

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D. C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

Referencia: Tutela 2ª Instancia
EXPEDIENTE: No. 2020-00308
ACCIONANTE: LUIS ALFONSO CANO RODRIGUEZ
ACCIONADA: GRAN SERVICIOS S.A.S. y TINTORERIA EL DORADO S.A.S.
VINCULADA: SALUD TOTAL EPS

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir el FALLO que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata del señor **LUIS ALFONSO CANO RODRIGUEZ**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

III.- ACCIONADA:

Se dirige contra **GRAN SERVICIOS S.A.S. y TINTORERIA EL DORADO S.A.S. VINCULADA: SALUD TOTAL E.P.S.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

El petente cita los derechos a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD y MINIMO VITAL.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Arguye el accionante que el 21 de enero de 2019 ingresó a laborar a TINTORERIA EL DORADO, posteriormente el 13 de enero de 2020 volvió a suscribir contrato de trabajo por medio de la temporal GRAN SERVICIOS S.A.S., en el cargo de operario de tintorería, terminando el empleador la relación laboral el 30 de mayo de 2020 aduciendo culminación de la obra o labor.

Aduce que el 1º de abril de 2020 la accionada le hizo firmar una carta solicitando licencia no remunerada hasta nueva orden, so pena de ser despedido, sin hacer uso de la licencia remunerada compensable y otras opciones dadas por el Ministerio de Trabajo.

Sostiene que en enero de 2020 tuvo un fuerte dolor en la pelvis por lo que fue remitido a la E.P.S., siendo diagnosticado de una hernia inguinal, por lo que fue incapacitado dos días, a comienzo de marzo le autorizaron la realización de una cirugía para el 12 de junio de 2020, lo que le comunicó al empleador.

Afirma que al momento del despido contaba con restricciones médicas dadas por la E.P.S. SALUD TOTAL, las cuales radicó ante la empresa, siendo despedido el 30 de mayo de 2020 si tener en cuenta su condición de salud.

Manifiesta que con ocasión a la cirugía de la hernia inguinal que le fue realizada el 12 de junio de 2020 la EPS SALUD TOTAL le otorgó 15 días de incapacidad, teniendo pendientes controles y rehabilitación.

Indica que el empleador lo despidió sin tener autorización del Ministerio de Trabajo, dado que se encontraba en estado de debilidad manifiesta, ya que contaba con diagnóstico de Hernia Inguinal y en tratamiento médico con restricciones laborales, de lo que tenía conocimiento su empleador.

Dice que no cuenta con ingresos económicos encontrándose desprotegido, recibiendo un trato discriminatorio, sumado a ello, no cuenta con otro mecanismo idóneo y efectivo como es la acción de tutela para procurar la defensa de sus derechos.

Pretende con esta acción constitucional le sean amparados los derechos fundamentales por él invocados, ordenándole a las accionadas: (i) lo reintegren a un cargo de iguales o mejores condiciones, teniendo en cuenta las restricciones médicas, (ii) le cancelen todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el despido hasta el reintegro, (iii) coticen los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud y riesgos profesionales, (iv) le paguen la sanción equivalente a 180 días de salario como indemnización por despido, conforme el art. 26 de la Ley 361 de 1997, (v) le cancelen las incapacidades generadas a la fecha.

Igualmente solicita declarar que la licencia no remunerada es contraria a la Ley Laboral y Constitución.

VI.- TRAMITE PROCESAL:

Admitida la solicitud, el a-quo le ordenó a las accionadas y vinculada rendir informe sobre lo relacionado con los hechos que se les imputan.

VII.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

La Juez de instancia (JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad) mediante la decisión impugnada, **DENEGO** el amparo solicitado por el accionante en relación con la estabilidad laboral reforzada,

CONCEDIENDOLO en lo que respecta al pago de las incapacidades, ordenándole a SALUD TOTAL E.P.S. le pague al accionante la incapacidad médica que le fue otorgada entre el 11 al 25 de junio de 2020, dado que la misma le fue generada en el periodo de protección.

VIII. IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia SALUD TOTAL E.P.S. aduciendo que no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales del tutelante, ya que aquel tuvo cierre de contrato el 28/05/2020 por parte de su empleador, por lo que no cuenta con soporte de incapacidades, además, no tuvo en cuenta el a-quo que no es la responsable del pago de la incapacidad reclamada por el petente.

