



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, 26 de agosto de 2020.

ACCIÓN DE TUTELA

EXPEDIENTE	11001418903920200011901
ACCIONANTES	JOSÉ NEMESIO GAMBOA MALAVER MARTINIANO RIVERA HERNÁNDEZ
ACCIONADO	CLUB CAMPESTRE EL RANCHO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión de la impugnación presentada por los accionantes contra el fallo proferido el 17 de julio de 2020 por Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.

PRETENSIONES

Solicitan los accionantes que como mecanismo transitorio se ordene al Club Campestre el Rancho:

- 1 Dejar sin efecto las suspensiones de los contratos de trabajo de que fueron objeto por decisión del demandado.
- 2 Pagar los salarios y prestaciones que se hayan causado desde la fecha en que empezó la licencia no remunerada “que les hicieron firmar”.
- 3 Abstenerse de solicitar o aplicar suspensión de los contratos de trabajo, licencias no remuneradas, despidos, cancelación o terminación de dichos contratos mientras dure la pandemia.

DERECHOS INVOCADOS

Dignidad, trabajo, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

En la demanda se narraron los siguientes hechos:

Que los accionantes son empleados del Club Campestre El Rancho y pertenecen al Sindicato Hocar - Seccional Bogotá.

Que el señor José Nemesio Gamboa Malaver tiene el cargo de supervisor de mantenimiento desde el 27 de noviembre de 1980 con contrato a término indefinido y que el señor Martiniano Rivera Hernández tiene el cargo de Palafrero desde el 1 de febrero de 1996.

Que el señor José Nemesio Gamboa Malaver tiene 62 años y por ende la condición de pre pensionado. Es padre de 3 hijos discapacitados que dependen económicamente de este y que él y su esposa padecen de diabetes e hipertensión.

El señor Martiniano Rivera Hernández tiene 68 años, también pre pensionado, pues no ha adquirido la pensión por temas de semanas cotizadas. Que se encuentra en un programa de rehabilitación con restricciones laborales a causa de un accidente laboral que sufrió el 22 de mayo de 2019. Que sus familiares dependen económicamente de su salario.

Que con ocasión de la pandemia y las medidas adoptadas por el Gobierno, la accionada envió a los trabajadores a sus residencias afirmando que les concederían vacaciones, pero luego les llegó un comunicado en el que les indicaban que les reducirían el sueldo en un 50%. A lo cual estos contestaron que solo estaban dispuestos a aceptar una reducción del 16% sin que hubiera contrapropuesta de parte del empleador.

Que en el Club siempre ha habido labores que atender pero estas han venido siendo desarrolladas por los empleados vinculados con la empresa de servicios temporales.

Que teniendo en cuenta que no se estaban pagando los salarios en forma completa a los accionantes pero tampoco se les había sancionado o suspendido el contrato, el Sindicato Hocar formuló una petición al empleador y su respuesta fue enviar a los trabajadores una comunicación informando la suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito.

Que la accionada ha seguido recibiendo las cuotas sociales que pagan los miembros del Club e incluso les anunció la reapertura de actividades a partir del 4 de julio 2020.

Que la accionada en un acto injusto decidió de manera unilateral imponer una licencia no remunerada a los trabajadores, después una reducción del 50% de los salarios y posteriormente la suspensión de los contratos de trabajo de forma prácticamente indefinida.

Que el hecho de dejar a los trabajadores sin un salario les genera un grave perjuicio, pues no pueden salir de su residencia a buscar otra forma de subsistencia y se trata de personas de la tercera edad.

