

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO 44 PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.
Carrera 29 N° 18 45 Bloque E Piso 3°
j44pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICACIÓN:	TUTELA 2020 - 0116
ACCIONANTE:	VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS
ACCIONADA:	NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED
DECISIÓN:	DECLARA IMPROCEDENTE
FECHA:	DIECISÉIS (16) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

OBJETO DE DECISIÓN

Resolver la demanda de tutela presentada por VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía 1123 510 982, contra la empresa NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED, NIT 830 069 311 4, ante la presunta vulneración de derechos fundamentales.

HECHOS RELEVANTES Y PRETENSIONES

VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ expuso en la demanda que:

El 15 de septiembre de 2020, la empresa accionada le notificó de la terminación del contrato de trabajo, bajo argumento que, la *“determinación se da con ocasión a las circunstancias actuales por las que atraviesa la organización, sumado a que las condiciones que dieron lugar a su vinculación laboral y a la prolongación de su contrato de trabajo ya finalizaron.*

En consecuencia, dado que a la fecha no se advierte ninguna condición que restrinja o limite su capacidad de trabajo y en consecuencia impidan por dar finalizada la relación laboral que se encontraba vigente”.

El último contrato que suscribió con NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED, fue a término indefinido, en el cargo de cuñero operador subsuelo c5, de 23 de abril de 2015 hasta el 16 de septiembre de 2020.

Actualmente padece varias patologías y atraviesa por un difícil proceso médico que aún no concluye, antes de la pandemia COVID19, se encontraba en constantes incapacidades médicas.

En resonancia magnética de columna lumbosacra de 19 de marzo del 2020, se concluyó:

“Cuerpo vertebral lumbar accesorio L6 con mega-apofisis transversa, del lado izquierda fusionada al ala del sacro; Leve abombamiento del anillo fibroso interdiscal L5/L6 posteromedial sin estrechez neuroforamial”

Contaba con restricciones laborales, tales como, *“No puede trabajar en alturas; No puede cargar peso superior a 7kg; No puede subir y bajar escaleras; Evitar giros de columna con carga; Realizar pausas compensatorias cada hora por 5 minutos; Evitar de ambulación por terrenos irregulares o viajes largos.”*

Debido a la desvinculación laboral, no he podido acudir a medicina general ni a especialistas para continuar con el tratamiento médico integral y no ha sido posible

su continuidad debido a la desafiliación del sistema de seguridad social por parte del empleador.

La empresa accionada no puede intempestivamente en plena pandemia, terminar la relación laboral sin garantizar un debido proceso, y sin siquiera un preaviso ni constatar que la relación por la cual fue contratado terminó efectivamente.

Se encuentra actualmente desempleado y en condición de debilidad manifiesta, ya que no es posible conseguir un nuevo trabajo por su precaria salud, sobrevive del salario.

La empresa accionada, por el COVID 19 envió al accionante a vacaciones, licencias remuneradas, para que finalmente decida despedirlo pese a su estado de salud, de la cual era concededora.

La Accionada en uso de poder subordinante y actuando en contravía con lo decretado por el Gobierno Nacional, decidió despedir trabajadores de manera injustificada y arbitraria, alegando supuestamente la terminación de contratos por obra y labor, cuando eso no es cierto, más aún cuando ostenta FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

Pide se ordene a NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED lo reintegre a un puesto de igual o mejor categoría al que ocupaba, y le pague los salarios y prestaciones dejadas de percibir, además de la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Aportó:

1. Contrato de trabajo
2. Otrosí Contrato de trabajo
3. Certificación laboral
4. Notificación Vacaciones y licencias remuneradas
5. Terminación contrato de trabajo
6. Notificación aislamiento preventivo
7. Historia clínica
8. Petición a la empresa
9. Extracto bancario deudas

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue repartida a este Despacho y admitida a través de auto de 5 de octubre de 2020, notificada a la parte accionante, a la accionada empresa NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED y a las vinculadas NUEVA EPS, EPS MEDIMAS y MINISTERIO DEL TRABAJO.

RESPUESTAS DE LA ACCIONADA y VINCULADAS

El apoderado judicial de la sociedad NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA, debidamente acreditado, indicó que:

Las condiciones de salud que adujo el demandante, al momento de la terminación del contrato sin justa causa, estaban superadas, conforme soportes probatorios que comprueban que durante lo transcurrido del año 2020, lapso de más de 9 meses hasta la terminación del vínculo laboral, 15 de Septiembre de 2020, el accionante no demuestra la realización de valoraciones médicas, tratamientos ni tampoco restricciones o incapacidades, lo que denota haber superado, de manera satisfactoria la condición médica.

