

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2021 – 00089**, informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por la parte actora. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D. C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

La señora MARLENNE ADRIANA CRUZ RIAÑO, identificada con cédula de ciudadanía 52.020.298, interpuso acción de tutela en contra del COLEGIO SAN FELIPE NERI por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social, la salud y la vida.

Como sustento, dijo que es madre cabeza de familia, que se vinculó con la accionada como docente desde el 1° de febrero de 2014; que el 20 de octubre de 2020 fue valorada por la especialidad de Ortopedia y Traumatología para la reconstrucción del ligamento cruzado anterior derecho, y como consecuencia, dio inicio al tratamiento médico para tratar su patología, por lo que solicitó a la institución educativa accionada que no le fuera reportada novedad de retiro para prevenir traumatismos a su tratamiento.

Que le fue terminado el contrato laboral el 30 de noviembre de 2020, mientras se encontraba en procedimiento de su patología de *"esguince y torceduras que comprometen el ligamento cruzado (anterior) (posterior) de la rodilla"*, fecha desde la cual no cuenta con servicios médicos, pese a que su empleador tenía conocimiento del tratamiento en que se encontraba. Igualmente, señaló que este ha sufrido demoras con ocasión de la pandemia por COVID-19.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se amparen sus derechos fundamentales y se ordene de manera inmediata su reintegro al cargo que venía desempeñando, y que la accionada le reconozca y pague los salarios dejados de percibir desde noviembre de 2020 hasta la fecha y se condene la respectiva indemnización por estabilidad laboral reforzada.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción de tutela fue asignada por reparto al JUZGADO 5° MUNICIPAL LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BOGOTÁ D.C., el cual la admitió mediante auto del 26 de enero de 2021, ordenando a la accionada ejercer su derecho a la defensa y vinculando a la EPS SANITAS y a la ARL SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.

La **ARL SURA** por intermedio de su representante legal, en correo electrónico del 29 de enero de 2021, dio respuesta al requerimiento informando que la accionante se encontraba afiliada a dicha ARL del 1° de febrero al 30 de noviembre de 2020 con la empresa CONGREGACIÓN DEL ORATORIO DE SAN FELIPE, y que actualmente, desde el 21 de enero de 2021, se encuentra afiliada con la empresa QUIAITY GOLD SERVICES.

Finalmente, dijo que la tutelante padece patología de rodilla de origen común y por lo tanto no es la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la tutela, solicitando su desvinculación del trámite.

A su turno, la **EPS SANITAS** dio respuesta por intermedio de su representante legal para temas de salud y acciones de tutela, informando que la promotora de la acción se encuentra afiliada a la entidad, del 5 de febrero de 2014 al 30 de diciembre de 2020 con el empleador CONGREGACIÓN DEL ORATORIO SAN FELIPE NERI, y desde el 21 de enero de 2021 con la empresa QUIALITY GOLD SERVICES.

Que dadas las pretensiones incoadas, carece de legitimación en la causa para satisfacerlas en la medida que no tiene injerencia alguna en las relaciones laborales de la afiliada. Igualmente, informó haber prestado los servicios que ha solicitado la actora con base en la pertinencia médica, y en consecuencia solicita su desvinculación del trámite.

Una vez vencido el trámite de instancia, la **CONGREGACIÓN DEL ORATORIO SAN FELIPE NERI** guardó silencio.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgador de Primera Instancia en fallo del 5 de febrero de 2021, negó el amparo deprecado, al no haberse demostrado que la accionante fuera sujeto de especial protección, o que sufriera un perjuicio irremediable e inminente a algún derecho fundamental, que conlleve a amparar los derechos fundamentales invocados.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Por intermedio de apoderada judicial, la tutelante impugnó la decisión de primera instancia refiriendo que, en su sentir, el *a quo* no aplicó correctamente el precedente jurisprudencial, así como las consecuencias legales ante el silencio de la accionada,

solicitando se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas por demostrarse el perjuicio inminente e irremediable a sus derechos fundamentales.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulneran los derechos fundamentales de la promotora de la acción por el proceder de la CONGREGACIÓN DEL ORATORIO SAN FELIPE NERI, y cuales las consecuencias jurídicas de ello.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Al respecto, se tiene que conforme lo ha indicado la H. Corte Constitucional que las acciones de tutela interpuestas cuyo objetivo es que se ordene el reintegro de un trabajador, en principio no resultarían procedentes por cuanto existen mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativo, dependiendo de la calidad de trabajador, para dirimir tales controversias.

