción constitucional, el accionante y núcleo familiar se encuentran **activos**, sin que se hubiese acreditado la omisión en la prestación de algún servicio de salud.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la tutela reclamada por **EDGAR ESNEY DIAZ**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad **Comercializadora Sofalca S.A.S** que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele al señor Edgar Esney Diaz los salarios adeudados desde el 16 de marzo de 2020 y lo correspondiente a la liquidación de las vacaciones otorgadas al tutelante.

TERCERO: En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMITIR** el expediente a la H Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO- Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,


JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