Al actor se le realizó examen ocupacional periódico, por la IPS CONSULTORIO MÉDICO SALUD OCUPACIONAL S.A.S., el 23 de Mayo de 2020, donde se conceptuó la aptitud para desempeñar el cargo emitiendo recomendaciones por 2 meses, lo que ante la falta de restricciones o incapacidades por parte de la EPS, denota claramente una evolución satisfactoria, dado que conforme el concepto del médico especialista en salud ocupacional, realizó la valoración de las capacidades, físicas y mentales del trabajador con respecto al cargo a desempeñar y dictaminó que podía retomar labores atendiendo recomendaciones por el lapso de dos meses, las que finalizaron en el mes de Julio de 2020, dos meses antes de la terminación del vínculo laboral.

Atendiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales que regulan la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, suscribió un otrosí al contrato de trabajo, firmado el 23 de mayo de 2020, en el cual se prorrogó la relación laboral en atención al concepto del especialista en salud ocupacional emitido en el examen periódico ocupacional realizado el 22 de mayo de 2020, estableciendo una nueva vigencia de la relación laboral hasta tanto se superaran las condiciones de salud, aun, cuando el objeto de la obra o labor contratada había fenecido.

Entre el mes de marzo de 2020 al 15 de septiembre de 2020, la compañía acogió las previsiones establecidas por el ministerio de Trabajo en las circulares 021 y 022 de 2020, concediendo vacaciones al actor hasta el mes de abril y posteriormente de acuerdo a las prórrogas de la emergencia sanitaria y aislamiento obligatorio decretadas por el gobierno nacional, se le comunicó la continuidad del vínculo laboral sin la realización de funciones, es decir, devengando salario, sin prestación de servicio alguno.

A la finalización del vínculo laboral el accionante recibió la suma de \$20'198.179, dinero con el cual puede tener garantizado su mínimo vital hasta tanto obtenga una nueva fuente de ingresos.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones del accionante, al no existir derechos fundamentales violados, ni razones jurídicas ni fácticas que sustenten su otorgamiento. Toda vez, que no se evidencia estado de debilidad manifiesta, a la terminación del contrato de trabajo del accionante, VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, la relación de trabajo culminó en las formas establecidas por el código sustantivo del trabajo, ante la inexistencia de los planteamientos jurisprudenciales que desarrollan la debilidad manifiesta, por lo cual, para el caso concreto, no se configuran tales planteamientos.

La procedencia de la acción de tutela impetrada no es posible, ya que no es la vía adecuada para hacer valer los supuestos derechos laborales reclamados, toda vez que el accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial principal, como es la acción ordinaria laboral, que hoy, por la vía de la práctica del trámite por el sistema oral ha llegado a ser un medio expedito y ágil para dirimir los conflictos del trabajo.

La empresa **no** estaba obligada a solicitar permiso del Ministerio de Trabajo de conformidad a lo establecido en la Ley 361 de 1997 para la terminación del contrato de trabajo del accionante VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, porque ella obedeció a una facultad establecida en el código sustantivo del trabajo y el ex trabajador no presentaba incapacidad alguna, recomendación, restricción o situación de salud que le impidiese ejecutar las funciones del cargo con normalidad.

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, quienes se constituyen bajo el amparo de la ley como sujetos de protección especial determinados por la Ley 361 de 1997, son aquellas personas que se encuentren dentro de los rangos de pérdida de capacidad laboral moderada en porcentaje superior al 15%, lo que para el caso

del accionante no se cumple, toda vez que no cuenta con limitación médica que se pueda considerar de carácter moderado para que prospere la protección constitucional, ni se demuestra el estar adelantando trámites de calificación de pérdida de capacidad laboral que puedan inferir discapacidad alguna, por lo cual para adoptar la determinación de finalización del vínculo laboral comunicada al accionante el 15 de Septiembre de 2020, no se requería acudir a la autoridad del Ministerio de Trabajo para obtener su autorización ya que como se indicó, no se trata de una persona discapacitada.

Aportó:

- 1.- Copia del contrato de trabajo.
- 2.- Certificado laboral a nombre del señor HERNÁNDEZ VARGAS.
- 3.- Examen médico ocupacional de 22 de mayo de 2020, practicado al actor.
- 4.- Copia del otrosí suscrito entre las partes el 23 de mayo de 2020.
- 5.- Comunicación de la terminación del vínculo laboral de 15/09/2020.
- 6.- Autorización para la práctica de examen médico ocupacional de egreso entregado al accionante, el cual omitió realizar.
- 7.- Captura de pantalla del envío mediante correo electrónico al accionante de la comunicación de terminación del vínculo laboral, autorización practica exámenes médicos ocupacionales de egreso y liquidación acreencias laborales.
- 8.- Copia de la liquidación de acreencias laborales a nombre de VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ.
- 9.- Copia de la última incapacidad reportada por el actor el 11 de diciembre de 2019, en la que no se evidencia recomendaciones, restricciones o manifestaciones sobre el contenido de la historia clínica.
- 10.- Copia de las comunicaciones entregadas al accionante, sobre las vacaciones y pago de salario sin prestación de servicios durante el tiempo que estuvo vigentes las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretadas por el gobierno nacional.
- 11.- Comprobante de los aportes realizados por parte de la compañía a nombre de la accionante al sistema de seguridad social.
- 12.- Comprobantes pago nomina VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS.

La Apoderada de MEDIMÁS EPS, debidamente acreditada, indicó que:

El señor VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, es usuario ACTIVO en el régimen contributivo como cotizante de la NUEVA EPS MEDIMAS EPS no es la llamada a dar cumplimiento a ninguna de las pretensiones del accionante. Por lo anterior MEDIMAS EPS carece de legitimidad para resolver la pretensión del accionante.

En cuanto a la prestación de servicios en salud, el accionante se encuentra en estado afiliado activo como cotizante de la NUEVA EPS desde febrero de 2020, por lo cual, si, requiere servicios médicos deberá realizar la solicitud de forma regular en su EPS de presentarse la desvinculación podrá realizar su vinculación a una EPS y de cumplir requisitos, hacer movilidad descendente a régimen subsidiado a través del link <https://www.medimas.com.co/afiliados/movilidad-entre-regi-menes>

Según el Decreto 0780 de 2016, los afiliados que terminan su vínculo laboral o no puedan continuar cotizando como independientes y se encuentran clasificados en los niveles I y II del SISBEN o poblaciones especiales (indígenas, desmovilizados, población gitana (ROM), protección a testigos y víctimas del conflicto armado), pueden pasar del régimen Contributivo al Subsidiado y viceversa en la misma EPS con todo su grupo familiar.

No existe ningún tipo de vulneración de derechos por parte de MEDIMAS EPS y en consecuencia deberá desvincularse de la presente acción de tutela.

El apoderado especial, de la NUEVA EPS, debidamente acreditado, indicó que, en la base de afiliados VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, se encuentra en estado ACTIVO en el Régimen Contributivo, categoría B, y que, la NUEVA EPS no es sujeto pasivo de la presente actuación, toda vez que el asunto versa respecto de temas que son competencia de un presunto empleador, por ello, pide denegar o desvincular a la NUEVA EPS de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el inciso 3º del numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para decidir en sede constitucional de primera instancia la acción de tutela ejercida por VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS contra la empresa NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED, ante la presunta vulneración de derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Carta Política y el canon 1 del Decreto 2591 de 1991, establecen que *“toda persona tendrá acción de tutela para 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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión (...)”*.

A su vez, el artículo 37 del aludido Decreto, prevé que *“Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.”*

Procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, consagra la tutela como mecanismo breve y sumario para que los ciudadanos acudan ante los jueces en busca de protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de los funcionarios públicos y en algunos casos por los particulares.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha afirmado que la acción pública de tutela, es un medio jurídico que permite a cualquier persona, sin requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando con las circunstancias concretas de cada caso y ante la ausencia de otro medio de orden legal, permita el amparo de los derechos amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos previstos en la ley.

Del caso concreto

En el sub examen, considera VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, se le vulneran los derechos fundamentales a la salud, estabilidad laboral reforzada y mínimo vital, por parte de la empresa NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED, porque al momento de la terminación del contrato de trabajo, no tuvo en cuenta su estado de salud.

La sociedad NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA, advirtió que, las condiciones de salud que adujo el demandante, al momento de la terminación del contrato sin justa causa, estaban superadas, conforme soportes probatorios que lo comprueban, y que, al actor se le realizó examen ocupacional periódico, por

la IPS CONSULTORIO MÉDICO SALUD OCUPACIONAL S.A.S., el 23 de mayo de 2020, donde se conceptuó la aptitud para desempeñar el cargo emitiendo recomendaciones por 2 meses, lo que, ante la falta de restricciones o incapacidades por parte de la EPS, denota claramente una evolución satisfactoria, conforme el concepto del médico especialista en salud ocupacional.

Explicó que conforme lineamientos legales y jurisprudenciales que regulan la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, suscribió un otrosí al contrato de trabajo, firmado el 23 de mayo de 2020, se prorrogó la relación laboral, hasta tanto se superaran las condiciones de salud, aun cuando el objeto de la obra o labor contratada había fenecido.

Resaltó que, a la finalización del vínculo laboral el accionante recibió la suma de \$20'198.179, dinero con el cual puede tener garantizado su mínimo vital hasta tanto obtenga una nueva fuente de ingresos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del accionante, al no existir derechos fundamentales violados, ni razones jurídicas ni fácticas que sustenten su otorgamiento. Toda vez, que no se evidencia estado de debilidad manifiesta, a la terminación del contrato de trabajo del accionante, VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, la relación de trabajo culminó en las formas establecidas por el código sustantivo del trabajo, ante la inexistencia de los planteamientos jurisprudenciales que desarrollan la debilidad manifiesta, por lo cual, para el caso concreto, no se configuran tales planteamientos.

Concluyó que, la acción de tutela impetrada no es posible, la vía para hacer valer los supuestos derechos laborales reclamados, es la acción ordinaria laboral, que hoy, por la vía de la práctica del trámite por el sistema oral ha llegado a ser un medio expedito y ágil para dirimir los conflictos del trabajo.

Recalcó que, la empresa **no** estaba obligada a solicitar permiso del Ministerio de Trabajo de conformidad a lo establecido en la Ley 361 de 1997 para la terminación del contrato de trabajo del accionante VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, porque ella obedeció a una facultad establecida en el código sustantivo del trabajo y el ex trabajador no presentaba incapacidad alguna, recomendación, restricción o situación de salud que le impidiese ejecutar las funciones del cargo con normalidad.

MEDIMÁS EPS, señaló que, VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, es usuario ACTIVO en el régimen contributivo como cotizante de la NUEVA EPS, y que, de presentarse la desvinculación podrá realizar su vinculación a una EPS y de cumplir requisitos hacer movilidad descendente a régimen subsidiado a través del link <https://www.medimas.com.co/afiliados/movilidad-entre-regi-menes>, conforme dispone, el Decreto 0780 de 2016, *“los afiliados que terminan su vínculo laboral o no puedan continuar cotizando como independientes y se encuentran clasificados en los niveles I y II del SISBEN o poblaciones especiales (indígenas, desmovilizados, población gitana (ROM), protección a testigos y víctimas del conflicto armado), pueden pasar del régimen Contributivo al Subsidiado y viceversa en la misma EPS, con todo su grupo familiar.*

A su vez, la **NUEVA EPS**, afirmó, que en la base de afiliados VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, se encuentra en estado ACTIVO en el Régimen Contributivo, categoría B.

Bajo este contexto, verificados los elementos materiales de prueba que hacen parte de este trámite constitucional, tanto los allegados por el demandante, como los aducidos en la respuesta por la accionada y vinculadas, el problema jurídico planteado a resolver, se dividirá en cuatro inferencias, a saber; **(i)** comprobación de la legitimación por activa y pasiva en la causa **(ii)** acreditación de requisitos de

procedibilidad para el ejercicio de la acción de tutela, de un lado, **inmediatez**, que consiste en verificar si la acción se ejerció de manera oportuna y de otro, **subsidiaridad**, establecer si el tutelante cuenta con un mecanismo judicial principal, idóneo y eficaz; **(iii)** si el accionante dado su estado de salud se incluye dentro de los sujetos con protección de estabilidad laboral reforzada, **(iv)** por último, si se acredita una situación de vulnerabilidad.

De superarse estas etapas se entrará al análisis de la controversia de fondo para verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados, de lo contrario, corresponde la declaratoria de improcedencia.

