



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

Bogotá DC., veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021).-

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a proferir fallo acorde a derecho dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **IRMA MARIELA SANCHEZ MESA** contra el señor **HERNAN RONDON GONZALEZ** en calidad de propietario del **RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN** y las vinculadas EPS FAMISANAR y CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, salud y seguridad social.

2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN

La señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, presenta demanda de acción de tutela contra el señor HERNAN RONDON GONZALEZ propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN por presunta vulneración a sus derechos fundamentales, manifestando que desde el mes de enero del año 2019 se encontraba laborando para el accionante, mediante un contrato a término fijo y desempeñando el cargo de oficios varios, siendo afiliada a la EPS Famisanar, y a la ARL Positiva, mas no al Fondo de Pensiones y Cesantías, ni a la Caja de Compensación Familiar.

Señala que, en el mes de octubre de 2019, fue diagnosticada con cáncer de mama, motivo por el cual debió iniciar tratamiento de quimioterapia, así mismo le realizaron un procedimiento quirúrgico denominado cuadrantectomía y actualmente se encuentra en tratamiento.

Refiere que, el día 30 de diciembre de 2020 se le hizo entrega por parte de su empleador, de liquidación de prestaciones sociales, y se le entrega una carta que menciona “*motivo del retiro finalización de contrato*”, sin tener en cuenta que tenía cita programada para la toma de un examen, cita de control de oncología, cita para la realización de quimioterapia, sin ser atendida debido a que registra como suspendida en la EPS FAMISANAR. Además de ser una mujer sola que depende de su salario, afectando con esa decisión su mínimo vital.

Refiere antecedentes jurisprudenciales como las sentencias T-226 de 2012, T-673 de 10 de 2014, T-864 de 2011, T-052 de 2020, T-003 del 2007, que refiere a la protección laboral de personas que padecen enfermedades catastróficas.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus los derechos fundamentales y se ordene a su empleador el reintegro al cargo, para garantizar la realización completa de su tratamiento, así mismo se ordene el pago todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, y se cancelen los aportes al sistema general de seguridad social, desde el momento de su desvinculación hasta cuando se produzca el reintegro sin solución de continuidad, bajo la advertencia de no realizar actos de acoso laboral.

Como pruebas allegó las siguientes:





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

- Cedula de ciudadanía
- Historia clínica
- Contrato laboral
- Certificado de la EPS
- Liquidación de prestación de servicios

3. ACTUACIÓN PROCESAL

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por la señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, éste despacho ordenó pruebas, corriendo traslado a la entidad accionada, para que dentro del término de dos (2) días rindiera las explicaciones que considerara, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndole así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción. Así mismo se corrió traslado a las vinculadas EPS FAMISANAR y CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO.

3.1. El señor **HERNAN RONDON GONZALEZ**, en calidad de propietario del establecimiento de comercio, **RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN**, indica que la señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA trabajó para el restaurante, en el cual labora junto a su esposa y dos empleados más.

Aclara que canceló la seguridad social de las personas que laboran, pero no pudo afiliarse a la accionante al fondo de pensiones debido a que tiene 64 años de edad y nunca cotizó para pensión, lo que no permite que el sistema la acepte como afiliada.

Refiere que la accionante le dio a conocer las incapacidades y que le extirparon el tumor y le realizaron el tratamiento, sin embargo al momento del despido, no estaba incapacitada para laborar, además de manera verbal manifestó que ya no tenía incapacidades ni tratamientos pendientes sino los controles que se registran en la historia clínica, por lo tanto, su enfermedad ya ha sido superada y por ello no hace parte de la estabilidad laboral reforzada, tampoco aporta prueba de la incapacidad alegada o de tratamiento pendiente y mucho menos de alguna discapacidad o pérdida de la capacidad laboral, para reclamar la protección constitucional pretendida.

Alude que ante la situación de contingencia generada por el COVID19, disminuyeron las ventas en un 70%, razón por la cual tuvo que despedir empleados cuyas labores podía realizar junto a su esposa, como el de la actora que era la encargada del platero, sin despedir a dos personas de la cocina que son fundamentales para desarrollar la labor en el restaurante, por ello, advierte que debido a la cuarentena obligatoria no le ha permitido un normal funcionamiento del negocio el cual se encuentra ad portas del cierre.