Refiere que si como lo consideró el Juez de instancia el accionante se encuentra en periodo de protección, este no puede recibir indemnización por incapacidad, ya que no está ejerciendo labores ni percibiendo ingresos que deban ser suplidos con la presentación económica de la incapacidad.

Argumenta que la finalidad del pago de las incapacidades es garantizar la subsistencia del trabajador, por ende, si se le genera incapacidad estando en el período de protección no hay mínimo vital que garantizar, dado que dejó de laborar.

IX.- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta Magna así lo consagra; sin embargo, ese mismo precepto, en sus incisos tercero y quinto, señala los casos en que deviene improcedente la acción de tutela; al respecto expresa:

**"Art.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.
(.....).***

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés

colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

La tutela no procede, cuando existen otros recursos o medios de defensa judicial, así lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al disponer que solo es viable cuando se ejercita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose como tal, sólo el que pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Al respecto, de acuerdo con la configuración constitucional, existen dos modalidades de procedencia de la acción de tutela como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales: de una parte, como mecanismo principal, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al cual pueda acudir en busca del amparo requerido y, de otra parte, cuando exista otro medio de defensa judicial, la tutela actuará como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- Derechos Presuntamente Vulnerados.

El derecho a la **Estabilidad Laboral Reforzada** ha sido reconocido jurisprudencialmente como fundamental, el respecto la Corte Constitucional en sentencia SU-040/18 señaló *"3.1. De conformidad con el artículo 13 de la Constitución le corresponde al Estado propiciar las condiciones para lograr que el mandato de igualdad sea real y efectivo, especialmente para que las personas que de acuerdo a su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta, tengan una especial protección.[28] Así mismo, el artículo 53 de la Carta Política establece una protección general de la estabilidad laboral de los trabajadores, reforzada cuando el trabajador es una persona que, por sus condiciones particulares, puede llegar a sufrir un grave detrimento a raíz de una desvinculación abusiva..."*

El derecho a la **Igualdad** lo consagra el artículo 13 de la C. P., como fundamental, así:

"Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."-

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

La igualdad presupone un juicio de valor respecto a personas, objetos o situaciones; recae sobre llamados **"términos de comparación"**.

Cualquier examen que se haga sobre ese derecho, debe tener en cuenta los supuestos de hecho generantes de una consecuencia y esta, pues solo en

virtud de identificar aquellos, puede establecerse la comparación obligada, para concluir que, en casos racionalmente similares, el efecto otorgado fue diferente.

La justificación es quizás el punto más importante para sopesar en un caso particular, la violación o no al derecho a la igualdad, en el entendido que siendo aceptable, el efecto no podía ser igual para situaciones en apariencia similares.

El derecho al **MÍNIMO VITAL**, la Corte Constitucional en sentencia T-581A/11 dijo:

“...Concepto no es meramente cuantitativo sino también cualitativo. El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana...”

3.- Procedencia de la acción de tutela. La existencia de otro medio de defensa judicial. La tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tópico Sentencia T-177/11:

“...La acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración...”

Conforme a ese normativo, la acción de tutela deviene improcedente, entre otros casos, cuando el afectado cuenta con acción judicial ordinaria para la protección del derecho presuntamente vulnerado o amenazado.

IX.- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a este Despacho establecer, si le corresponde a SALUD TOTAL E.P.S. el reconocimiento y pago de la incapacidad generada al accionante entre el 11 al 25 de junio de 2020, como lo consideró el a-quo.

X.- CASO CONCRETO

Aplicadas las anteriores nociones de orden Constitucional y Legal, al caso presente, se **REVOCARÁN** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** del fallo de primer grado, por las siguientes razones:

El punto de impugnación está relacionado con la decisión del Juez de primera instancia de tutelar los derechos invocados por el accionante en cuanto al pago de la incapacidad que le fue generada del 11 al 25 de junio de 2020, en cabeza de la E.P.S. SALUD TOTAL.

El art. 227 del Código Sustantivo de Trabajo preceptúa que **"En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante"**

Según el art. 1º del Decreto 2943 de 2013, le corresponde al empleador asumir el pago de las incapacidades de origen común del día 1 y 2, siendo a partir del día 3 hasta el 180 la obligación de asumir dicho auxilio económico a la EPS a la que se encuentra afiliado aquel.

La Corte Constitucional en sentencia T-161/19 advirtió que **"Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a las incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado "(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada"**^[73]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención^[2]"

Así las cosas, conforme a la anterior jurisprudencia, la finalidad del pago de las incapacidades es garantizar al "**trabajador**" dependiente o independiente el salario que con ocasión a su estado de salud no le es posible realizar, por ende, dicho subsidio no se reconoce a quien no tiene esa calidad de "trabajador".

En el presente caso el accionante para el momento en que le fue expedida la incapacidad del 11 al 25 de junio de 2020, no tenía la calidad de trabajador, pues para esa data su vínculo laboral con la accionada ya había terminado (30/05/2020).

Obsérvese, según da cuenta la consulta efectuada por el despacho en la página web de ADRES, el señor LUIS ALFONSO CANO RODRIGUEZ figura como BENEFICIARIO activo al sistema de salud, desde el 6 de junio de 2020, no siendo favorecido con el auxilio por incapacidad.

Nótese que el periodo de gracia o protección a que hizo alusión el a-quo en el fallo de instancia está relacionado con la continuidad de la prestación del servicio de salud, no para el pago de incapacidades.

Frente al tema la Corte Constitucional en sentencia T-531/12 dijo "**2.3.7 En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha considerado^[25] que la continuidad en la prestación del servicio público de salud es parte integral del contenido protegido por el derecho fundamental a la salud.**

2.3.8 Ahora bien, en el caso concreto de los afiliados al sistema de salud como dependientes que han finalizado su vínculo laboral, esta Corporación ha entendido que cuando termina su afiliación al sistema, gozan de un término de gracia de 30 días calendario durante los cuales la EPS debe brindar los servicios médicos requeridos^[26], conforme lo enseña el artículo 75 del Decreto 806 de 1998^[27]. Así las cosas, la persona podrá, dentro del periodo de gracia concedido, acceder al servicio de salud que requiera, el cual deberá ser suministrado por la respectiva EPS.

Sin embargo, cuando el afiliado es dependiente y no cumple con el requisito de haber cotizado al sistema de salud durante los últimos doce (12) meses a la desafiliación, en virtud del principio de continuidad y con base en la sólida jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, la EPS no puede suspender el tratamiento o procedimiento médico que ya había sido iniciado con anterioridad a la desafiliación, argumentando que no se cumple con el requisito establecido en el Decreto 806 de 1998".

En igual sentido, el párrafo 1º, art. 67º de la Ley 1753 de 2015, que fue adicionado por el Decreto Legislativo No. 538 de 2020, establece "**La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud de los afiliados al Régimen Contributivo, una vez finalizado el periodo de protección laboral cuando aplique, continuará pagando a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC- correspondiente a los cotizantes que hayan sido suspendidos y su núcleo familiar, así como a los beneficiarios de los cotizantes que hayan fallecido, a partir de la entrada en vigencia del presente decreto y Durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19".** (subraya el despacho).

Entendiéndose que el periodo de gracia a que hace alusión la norma, está relacionado con la atención en salud solamente, ya que la Unidad de Pago por Capitación - UPC es el valor que se reconoce por cada uno de los afiliados

al Sistema de Seguridad Social en Salud, para cubrir las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En ese sentido, no le corresponde a SALUD TOTAL E.P.S., el pago de la incapacidad otorgada al accionante del 11 al 25 de junio de 2020, pues para esa data no contaba con vínculo laboral, además de figurar como beneficiario.

Atendiendo las anteriores consideraciones y la jurisprudencia transcrita se **REVOCARÁ** los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** del fallo impugnado, para en su lugar, **NEGAR** el amparo solicitado en relación con pago de incapacidades y **CONFIRMAR** en los demás la decisión impugnada.

XI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO** de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la parte resolutive del fallo de tutela de fecha 26 de junio de 2020, proferido por el **JUZGADO 12 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA.**

SEGUNDO: En su lugar, NEGAR el amparo solicitado en relación con pago de incapacidades, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la decisión.

CUARTO: DISPONER se notifique esa decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.**

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ

MCh.

Firmado Por:

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9fe2a22a26af5795a4e606bb02a5c5efb11c31b123be0a92e8f1c8c5db761956**

Documento generado en 06/08/2020 10:34:12 a.m.