Frente al primer punto, legitimación por activa, el artículo 10 del Decreto reglamentario 2591 de 1991, advierte que, *“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.”*, este requisito se acredita, VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS, acude directamente a reclamar acción constitucional para la protección de sus derechos fundamentales. De igual forma, la legitimidad por pasiva se encuentra demostrada por cuanto es a la empresa NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED, a quien se le atribuye la terminación de un contrato laboral con el demandante, vínculo contractual y pretensiones que permiten establecer que existe legitimidad en la causa por pasiva.

En relación al segundo punto, la inmediatez corresponde a que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración, pese a que en el artículo 86 superior, no se cuenta con un término de prescripción respecto a los hechos generadores de la solicitud del amparo constitucional, debe existir correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna, en el caso particular se tiene que, la finalización del contrato laboral, fue el 15 de septiembre de 2020, la formulación del amparo de protección el 5 del siguiente, el accionante, no dejó transcurrir más de 20 días para ejercer la acción constitucional, la jurisprudencia constitucional ha colocado un límite perentorio de seis meses, el cual no se excedió.

En cuanto a la **subsidiaridad**, se tiene que, en consonancia con las pretensiones del actor, el mecanismo principal e *idóneo* para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de la terminación del vínculo laboral es el procedimiento ordinario laboral, que regula el Capítulo XIV del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), en la medida en que, producto de su ejercicio, es posible que, de tener derecho el accionante al reintegro, se acceda a sus pretensiones y se ordene el pago a su favor de los salarios y prestaciones dejados de percibir, de la sanción por despido sin justa causa, que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en los términos del artículo 48 del CPTSS, modificado, por el artículo 2 de la Ley 1149 de 2007, **mecanismo judicial idóneo y eficaz**, contiene un procedimiento expedito para su resolución, además que, también es posible solicitar una medida cautelar **en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso (CGP) y otras normas concordantes, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos con la terminación contractual que se cuestiona**, regla que rige para todos los procesos judiciales en todas las jurisdicciones.

En los procesos declarativos, como el que debe adelantar el accionante, además de las medidas cautelares de embargo y secuestro posteriores a la sentencia favorable de primera instancia, el literal C. del artículo 590¹ del Código General del

¹ Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Proceso amplió el espectro de posibilidades hasta donde la necesidad y agilidad del demandante lo permitan, respetando en todo caso un mínimo de garantías necesarias que no pueden llevar a que, con el perfeccionamiento de la medida cautelar, se obtenga, de manera anticipada, el resultado del proceso. Es decir, debe ser razonable, efectiva y proporcional a los fines perseguidos.

En términos generales, quien solicite la medida cautelar deberá acreditar principalmente dos cosas: i) la legitimidad y el interés para solicitar la medida, y ii) la existencia de la amenaza o vulneración.

El interesado en el decreto y práctica de la medida cautelar deberá explicar con suficiencia, y desde el momento mismo de su solicitud, por qué su petición está prevalida de la apariencia de buen derecho, a efecto de que el juez haga la ponderación necesaria, para su decreto.

En el mismo sentido, y de cara a proteger los intereses tanto de la parte demandante como de la demandada, previo a ordenar la medida cautelar o el levantamiento de la misma, se deberá otorgar una caución suficiente para el efecto.

Aun cuando en un sentido general el interesado solo debe acreditar su interés y la existencia de la amenaza o vulneración que pretende contrarrestar con la medida, lo cierto es que el juez está obligado a determinar si al demandante le asiste el derecho a la valoración inicial que debe hacer el juez sobre cuáles son las probabilidades de éxito de la demanda a partir de los hechos expuestos y de las pruebas arrojadas al proceso.

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no regula la medida cautelar innominada, razón por la cual es necesario acudir al artículo 1º del Código General del Proceso según el cual explica:

“El Código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”

En virtud del artículo 145 del CPTSS por aplicación analógica *“a falta de disposiciones especiales en el procedimiento de trabajo se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial”*, entendido este como el Código General del Proceso, ya que, el CPTSS corresponde al Decreto Ley 2158 expedido en 1948.

Por lo tanto, es posible argumentar que son procedentes las medidas cautelares innominadas en los procesos laborales y de seguridad social.

El fin del derecho laboral es la protección del trabajador, entonces se debe entender que, si la aplicación de la medida cautelar innominada (artículo 590 del Código General del Proceso) puede garantizar la satisfacción del derecho y el cumplimiento de la sentencia, con mayor razón se pueden incluir las mismas en plena armonía con los procesos laborales, en los cuales se discuten, generalmente derechos mínimos e irrenunciables vitales como la vida, la alimentación, la salud, la pensión entre otros.

El principio protectorio que orienta al Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en el amparo de una de las partes, el trabajador, a fin que, mediante esa protección, alcance una igualdad sustantiva y real frente a la contraparte, el empleador.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece el principio de favorabilidad en relación con el trabajador, imperando el carácter proteccionista que busca salvaguardar los derechos de la parte débil de la relación laboral.

Corolario de lo anterior, existe un mecanismo, judicial, idóneo y eficaz, al cual se puede acudir, incluso, aun existiendo restricción por la emergencia sanitaria, dado que los términos no se encuentran para este momento suspendidos, y virtualmente se puede presentar la demanda laboral, acudiendo a la página de la Rama Judicial, Link “RADICACIÓN DEMANDAS JUZGADOS LABORALES DE BOGOTÁ, raddemlabbta@cendoj.ramajudicial.gov.co, y si es procedente probatoriamente, solicitar la medida cautelar anteriormente descrita.

Este recurso es el mecanismo principal idóneo y eficaz para tramitar las pretensiones planteadas por el accionante, por cuanto, de una parte, está diseñado para dirimir los conflictos jurídicos originados directa o indirectamente en el contrato de trabajo², de otra, corresponde al juez laboral asumir la dirección del proceso mediante la adopción de *“las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, así, como “la agilidad y rapidez en su trámite”*³.

Respecto al tercer planteamiento, si el accionante dado su estado de salud se incluye dentro de los sujetos con protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario precisar, que la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (miembro de sindicato, **persona en situación de discapacidad física o mental**, o mujer en estado de embarazo). Dicha protección, entonces, 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”*⁴. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se predica únicamente de las personas en situación de invalidez, *“sino de todos aquellos que (i) tengan una afectación en su salud; (ii) esa circunstancia les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el*

² El numeral 2 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social regula la competencia de los jueces en la especialidad del trabajo y la seguridad social y les atribuye la competencia para resolver los siguientes asuntos: *“1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo; 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral; 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical; 4. [Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012.] Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos; 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad; 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive; 7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994; 8. El recurso de anulación de laudos arbitrales; 9. El recurso de revisión; 10. [Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1210 de 2008.] La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”*.

³ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Artículo 48.

⁴ Sentencias T-899 de 2014 y T-106 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

desempeño de sus labores en las condiciones regulares”; y se tema que, (iii) en esas condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho”⁵.

Tratándose de trabajadores con problemas de salud, sin que cuenten con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, corresponde al juez constitucional verificar que esta afectación **le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.**

En Sentencia SU-049 de 2017, el Alto Tribunal Constitucional al respecto, concluyó:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Es decir, no toda afectación en la salud del trabajador puede enmarcarlo en una situación de protección laboral reforzada, se debe establecer que este padecimiento tenga repercusiones de tal magnitud que permitan inferir que el desempeño de sus labores se vea diezmado por su estado de salud, caso que no ocurre con el señor HERNÁNDEZ VARGAS, porque **NO** soporta una pérdida de capacidad laboral, además, de las pruebas aportadas no se evidencia que la condición de salud del tutelante le dificultara significativamente su normal desempeño de actividades, esto es, el primer criterio de los tres necesarios para configurar la procedencia del amparo por fuero de salud.

La mencionada protección se acredita cuando la situación de salud impide significativamente el normal y adecuado desempeño laboral, cuando la debilidad manifiesta es conocida por el contratante al momento del despido, y si no existe, una justificación suficiente para la desvinculación. Esto quiere decir que, en el presente caso, al no cumplirse con el primero de los tres presupuestos para la estabilidad ocupacional reforzada por salud no es pertinente verificar la configuración de los otros dos. En estos términos, no se concederá este primer aspecto de las pretensiones del actor.

En cuanto al último planteamiento, acreditación de una situación de vulnerabilidad, la cual supone la acreditación de tres condiciones; **(i)** pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, **(ii)** hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo negativa) y **(iii)** carecer de resiliencia, esto es, capacidad para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva).

⁵ Sentencia T-784 de 2009, en esta ocasión la Corte afirmó que *“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”.*

La primera condición supone la constatación de que el accionante pertenece a una de las categorías de especial protección constitucional, situación que con anterioridad ya fue definida, no es beneficiario de estabilidad laboral reforzada.