Explica que realizó el preaviso a la accionante el día 19 de octubre de 2020, como se evidencia de la firma y la fecha que con puño y letra escribió la accionante, aclarando que por error involuntario en el encabezado se digitó la misma fecha del despido, y la terminación de la relación laboral obedeció al cumplimiento del término del contrato, situación que le fue comunicada a la trabajadora pasándole el respectivo preaviso el día 19 de octubre de 2020.



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

En lo que respecta a la novedad de retiro la realizaron en el mes de enero, no obstante, tiene cobertura de un mes posterior, señalando que al parecer el no pago de la planilla de diciembre generó la no prestación de la atención requerida, por lo que se pondría al día para que la accionante sea atendida en sus citas.

Anexa: certificado de existencia y representación, cédula de ciudadanía y carta de despido.

3.2. Por otro lado, el doctor FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA, en calidad de Director de Operaciones Comerciales de **EPS FAMISANAR SAS**, informa que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, e indica que es una persona jurídica totalmente diferente e independiente de la accionada, y nunca ha tenido vínculo contractual que se relacione con alguna actividad de carácter laboral o de servicios con la accionante.

Señala que, el área encargada de esa entidad les informó que la actora se encuentra afiliada desde el 01 de febrero de 2019, en calidad de cotizante dependiente con el empleador RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, actualmente suspendido teniendo en cuenta que hasta la fecha no se evidencia el aporte correspondiente al periodo de diciembre de 2020, aclarando que el aporte de enero de 2021 ya se encuentra cancelado, también que el empleador realizó los aportes en fechas oportunas y reportó la novedad Incapacidad por Enfermedad General, para el periodo de junio, julio, agosto, noviembre 2020.

Por ello, solicita denegar la acción de tutela, al no generar ninguna vulneración de derechos fundamentales, y por ende, se declare improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia desvincular a esa entidad.

Anexa: certificado de existencia y representación.

3.3. La Dra. DIANA MIRENA ESPINOSA NARVAEZ, Representante Legal del **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S**, indica que la accionante registra en el ADRES como cotizante en el régimen contributivo, y es conocida como paciente de esa entidad desde el día 15 de enero de 2020 con diagnóstico de cáncer en la mama derecha, con ultima atención del 23 de diciembre de 2020, con médico especialista en Oncología quien le recomendó restricción para realizar cargas mayores y movimientos repetitivos continuos y quien debe continuar tratamiento farmacológico con trastuzumab 8 mg/kg, tamoxifen 20 mg, control por oncología mensual.

Señala que no se pronuncia frente a la relación laboral, la liquidación de prestaciones sociales entregada por el empleador y frente al estado de afiliación con la EPS FAMISANAR, por ser hechos desconocidos para esa entidad.

Solicita la desvinculación del trámite constitucional a esa entidad, teniendo en cuenta que ha garantizado los servicios de salud, de conformidad con los vínculos contractuales que tiene con la EPS FAMISANAR, y no ha vulnerado derechos fundamentales de la accionante y por el contrario han tratado de manera diligente y proactiva a la accionante



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

Anexa: historia clínica, reporte de electrocardiograma, reporte de laboratorios.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. Procedencia de la Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad.

Los artículos 5, 42 - 2 del Decreto 2591 de 1991, señalan que la acción de tutela procede por la acción u omisión de las autoridades que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

4.2. De la Competencia.-

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, a los Jueces Municipales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares.

En consecuencia, éste despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, por haber sido instaurada contra una entidad particular, respecto de la cual se predica una situación de indefensión entendida dicha condición *“cuando las circunstancias de una persona la imposibilitan para satisfacer una necesidad básica por causa de una decisión o actuación desarrollada por un particular, en ejercicio de un derecho del que es titular, pero de forma irrazonable, irracional o desproporcionada”*¹

4.3. Problema Jurídico

Determinar si el señor HERNAN RONDON GONZALEZ en calidad de Representante Legal del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, vulneró los derechos fundamentales a la señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, al dar por terminado su contrato, por considerar la actora se encuentra en condiciones de estabilidad laboral reforzada.