Que los demandantes, *“por ser trabajadores de la accionada se encuentra en un estado de subordinación y dependencia, lo que hace que no cuenten con otro medio judicial ágil y eficaz al cual acudir para que cese de manera inmediata la vulneración de los derechos fundamentales a la Dignidad, Remuneración mínima y vital, derecho al trabajo en condiciones dignas y Justas y el Estado de debilidad manifiesta de personas confinadas por la Pandemia COVID-19 o la enfermedad del Coronavirus”*.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de primera instancia negó las pretensiones, para lo cual sostuvo lo siguiente:

Que a los accionantes les fue suspendido el contrato laboral desde el 16 de mayo con ocasión al numeral 1° del artículo 51 del C.S. del T., previo a intentar diversas figuras jurídicas (vacaciones, acuerdos, licencias) que fueran consentidas por sus trabajadores. Que siendo ello así, el debate suscitado versa sobre obligaciones del orden legal y de tipo contractual, existentes entre ambas partes, luego, lo pretendido persigue derechos de carácter económico referidos al pago de salarios y prestaciones sociales; al igual que la validez de la decisión emitida por su empleador (suspensión del contrato) consecuencia de ello, la acción constitucional no es el mecanismo idóneo para dirimir tal conflicto, en razón a que la misma no fue instituida con dicho propósito, ya que dichas controversias contractuales deben ser debatidas en su escenario natural, esto es ante la jurisdicción laboral.

Que la aplicabilidad de la suspensión del contrato de trabajo es válida siempre y cuando concurra alguna de las causales que se encuentran consagradas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo y que la sociedad accionada justificó la suspensión del contrato amparado en la causal 1°; es decir, por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente ha impedido la ejecución de su objeto social.

Que mediante la Resolución 453 del 18 de marzo del presente año, se ordenó como medida sanitaria preventiva y de control en todo el territorio nacional, el cierre de los establecimientos y locales comerciales de “esparcimiento y diversión; de baile; ocio y entretenimiento y de juegos de azar y apuestas tales como casinos, bingos, y terminales de juegos de video. (...)” de manera que, por autoridad ajena al empleador se ve directamente afectada la organización accionada, impidiendo el normal desarrollo de su objeto social, en razón a que sus actividades principales son la prestación de servicios deportivos, descritos por la accionada como “*golf, tenis, natación, y servicios de bar y restaurante, este último prestado en la sede social del Club, sin apertura al público en general*”, todas ellas cerradas.

Que los accionantes no acreditaron la existencia de un perjuicio irremediable que llevara a analizar si pese a la subsidiaridad del mecanismo constitucional aquí impetrado, el mismo se hiciera procedente en aras de proteger los derechos fundamentales presuntamente conculcados, de manera que, no cumplieron los requisitos contemplados en la jurisprudencia para ser considerados como un sujetos de especial protección; como tampoco, se avizoró una afectación directa del mínimo vital con ocasión al no pago de las erogaciones referenciadas. Lo anterior, si en cuenta se tiene que, por parte del accionante, José Nemesio Gamboa Malaver, se

encuentra en estado activo en calidad de cotizante dependiente del empleador accionado, sin novedad de retiro; asimismo, el señor Martiniano Rivera Hernández, se encuentra afiliado al Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales en calidad de pensionado y cotizante de la extinta empresa de ferrocarriles nacionales, es decir que ambos actores se encuentran en estado de afiliación activo, es decir cuentan con seguridad social en salud, aunado a que, se desprende del informe rendido por la vinculada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que el señor Rivera Hernández cuenta con un ingreso base de cotización de \$1,668.042.00 m/cte.

Que si bien manifiestan que son padre cabeza de familia, ello no se logró acreditar, en razón a que no hay certeza alguna u probanza que permita vislumbrar que sus núcleos familiares dependan únicamente de estos.

Que los accionantes pueden hacer uso de los auxilios creados por parte del Gobierno Nacional y Distrital para hacerle frente a las situaciones económicas que se puedan llegar a generar.

Que no observa violación a los derechos invocados, razón suficiente para denegar la acción de tutela, así como tampoco se observa la causación de un perjuicio irremediable que permita acceder a la acción como mecanismo transitorio.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dicen los accionantes que el juzgado negó la tutela por considerar que los trabajadores deben recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral, decisión que se aparta de antecedentes jurisprudenciales producidos en el marco de esta crisis por el COVID-19 y a su vez envía a los trabajadores a una jurisdicción que al momento de la presentación de la demanda no estaba funcionando en debida forma.