No se encuentra en situación de riesgo, de la valoración de los elementos fácticos de la acción de tutela y los elementos de pruebas aportados, se deduce que su situación personal no es precaria, veamos por qué:

Es persona de 31 años de edad, con experiencia laboral calificada, no soporta una pérdida de capacidad laboral, su estado de salud le permitió laborar hasta la finalización de su contrato, puede incursionar en actividades laborales para procurar su sustento mientras avanza el respectivo proceso ante la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a su situación económica, cuenta con las prestaciones sociales y recibió una indemnización de \$20'198.179, dinero con el que inicialmente puede salir avante ante la adversidad.

Su afiliación al sistema general de salud, presenta estado de afiliación activo, pero una vez se surta la desafiliación, si tiene capacidad económica se puede afiliarse como independiente, o en su defecto realizar los trámites pertinentes para ser incluido con su grupo familiar, en el Régimen Subsidiado en Salud conforme lo dispone el Decreto 3047 de 2013 del Ministerio de Salud, que señala que si un afiliado está en el Régimen Contributivo y pierde capacidad de pago, si previamente está, clasificado en el nivel I y II del Sisbén, podrá pasar al Régimen Subsidiado con la misma EPS, donde se encuentre afiliado, sin perder la continuidad en la prestación del servicio, y que en el caso contrario, no este clasificado en el nivel I y II del Sisbén, deberá solicitar, la aplicación de la encuesta Sisbén a Planeación Municipal o Distrital.

Empero, de necesitar acudir con urgencia al sistema de salud, es obligación del Estado, en este caso, el ente territorial por intermedio de su red de prestadores de servicios del Distrito Capital prestar atención médica, la IPS la atenderá y de acuerdo al estudio socioeconómico que le realicen al momento de la atención definirán el cargo que debe asumir, mientras finaliza el proceso de inclusión en el sistema de salud del régimen subsidiado.

En conclusión, se infiere que, el demandante es resiliente; que, en palabras de la Corte Constitucional, es la *“capacidad para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)”*.

Sin perjuicio del análisis de subsidiariedad anterior, corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral pronunciarse de manera definitiva, acerca de la constitucionalidad y legalidad de la terminación del contrato laboral. En el proceso judicial respectivo, las partes tienen la oportunidad de surtir el correspondiente debate probatorio y argumentativo, que excede el marco procesal que establece el Decreto 2591 de 1991 y sus normas concordantes y complementarias. Esta situación acentúa la importancia del requisito de subsidiariedad, ya que el proceso de tutela no cuenta con los escenarios procesales idóneos que exige un debate y valoración probatoria complejo, entre otras cosas por la informalidad del proceso de amparo y el objeto que persigue la actuación.

Ahora, si la acción de amparo la presentó como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, no lo probó, nada dijo en relación con la inminente gravedad e irreparabilidad del daño que se generaría de no admitirse la protección, tampoco refirió una situación extrema en cuanto a su mínimo vital, solo afirmó y probó tener un crédito bancario, pero nada dijo, no aportó prueba que diera cuenta de que asume la carga de un hogar, ni la carencia de entorno

familiar, que pueda por el principio de solidaridad colaborar con sus obligaciones personales.

Tampoco informó sobre obligaciones personales, gastos de vivienda, elementos necesarios para que el despacho pudiera inferir una verdadera situación que estuviera colocando en peligro su mínimo vital.

Siendo esta acción constitucional un remedio de aplicación urgente para la protección de los derechos fundamentales por lo cual debe ejercerse de acuerdo con tal naturaleza, cuenta con mecanismos de defensa judicial idóneos, y que no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo solicitado se declarará improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 44 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción pública de tutela, presentada por **VÍCTOR ANDREY HERNÁNDEZ VARGAS**, conforme lo considerado.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación conforme a lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en el evento de que no sea impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación personal, remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, y en su defecto, archivar las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAÚL ALFREDO RIASCOS ORDÓÑEZ
Juez

Firmado Por:

RAUL ALFREDO RIASCOS ORDOÑEZ
JUEZ
JUZGADO 044 MUNICIPAL PENAL 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:

00a65785f916e0cb0ae818e516fda7bdfb0bcb17cea1a38487f3e5b8f7ad93c8
Documento generado en 16/10/2020 08:22:35 p.m.

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