4.4. De los derechos fundamentales

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho de acudir a la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que ellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; acción que solo procede cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que la

¹ Sentencia T-655 de 2011 de la Corte Constitucional.





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

misma se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal como lo prevé el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

Es importante traer a colación el concepto de núcleo esencial de un derecho fundamental, dado por la Corte Constitucional como “*el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares*”², radicado en las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, perdiendo su naturaleza; así, puede entenderse como la parte del interés jurídicamente protegible que es absolutamente necesaria, para que tenga origen real, concreto y efectivo el derecho.

El inciso 3º del ya mencionado artículo 86 de nuestra Carta Política, condiciona la procedencia del amparo constitucional que brinda la acción de tutela a la inexistencia de otros medios de defensa judicial que resulten eficaces e idóneos para garantizar dicha protección, salvo ante la inminencia de un perjuicio irremediable que haga evidente y justificado el trámite transitorio para la protección de derechos fundamentales.

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, es taxativo en cuanto a las situaciones en las cuales no es procedente la tutela, destacándose el numeral 1 que cita la improcedencia de la acción de tutela: “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 a las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”.

4.5. DEL CASO EN CONCRETO

Las pretensiones de la accionante IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, radican en que se ordene el reintegro por considerar que el despido, se produjo cuando se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y se encuentra pendiente de tratamiento y exámenes, lo que vulnera sus derechos fundamentales.

Como respuesta al traslado de la acción de tutela, el accionado, señor HERNAN RONDON GONZALEZ propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, manifestó que el despido de la accionante, se derivó de la terminación del contrato, para lo cual cumplió con el preaviso y debido a la difícil situación económica generada por cierres o cuarentenas decretadas por la emergencia sanitaria derivada del Covid19, disminuyendo ostensiblemente la labor y las ventas, además de advertir que para el momento de la terminación laboral, la enfermedad y tratamiento derivado para la accionante había sido superado, sin que se encontrara en condición de discapacidad o incapacidad.

Durante el presente trámite, igualmente se conoció a través de la EPS FAMISANAR y de la IPS CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOCAD S.A.S., que la accionante, se encontraba recibiendo tratamientos y controles durante el año 2020 y continuando el presente año 2021, según las valoración y diagnósticos registrados en la historia clínica, todo ello relacionado con la patología de la cual fue objeto de procedimiento quirúrgico y originario de las incapacidades.

² Sentencia T-473/98





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

Atendiendo las posturas y reclamaciones de amparo, es necesario, de un lado, determinar si el accionante, se encuentra en situación que demande amparar la estabilidad laboral reforzada, y por ende constituir ello una debilidad manifiesta como característica y requisito de procedencia de la acción de tutela, y de otro, si hay lugar a verificar condiciones para el reintegro producto de la terminación del contrato laboral, con las pretensiones de carácter laboral y económico, que indiquen la procedencia de la presente acción de manera subsidiaria y transitoria.

Al respecto, el artículo 6 del precitado Decreto 2591 de 1991, es taxativo en cuanto a las situaciones en las cuales no es procedente la tutela, destacándose el numeral 1º que ello sucede: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 a las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Si bien es cierto, que la acción de tutela puede prosperar aun existiendo otros mecanismos alternos para la protección de los derechos del accionante, esta posibilidad solamente es admisible, como se consignó antes, cuando la misma se adelanta para evitar un perjuicio grave e irremediable al interesado, y aún en estas condiciones, solamente es viable concederla en forma provisional mientras se agotan los recursos alternos.

Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

En la sentencia T-151 de 2017³ se indicó que: *“la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, [...] de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”*.

Además, se precisó que circunstancias como: (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).⁴

i) estabilidad laboral reforzada

³ En esa oportunidad la Sala Tercera de Revisión estudió tres casos de personas desvinculadas de su lugar de trabajo que solicitaban el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a sus circunstancias de debilidad manifiesta por sus padecimientos de salud. El primero correspondía a un trabajador de 40 años, vinculado por un contrato de obra o labor, diagnosticado con una hernia inguinal unilateral, pese a lo cual fue desvinculado por su empleador. El segundo, a un contratista de 60 años, diagnosticado con epilepsia, a quien también le fue terminada su contrato laboral por el empleador. El tercer caso hacía referencia a un trabajador de 26 años, vinculado a través de un contrato laboral a término fijo, diagnosticado con epilepsia y calificado con una pérdida de capacidad laboral del 37,5%, igualmente desvinculado por la empresa para la cual laboraba.

⁴ Sentencia T-041/19



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

De acuerdo con el criterio, en sentencia T-014 de 2019, la Corte Constitucional, respecto de la estabilidad laboral reforzada, señaló:

“...

1. *La estabilidad laboral reforzada implica, entonces, que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que llevan a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus funciones y sean verificados por el Inspector de Trabajo cuando se trate de “asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público”⁵, en cumplimiento de las obligaciones internacionales⁶, constitucionales⁷ y legales⁸ que tiene el Estado colombiano en materia laboral, con el fin de forjar “relaciones laborales en una forma ordenada y constructiva”⁹.*

2. *Dicha prerrogativa no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Lo que garantiza es que el despido no se produzca en razón de su especial condición, particularmente si se trata de una persona en situación de discapacidad física o mental. De esta manera, la mencionada protección **no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de “un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”¹⁰**. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos fundados en causas discriminatorias en contra de la población más vulnerable entre los trabajadores.*

Conforme a lo anterior, el trabajador que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta debe permanecer en su puesto mientras no se presente una causa objetiva y justa para su desvinculación”.

Para el caso en concreto, el vínculo laboral con la accionante y el señor HERNAN RONDON GONZALEZ, se deriva del contrato celebrado el día 16 de enero de 2019, el cual terminó el 30 de diciembre de 2020, pero se alega por parte de la accionante encontrarse en debilidad manifiesta por estar en tratamiento contra el cáncer de mama que padece, circunstancia que fuera ratificada por el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S, entidad que a tratado a la actora durante el año 2020 y que en la ultima atención el galeno tratante ordenó tratamiento farmacológico con los

⁵ Ley 1610 de 2013. Artículo 1. “Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social ejercerán sus funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional y conocerán de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público.”

⁶ Emanadas del Convenio 81 de 1947 de la OIT, relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio aprobado mediante la Ley 23 de 1967 “por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en las Reuniones 14ª (1930), 23ª (1937), 30ª (1947), 40ª (1957) y 45ª (1961).”

⁷ Constitución de 1991. Artículo 25. “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

⁸ Decreto-Ley 4108 de 2011, Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 y Ley 1610 de 2013.

⁹ RICE, A. (Ed.), A Tool Kit for Labour Inspectors: A model enforcement policy, a training and operations manual, a code of ethical behavior Budapest, International Labour Office, 2006, Principles and Practice of Labour Inspection, OIT p. 26, en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_110153.pdf. Texto original: “develop labour relations in an orderly and constructive way”.

¹⁰ Sentencias T-899 de 2014 y T-106 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

medicamentos farmacológico con trastuzumab 8 mg/kg, tamoxifen 20 mg y control por oncología mensual. Por tanto, se concluye que existe fundamentos para amparar su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Así mismo dada la acreditación con la historia clínica de la señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, previo a la terminación del contrato producido el 30 de diciembre del año 2020, la accionante, soportó valoraciones, entre ellas el 27 de noviembre y 23 de diciembre de 2020, que comportó la continuidad del tratamiento de radioterapia así como el seguimiento y control con oncología clínica, lo cual ratifica el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S.; tratamiento que se encuentra interrumpido ante la ausencia de pago de seguridad social en salud para el mes de diciembre, también se observa citas, exámenes pendientes por realizar, que permiten evidenciar el estado de salud de la accionada, y que efectivamente presenta una patología catastrófica que requiera un amparo especial.

Es así, que la discusión sobre la existencia de la estabilidad laboral reforzada, por debilidad manifiesta, está llamada a prosperar, pues se acreditó que la terminación del contrato laboral, la trabajadora se encontraba en situación especial de salud, y que requería de autorización para su despido, misma que no se solicitó, dado que para el empleador solo le bastó con la manifestación verbal de la actora, sin tener en cuenta la patología catastrófica que presenta.

Para soportar lo anterior, se tiene que el señor IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, aduce en su escrito de tutela que al momento del despido tenía pendientes unos controles, exámenes y un tratamiento farmacológico, lo cual es coincidente con los registros de la historia clínica y lo informado por la IPS. Sin embargo, pese a las circunstancias especiales de salud, que se encontraba bajo control de medico con el fin de evitar una recaída, requiriendo controles, exámenes médicos y laboratorios, evidencia que ha tenido continuidad, dado que para el mes de noviembre de 2020 estuvo incapacitada, como lo confirma la EPS FAMISANAR, circunstancias que eran conocidas por el empleador.

Luego, esa condición se adecua a la debilidad manifiesta que alega la actora, lo cual es concordante con el criterio de la Corte al establecer que el trabajador puede ser considerado como sujeto en circunstancias de debilidad manifiesta **por motivos de salud** cuando:

*“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 dificulte 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,¹¹ **está en circunstancias de debilidad manifiesta***

¹¹ “La Sala Segunda de Revisión señaló, asimismo, en la sentencia T-784 de 2009, que un trabajador debía ser vinculado nuevamente a su trabajo porque fue despedido sin justa causa mientras estaba en circunstancias de debilidad manifiesta, y además sin la autorización correspondiente. Dijo la Corte, en ese asunto, que no importaba si el trabajador no era, en estricto sentido, un discapacitado o un inválido, porque “la protección laboral reforzada no sólo se predica de quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez. Esta protección aplica también para aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo”.”





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

y, por tanto, tiene derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’.¹² Negrillas fuera del original.

En esas condiciones, se observa también que concurre la necesidad del amparo para evitar un perjuicio irremediable y del derecho al mínimo vital, pues al acreditarse el estado de debilidad manifiesta, en razón al diagnóstico de una enfermedad catastrófica en tratándose de una persona de especial protección constitucional, se indica la carencia de otros medios de subsistencia, al manifestar la accionante y corroborado por el accionado que por la edad de 64 años, no cuenta con posibilidades prestacionales pensionales. Así se cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto, el despido ocurrió el 30 de diciembre de 2020, y apenas el 14 de enero de 2021, radicó la presente acción de tutela, habiendo transcurrido tan solo 15 días desde el despido, por lo que se vislumbra el perjuicio irremediable, que avizore y amerite en esas condiciones amparar derechos fundamentales, por las condiciones especiales de la accionante.

Bajo esos derroteros, se concluye que hay lugar al amparo a los derechos a la estabilidad laboral reforzada, por lo tanto, se ORDENA al señor HERNAN RONDON GONZALEZ en calidad de propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga el REINTEGRO de la señora IRMA MARIELA SANCHEZ MESA.

Debe indicarse que la protección de los derechos invocados por IRMA MARIELA SANCHEZ MESA en la presente acción de tutela se hace de manera transitoria ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, por consiguiente la accionante debe acudir a las instancias judiciales respectivas, si así lo considera pertinente, dentro del término de cuatro meses siguientes a la notificación de la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, para demandar la protección definitiva de los derechos que impetra como vulnerados, de no proceder a ello cesarán los efectos de la sentencia.

ii) afectación al derecho a la salud

Se tiene que como consecuencia de la desvinculación de la trabajadora en las condiciones consignadas, se puso en riesgo de interrumpir su acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando lo que realmente debió haber hecho el empleador era proteger ese derecho y dejarla vinculada al restaurante, como lo hizo con dos personas más, como el mismo lo indica en su respuesta, por lo menos mientras se le terminaba la quimioterapia, desconociendo el deber de solidaridad con la trabajadora, como principio que rige el Sistema de Seguridad Social en nuestro país, atentándose por tanto los derechos a la seguridad social y de acceso a la salud de la trabajadora, que en este asunto, se convierten en fundamentales, siendo en consecuencia el Juez constitucional el garante de protección de los mismos, si bien este derecho es de carácter prestacional y su reconocimiento puede concederse a través de otros mecanismos judiciales, en casos excepcionales, procede la acción de tutela para proteger a quien se encuentre frente a tales derechos en circunstancia de debilidad manifiesta, como sucede en este asunto.

¹² Sentencia T-417 de 2010.





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

Sobre este aspecto también nuestro máximo Tribunal Constitucional ha manifestado:

“... Este Tribunal Constitucional ha sostenido que, en principio, la acción de tutela no puede ejercerse con el fin de obtener la titularidad de derechos en materia de seguridad social. En efecto, esta Corporación ha precisado que el conocimiento de este tipo de solicitudes es de competencia, por regla general, de la justicia ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa según el caso, ya que su trámite exige la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan al ámbito de competencia del juez de tutela.

No obstante, lo anterior, esta corporación también ha sostenido que es posible que, de manera excepcional, se ordene por la vía de la acción de tutela el reconocimiento, restablecimiento y pago de los citados derechos, siempre que a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste resulte ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos.

*Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, **la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto...**¹³ (subraya y negrilla fuera de texto).*

Así las cosas para esta Juez constitucional y siguiendo los derroteros jurisprudenciales referidos, se tiene que la accionante se encuentra ante un estado de debilidad manifiesta con ocasión al cáncer que padece, la cual se está sometiendo a un tratamiento de quimioterapia, aunado a ello que no cuenta con los recursos económicos para asumir el costo del tratamiento, pues su subsistencia depende única y exclusivamente de su trabajo, del cual fue despedida, encontrándose a la fecha desprotegida en seguridad social con el agravante que su salud se está viendo afectada y por ende su calidad de vida también se ha visto deteriorada.

Atendiendo lo precedentemente expuesto, en el presente caso concurren los presupuestos jurisprudenciales señalados para la protección por vía de la acción de tutela a los derechos fundamentales a la Seguridad Social y de acceso a la salud de la trabajadora accionante, al considerarse que los actos desplegados por parte de la accionada, constituyen una violación de los derechos fundamentales referidos, en consecuencia debe procederse a otorgar el amparo impetrado frente a tales derechos.

Debe indicarse que la protección de los derechos invocados por IRMA MARIELA SANCHEZ MESA en la presente acción de tutela se hace de manera transitoria ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, por consiguiente la accionante debe acudir a las instancias judiciales respectivas, si así lo considera pertinente, dentro del término de cuatro meses siguientes a la notificación de la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, para demandar la protección

¹³ Sentencia T-180 de 2009.





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

definitiva de los derechos que impetra como vulnerados, de no proceder a ello cesarán los efectos de la sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará al señor HERNAN RONDON GONZALEZ en calidad de propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, disponga lo necesario para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión se ordenará se reinicie el pago mensual de los aportes en salud y pensión a la EPS a la que estaba afiliada la actora con el fin de que no se interrumpa el tratamiento médico necesario para la recuperación de su salud.

iii) pago de las acreencias laborales

Finalmente, frente al pago de las acreencias laborales, no puede ser dilucidada a través del trámite tutelar, sino mediante el procedimiento adecuado, en garantía del derecho de defensa, del debido proceso y de contradicción.

Por ello, resulta improcedente determinar el pago de acreencias laborales de los días que la actora no laboró, pues tales discusiones solamente pueden ser objeto de controversia a través de la jurisdicción ordinaria laboral, dentro del cual se podrá discutir y determinar la ilegalidad de la terminación del contrato, si hay lugar a reconocer pretensiones de orden económico y laboral, y demás aspectos reclamados por la actora, de los que se reitera, imposibilitan acometer el estudio del caso por la vía excepcional de tutela, ya que tales aspectos demandan la acreditación y la confrontación probatoria por las partes que se debe surtir dentro de un procedimiento y en ejercicio de las acciones y ante las autoridades competentes, como lo son las dispuestas en la jurisdicción ordinaria laboral.

Es decir, el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial efectivos, como es la jurisdicción laboral, por tratarse de un conflicto o controversia de esa naturaleza, para determinar la viabilidad o no de las pretensiones invocadas.

Al Respecto, el máximo órgano Constitucional, señaló:

“...Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado en forma reiterada que la acción de tutela no es el medio judicial procedente para obtener la satisfacción de una pretensión que bien puede lograrse a través del ejercicio de las acciones ordinarias consagradas en la legislación vigente. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia constitucional hayan establecido que la subsidiaridad es una de las principales características de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, si una persona cuyos derechos fundamentales se encuentran presuntamente vulnerados o amenazados y existen a su alcance acciones pertinentes para acudir a la justicia ordinaria e invocar su protección, la acción de tutela debe resultar improcedente...”¹⁴

Por lo anterior, al presentarse contradicciones y controversias en cuanto a la terminación del contrato, y no haberse acreditado las condiciones para la procedencia transitoria de la acción de tutela, impide determinar la necesidad y urgencia de la

¹⁴Corte Constitucional, T-415 de 1995.





Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

intervención del juez constitucional en el caso concreto, pero si la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción laboral.

En consecuencia, se deberá declarar improcedente la acción de tutela interpuesta contra al señor HERNAN RONDON GONZALEZ en calidad de propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, respecto de la pretensión de cancelación de prestaciones, impetrados por IRMA MARIELA SANCHEZ MESA, por cuanto la ley contempla otro mecanismo judicial eficaz e idóneo para la protección de esos requerimientos, como se indicó, ante la Jurisdicción Laboral Ordinaria, a fin de ejercer las acciones legales pertinentes.

Respecto de las demás entidades vinculadas al presente trámite tutelar, **EPS FAMISANAR y CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO**, no son las llamadas a garantizar los derechos fundamentales de la actora, por tanto, serán desvinculadas.

5. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

- PRIMERO:** **TUTELAR**, como mecanismo transitorio, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que le asiste a **IRMA MARIELA SANCHEZ MESA**, contra el señor **HERNAN RONDON GONZALEZ**, representante del Restaurante El Viejo Hernán, al haberse demostrado vulneración a sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud y mínimo vital, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
- SEGUNDO:** **ORDENAR** al señor HERNAN RONDON GONZALEZ en calidad de propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga el i) **REINTEGRO** de la señora **IRMA MARIELA SANCHEZ MESA** a las labores que desempeñaba o similares previo al despido, y, ii) se **REINICIE** el pago mensual de los aportes en salud a la EPS a la que estaba afiliada la actora con el fin de garantizar la continuidad del tratamiento médico necesario para la recuperación de la salud de la accionante, conforme lo considerado en esta decisión.
- TERCERO:** **ADVERTIR** a IRMA MARIELA SANCHEZ MESA que cuenta con un término máximo de cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, para ejercer la acción laboral, de lo contrario, finalizado el plazo señalado, cesarán los efectos del presente fallo, conforme lo determinado en esta providencia.
- CUARTO:** **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por **IRMA MARIELA SANCHEZ MESA**, contra el señor **HERNAN RONDON GONZALEZ** en calidad de propietario del RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN respecto



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-011-00
Accionante: IRMA MARIELA SANCHEZ MESA
Accionado: RESTAURANTE EL VIEJO HERNAN
Derechos Fundamentales: trabajo y otros.

del reclamo de prestaciones económicas laborales, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: **Desvincular** a la EPS FAMISANAR y CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEXTO: Entérese a la entidad tutelada que, en el caso de no darle cumplimiento a esta orden judicial, se iniciarán las acciones pertinentes, conforme a los artículos 27 y 52 del decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido éste trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la **Corte Constitucional**, para su eventual revisión.

OCTAVO: Contra el presente fallo procede el recurso de impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ**

Firmado Por:

**LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 038 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:

0c59e186e85f0a068bbd23e8dd7079b984531e5dc18cdba6004f093fbc80151a

Documento generado en 27/01/2021 06:30:27 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