No obstante, dicha Corporación también ha establecido que el examen de procedencia debe ser menos riguroso en tanto se encuentren comprometidos los derechos de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así, se ha indicado, entre otras, en sentencias T-151 de 2017 y T-041 de 2019, sobre las condiciones que se deben tener en cuenta para determinar si un sujeto se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, como son: *"...(i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta (artículo 13 superior)."*

Igualmente, en la referida jurisprudencia se asimiló a sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud a aquellos trabajadores 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'."

Igualmente, se destaca que en sentencia SU-049 de 2017 se adujo que, la estabilidad laboral reforzada cobija a todo aquel que presente una situación grave o relevante de salud, que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores y, como consecuencia, la protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral.

Dichos presupuestos, han sido reiterados recientemente en sentencia T-099 de 2020, al resumir la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional delimitando aquellos casos en los cuales resulta procedente el amparo constitucional en acciones de tutela que pretendan la estabilidad laboral reforzada:

"En aras de que la protección aludida sea real y efectiva, la Corte contempla revisar la condición del empleador y la flexibilidad de gestión de su equipo de trabajo para efectuar el reintegro y/o la reubicación del empleado protegido.

Acorde con lo expuesto, se concluye que se ignoran los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, cuando se comprueba un manejo distinto o discriminatorio hacia sujetos en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, sin importar el porcentaje, y con independencia del vínculo contractual convenido entre las partes, por no acudir al procedimiento establecido ante la Oficina de Trabajo.

Por último, en atención a esas condiciones de debilidad manifiesta, y a que algunos de esos trabajadores pueden tener un dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral, o en otros eventos, que todavía se encuentre en estudio el porcentaje de disminución de la capacidad de trabajo y exista una expectativa legítima frente a la misma, en cuanto a que el empleado pueda llegar a tener derecho a algunas prestaciones económicas a cargo de la ARL, es necesario indicar que a los empleadores les cabe un deber de colaboración y asistencia para hacer el acompañamiento ante esas eventuales reclamaciones de índole económico."

3. Del Requisito de Subsidiariedad.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

"Artículo 6º: 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 encuentra el solicitante.***
- 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.*
- 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
- 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
- 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto".***
(Negritas fuera de texto).

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues *"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"*, argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i) Una afectación inminente del derecho
- (ii) La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable
- (iii) La gravedad del perjuicio
- (iv) El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

En desarrollo del principio bajo estudio, se dijo en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia".

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su

idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta “cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.” Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser inminente, es decir, que esté por suceder y no sea una mera expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea impostergable, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos”.

Bajo el anterior imperativo, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

“De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo”

Descendiendo al caso en concreto, se duele la actora que la accionada, CONGREGACIÓN DEL ORATORIO DE SAN FELIPE NERI, le diera por terminado el contrato de trabajo el 30 de noviembre de 2020 pese a encontrarse en tratamiento de su patología denominada, según consta en las órdenes médicas aportadas, “ESGUINCES Y TORCEDURAS QUE COMPROMETEN EL LIGAMENTO CRUZADO (ANTERIOR) (POSTERIOR) DE LA RODILLA”, cuyo código CIE-10 es S835.

Así, se lee de la historia clínica del 20 de octubre de 2020 aportada por la activa, que el procedimiento quirúrgico para tratamiento de su patología en la rodilla derecha estaba programado hace 15 meses, contados a partir de dicha data, pero por motivos personales lo había aplazado.

Por otra parte, de las documentales aportadas se tiene que actualmente la tutelante se encuentra en tratamiento por medio de terapias y toma de imágenes diagnósticas, para tener consulta de control por la especialidad de ortopedia dentro de 3 meses, según consta en orden médica del 8 de febrero de 2021, suscrita por la Doctora Graciela Prieto y que fue aportada en el escrito de impugnación.

Por ello, se colige que el razonamiento hecho en primera instancia es acertado, toda vez que no se demuestra que el tratamiento médico sea urgente o que su demora amenace su salud y vida, puesto que, como consta en la historia clínica, el procedimiento quirúrgico se programó aproximadamente 15 meses antes del control que tuvo el 20 de octubre de 2020, siendo aplazado por la voluntad de la recurrente, quien continúa recibiendo atención, en punto de su afiliación como trabajadora en QUALITY SOLD SERVICES, conforme a las respuestas ofrecidas por las vinculadas.