Que el Consejo Superior de la Judicatura atendiendo todas las medidas sanitarias para evitar el contagio y la propagación del coronavirus suspendió los términos judiciales y envió a la mayoría de jueces y magistrados a resguardarse en sus residencias con sus familiares, motivo por el cual la jurisdicción ordinaria no está funcionando en el marco de la crisis humanitaria, conforme los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526,

PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11549 de marzo, abril y mayo y del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 y en estos momentos la atención de la jurisdicción laboral mientras se ajusta a las medidas de bioseguridad para proteger a los funcionarios judiciales la atención no se ha hecho en debida forma. Que hasta ahora no se conoce con exactitud cuándo será la atención presencial de los juzgados debido a que el crecimiento del contagio es exponencial en Bogotá.

Que casos idénticos al presente ya han sido resueltos de manera transitoria inclusive contra la misma accionada, por ejemplo el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito revocó la decisión de primera instancia que negó por improcedente una acción de tutela por considerar que el Juez competente es el de la Jurisdicción laboral.

Que la accionada si está causando un gran perjuicio a los trabajadores debido a que los accionantes día a día están obligados a satisfacer necesidades básicas, entre estos alimentarse, pagar los servicios públicos, etc. Y al no contar con los ingresos básicos como empleados de la accionada, no se explica cómo podrán satisfacer esas necesidades, motivo por el cual el perjuicio está demostrado y dejar a la suerte al trabajador, para que el conflicto lo resuelva la Jurisdicción laboral y no conceder los derechos fundamentales de manera transitoria es extender por muchos meses el detrimento a los actores.

Que está plenamente demostrado que el señor José Nemesio Gamboa Malaver tiene tres (3) hijos discapacitados, pues se aportaron los certificados de invalidez o de discapacidad y los registros civiles que demuestran el parentesco y, con respecto al señor Martiniano Rivera Hernández también se aportó los certificados médicos que demuestran las restricciones y limitantes físicas que tiene.

Que siempre se solicitaron los derechos fundamentales como mecanismo transitorio debido a que los ciudadanos no pueden salir de sus residencias y poder salir a laborar en otro sitio y sobretodo porque en todo contrato de trabajo se pacta la cláusula de exclusividad laboral, lo que significa que los accionantes no pueden laborar en otro lugar, porque sería una causal de terminación del vínculo laboral. Que atendiendo esa situación en el marco de esta pandemia varios jueces han tutelado los derechos fundamentales de manera transitoria mientras se inicia la

demanda laboral debido a que, es de suma importancia para evitar que se continúe con los perjuicios a los actores

Que el Gobierno Nacional y las autoridades locales han hecho un gran esfuerzo fiscal para beneficiar al sector empresarial en todo lo relacionado con sus cargas impositivas y sobretodo en las nóminas, precisamente para que no despidan, hagan firmar licencias no remuneradas ni les suspendan los contratos a las trabajadoras y trabajadores.

Que el Ministerio del Trabajo expidió varias Circulares que contienen alternativas que pueden ser adoptadas por las empresas y los trabajadores en el Marco de la crisis, entre las cuales figuran: Circular 0021 del 17 de marzo de 2020 y Circular 033 de 17 de abril de 2020 que plantean:

1. Trabajo en Casa.
2. Teletrabajo.
3. Jornada Laboral Flexible.
4. Vacaciones Anuales, Anticipadas y Colectivas.
5. Permisos Remunerados conforme lo indica el artículo 57 del C.S.de T.
6. Salarios sin prestación de Servicio- Artículo 140 del C.S.de T.
7. Licencia Remuneradas Compensables.
8. Modificación de la jornada laboral y concertación del salario.
9. Modificación o suspensión de Beneficios Extralegales.
10. Concertación de Beneficios Convencionales.

CONSIDERACIONES

Es cierto que la acción de tutela no procede para definir conflictos económicos suscitados con ocasión de un contrato laboral, dado su carácter subsidiario, es decir, por la existencia de otros mecanismos judiciales ordinarios que sirven para ese propósito. Así lo dispone el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, la misma norma establece, como excepción a dicha subsidiariedad, la circunstancia de utilizarse la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, además, dispone que la eficacia de dichos medios debe ser analizada en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias específicas del solicitante.

En este caso, se afirma que los accionantes José Nemesio Gamboa Malaver y Martiniano Rivera Hernández, de 62 y 68 años respectivamente, enfrentan un perjuicio irremediable con la suspensión de sus contratos laborales, pues al no contar con su sueldo, no tienen como satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, y que no pueden esperar a que su situación sea resuelta por la justicia ordinaria, pues ello implica prolongar su grave situación.

Frente a las anteriores afirmaciones, encuentra el Despacho que no han sido desvirtuadas en el caso del señor José Nemesio Gamboa Malaver, por lo que resulta evidente que se dan las dos hipótesis previstas por la norma para hacer a un lado la subsidiariedad y abrir paso al estudio de fondo. En efecto, la suspensión del pago del salario cuando este constituye la única fuente de sustento de una persona lo pone en una situación peligro inminente, por obvias razones. Si a esto se suma que el afectado no puede tampoco acudir a otra fuente de ingresos pues tiene 62 años, padece diabetes e hipertensión y adicionalmente su movilidad se encuentra restringida por la cuarentena decretada por el Gobierno Nacional.

También se verifica la segunda hipótesis de excepción al principio de subsidiariedad, esto es, la eficacia del mecanismo judicial ordinario para el caso concreto. Cuando se trata de una suspensión abrupta del pago del salario, sumada a la imposibilidad de acceder a otro medio de subsistencia, el mecanismo ordinario no es eficaz, pues el sustento diario es una necesidad que no se pueda aplazar por todo el tiempo que dura el trámite normal de un proceso judicial. En consecuencia, se estudiará de fondo el asunto planteado.

Análisis que no se hará en el caso de Martiniano Rivera Hernández pues está acreditado que está pensionado por el Fondo de Pasivo Pensional de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien de acuerdo con el certificado que obra en la página 555 del expediente, recibe una asignación mensual de \$1.662.042. Por ende, aunque no percibir salario causa merma en sus ingresos, no constituye perjuicio irremediable, por lo que se confirmará la sentencia en lo que a él respecta.

Del caso concreto

El señor José Nemesio Gamboa Malaver afirma que su empleador suspendió su contrato laboral y que tal situación vulnera sus derechos fundamentales, toda vez

que el salario que devenga es la única fuente de ingresos y de su familia conformada por su esposa que padece diabetes e hipertensión y sus 3 hijos: Hernán Camilo Gamboa Malaver y Claudia Sildana Gamboa Malaver quienes padecen parálisis cerebral infantil múltiple- diastrofia muscular, ceguera de ambos ojos y atrofia óptica y María José Gamboa Malaver quien sufre ceguera de ambos ojos y atrofia óptica. La suspensión del contrato laboral y su consecuente afectación o anulación del salario devengado por el accionante está probado de acuerdo con la contestación entregada por la demandada.

En lo atinente a la demostración de que no se tienen otros ingresos, la Corte Constitucional ha dicho que puede ocurrir *“que el afectado solamente afirme que tal incumplimiento lo pone en una situación crítica dada la carencia de otros ingresos para asegurar su subsistencia. Ante este tipo de manifestación, la carga de la prueba se invierte y corresponde a la entidad demandada demostrar lo contrario. De no hacerlo, se entenderá que el hecho al que se refiere la negación se encuentra plenamente probado”* (Sentencia T 1078 de 2005), y en el caso, como se mencionó anteriormente, no se demostró que el hogar de José Nemesio Gamboa Malaver perciba otros ingresos diferentes al salario de éste.

En consecuencia, considera este Despacho que el amparo reclamado por el demandante es procedente. Si bien la demandada aduce que la suspensión del contrato laboral está soportada en la causal del numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo *“Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.”* y que ninguna norma impone la obligación de solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo, también lo es que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 para que el empleador pueda hacer uso de esta causal debe dar aviso de la suspensión al Ministerio del Trabajo y la Protección Social para que este certifique los hechos que dieron lugar a la suspensión. Labor que no acreditó el Club Campestre El Rancho.

Además que no debe olvidarse que las disposiciones expedidas por el Ministerio de Trabajo con ocasión al actual estado de emergencia, han propendido por asegurar al máximo la continuidad de los contratos laborales y en especial en la Circular N° 27 del 29 de marzo de 2020, hizo referencia a la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional en la que ésta última señaló *“(…) estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza*

*mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, **hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciables**, en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual.*” (Negrillas intencionales).

También se pone de presente que el solo hecho de que el gobierno nacional expida varias disposiciones económicas, no puede catalogarse de facto como una causal de suspensión del contrato laboral, con sustento en las repercusiones negativas que generan en los ingresos de la accionada, pues de acuerdo con el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo *“El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su {empleador}, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*. Independientemente del tema de si la causal de fuerza mayor o caso fortuito invocada por la empresa demandada con ocasión a la actual situación de emergencia declarada por el gobierno nacional, se ajusta o no a las normas que regulan este tema, pues la valoración y definición de tal presupuesto le corresponde al juez laboral, es innegable que el juez constitucional debe intervenir cuando en situaciones como la que aquí se pone de presente, donde la suspensión del contrato genera un perjuicio irremediable en el sustento del trabajador y su familia conformada por tres hijos discapacitados y por ende, sujetos de especial protección constitucional.

DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, exclusivamente en lo que atañe a señor José Nemesio Gamboa Malaver

SEGUNDO.- En su lugar, **SE CONCEDE EL AMPARO TRANSITORIO** a los derechos fundamentales invocados por José Nemesio Gamboa Malaver y como

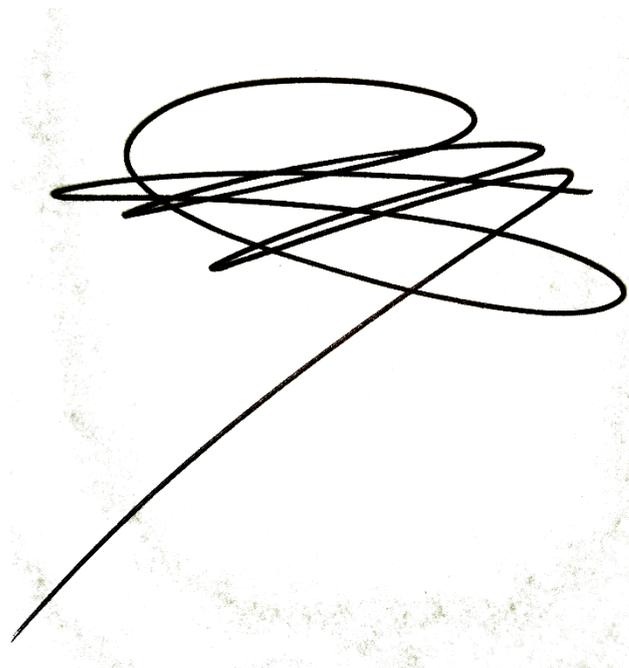
consecuencia, se ordena al representante legal del Club Campestre El Rancho., que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al pago de los salarios causados a favor del demandante desde el 9 de julio de 2020 (fecha en la que se interpuso la demanda de tutela) y los que se causen en adelante mientras subsista la relación laboral.

TERCERO.- SE ADVIERTE al accionante José Nemesio Gamboa Malaver que en el término de tres (3) meses, contados a partir de la notificación del presente fallo, deberá instaurar la respectiva acción ordinaria con el fin de que se deje sin efectos la suspensión del contrato dispuesta por la accionada, pues de no acudir ante la jurisdicción laboral en el término antes señalado cesarán los efectos de este fallo

CUARTO.- COMUNÍQUESE esta determinación a las partes, por el medio más eficaz y expedito.

QUINTO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long diagonal stroke extending downwards and to the left.

**BERNARDO FLÓREZ RUIZ
JUEZ**

VT