En ese sentido, conviene rememorar que, desde los principios generales del derecho, se establece que nadie puede alegar en su favor su propia culpa o dolo, el cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, como dijo la H. Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995. Lo anterior, teniendo en cuenta que la promotora de la acción dilató en el tiempo el tratamiento médico por más de un año, y en sede de tutela pretende que éste sea excusa para ordenar el reintegro al cargo que desempeñaba.

Al contrario, de la lectura de las pruebas obrantes no se colige el acaecimiento de algún perjuicio inminente para su salud, y prueba de ello es que esperó más de 15 meses para efectuarse el procedimiento quirúrgico que se señala en el libelo inicial como en el escrito de impugnación.

Como otro de los puntos objeto de reproche en el escrito de impugnación, se duele de la errónea aplicación de las consecuencias previstas en la ley cuando la parte accionada guarda silencio. A ese tenor, debe decirse que el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 20 imputa unas consecuencias para la parte que, teniendo el deber de rendir un informe del caso en concreto no lo hace, y por tanto se presumirán como ciertos los hechos sustento de la acción de tutela.

Sin embargo, tal disposición también prevé que el juez puede solicitar informes adicionales, en caso de requerirlo, como ocurrió en el presente asunto, que se requirió tanto a la ARL como la EPS que aseguran a la activa. Por ello, el simple silencio de la accionada no necesariamente conlleva a que se presuman como ciertos todos los hechos de la tutela, sino que en virtud de tales informes adicionales se pueden controvertir las afirmaciones que sustentan las pretensiones.

Es así que, del acervo probatorio aportado por la tutelante, no se advierte el evento de un perjuicio inminente y mucho menos que su condición de salud se encuentre en tal punto que la necesidad del procedimiento quirúrgico sea inmediata, puesto que de las historias y órdenes médicas se lee que dilató la realización de la cirugía por más de 15 meses, que se encuentra en tratamiento por terapias y tiene control por la especialidad de ortopedia dentro de 3 meses, contados desde el 8 de febrero de 2021, estando como se dijo, actualmente afiliada como trabajadora de QUALITY SOLD SERVICES, lo cual permite dar continuidad a su tratamiento.

En esos términos, no se demuestra que la situación en que se encuentra la recurrente se acople a los presupuestos jurisprudenciales previamente citados, encontrándose que se encuentra en condiciones de acceder a las vías ordinarias para debatir la terminación del contrato laboral, objeto de inconformidad, incumpliendo el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela en estos asuntos, aún como mecanismo transitorio.

Como último aspecto, debe ponerse de presente que una vez consultado en la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, se encontró que la promotora de la tutela se encuentra afiliada como cotizante en la EPS Sanitas, como se puede observar:



ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	52020298
NOMBRES	MARLENNE ADRIANA
APELLIDOS	CRUZ RIAÑO
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	BOGOTÁ D.C.
MUNICIPIO	BOGOTÁ D.C.

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.	CONTRIBUTIVO	28/03/2006	31/12/2999	COTIZANTE

Ello desvirtúa la afirmación de su apoderada al referir la imposibilidad de dar continuidad al tratamiento médico, puesto que cuenta con la prestación del servicio de salud en cabeza de su actual aseguradora. Así, se encuentra que los argumentos tenidos en cuenta para fallar en primera instancia son acertados, al no acreditarse la vulneración de derecho fundamental alguno.

Al respecto, en los términos de la jurisprudencia precitada, no se acreditaron los preceptos para la procedencia de la acción de tutela en virtud del principio de subsidiariedad, puesto que como se demostró, no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno. Al contrario, se encuentra que la actora se encuentra vinculada al Sistema de Salud en calidad de **COTIZANTE**, por lo cual puede continuar su tratamiento sin ninguna dificultad, y cuenta con la vía ordinaria para

dirimir la controversia respecto de la terminación del contrato laboral con la accionada.

VII. DECISIÓN

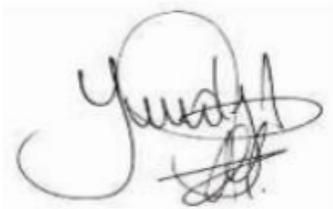
En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

- PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el 5 de febrero de 2021 por el Juzgado 5° Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá D.C. dentro del asunto de la referencia, por lo anteriormente expuesto.
- SEGUNDO:** **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA2011632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.
- TERCERO:** **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC