



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-41-89-007-2021-00864-01

ACCIONANTE: DIANA MARÍA ROJAS COLEY

ACCIONADA: LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ (PROPIETARIA DE DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA)

DERECHO: SALUD

Barranquilla, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 28 de octubre de 2021, proferido por el JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.877.197, en nombre propio, por la presunta vulneración de su derecho a la igualdad, al Mínimo Vital, la Vida Digna, la Salud y la Seguridad Social, al Debido Proceso, contra LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ (PROPIETARIA DE LA DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA); y en el que se declaró la improcedencia del presente recurso de amparo.

II. ANTECEDENTES

1.- Manifestó la accionante: “...trabajó al servicio de la empresa Accionada LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA. (4) Entre LA ACCIONANTE y LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA.; se celebró contrato A TÉRMINO FIJO cuyos extremos se encuentran comprendidos entre el cuatro (4) de agosto de 2016 y el Treinta y uno (31) de diciembre de 2020, alcanzando un tiempo acumulado aproximado de Cuatro (04) años de servicios...”

2.- “...LA ACCIONANTE laboró al servicio de LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA. desempeñando varios cargos y funciones entre los que refiero: VENDEDORA DE MOSTRADOR, SURTIDORA DE ROPA, ALMACENISTA EN BODEGA, OFICIOS VARIOS... Labores que se realizaban sin las debidas protecciones requeridas para levantar peso. (6) Todos los cargos descritos con anterioridad, son inherentes a la distribuidora de ropas y accesorios, además, son diariamente demandadas por las empresas (clientes) y el consumo del público en general, por ello se trabaja en un sin número de actividades, tareas y/o procesos. (7) El desempeño laboral de la ACCIONANTE siempre fue satisfactorio, hecho que se infiere de haber suscrito y participado laboralmente en contratos con la accionada LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA. (8) Al término de su última relación laboral el día 31 de diciembre de 2020; la accionante contaba con la edad de Cuarenta y tres (43) años...”

3.- “...La Accionada LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA., terminó la relación laboral con LA ACCIONANTE momento en el cual se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA sin haber intentado siquiera una

reubicación ocupacional, no obstante, tener perfecto conocimiento de las múltiples patologías que la aquejaban y que le mantenían bajo estrictas restricciones de tipo laboral y ocupacional, tal como lo podemos ver a continuación:

LA ACCIONANTE manifiesta que, al ingresar a laborar, su estado de Salud, era APTO para desempeñar la labor por la cual había sido contratada, por ello le fue otorgado el cargo.

Manifiesta que a lo largo de su relación laboral le correspondía cargar cajas, bultos de ropa y accesorios que comercializa la distribuidora, abrir las esteras de metal de la entrada del local comercial, limpiar, barrer, trapear el local y los baños... Sin que la accionada, suministrara herramientas de protección.

(12) En su calidad de Trabajadora; estuvo vinculada al SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. (13) Durante toda la Relación Laboral con la Accionada; la accionante señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY estuvo afiliada a La UNIDAD DE SERVICIOS MÉDICOS EPS SALUD TOTAL. Posteriormente, y sin su consentimiento, en el mes de septiembre de 2020, fue trasladada de manera obligatoria por la ACCIONADA a la EPS Sura. (14) Durante la vigencia de la relación laboral, la UNIDAD DE SERVICIOS MÉDICOS EPS SALUD TOTAL. se encargó de diagnosticar y tratar en la actualidad las siguientes patologías:

EN EL SISTEMA OSTEOMUSCULAR :

Incurvación del eje coronal lumbar a la izquierda, que puede corresponder a trastorno postural y/o imbalance muscular. Tendencia a la rectificación de la lordosis lumbar fisiológica en el plano sagital. Signos de deshidratación discal en los niveles L3-L4 Y L4-L5.

COLUMNA DORSO LUMBAR A.P.Y LATERAL ², los síntomas se empezaron a evidenciar de manera insipiente a partir del 14 de agosto de 2018, a las 08:15 horas, momento en que sufrió INCIDENTE LABORAL; siéndole propiamente diagnosticada por URGENCIAS el 14 de agosto de 2018³, donde estudios realizados el 24 de agosto de 2018 confirman como diagnóstico: DISCOPATIA L4/L5. La ACCIONADA, pese a recomendaciones nunca realizó una revisión de puesto de trabajo.: "...Restricción para levantar pesos mayor de 10 kilos, evitar fuerzas de torque, evitar uso de herramientas de golpe (martillos), movimientos repetitivos de pronación y supinación de antebrazo...". A la fecha la patología persiste y restricciones se mantienen, toda vez que formalmente no se evidencia en la historia clínica que se le haya dado clínicamente de alta.

La EPS SURA emite incapacidad por 15 días a partir del jueves 31 de diciembre de 2020.

..."

(15) La Accionada LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA. conoció que la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY padecía de las patologías antes mencionadas como quiera que fue un Incidente Laboral, y que la UNIDAD DE SERVICIOS MÉDICOS EPS SALUD TOTAL emitió incapacidades y recomendaciones a LA ACCIONADA, siendo que, por intermedio de la misma, cubre en los trabajadores las contingencias propias de EPS y ARL.

(16) La Accionada LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA. conocieron que la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY padecía de estas patologías dado que en cada incapacidad se compartió la HISTORIA CLINICA y la HISTORIA MEDICO OCUPACIONAL, por tanto, la señora LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ tenía acceso a ésta carpeta Laboral para los fines pertinentes de realizar RELACIÓN DE PREEXISTENCIAS, en cada uno de los Exámenes Ocupacionales, de Ingreso, que le practicaron al momento de que LA ACCIONANTE era contratada. Así mismo, en los Exámenes Periódicos, pero por obvias razones, no emitieron orden para Examen de Egreso.

4.- "... (19) Las múltiples patologías que la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY presenta, son causa directa de la DISCAPACIDAD, LIMITACIÓN Y/O DISMINUCIÓN FISICA que

ésta padece, muy a pesar de que, estas aún no le hayan sido calificadas de manera formal. Así las cosas, la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY deberá ser considerada frente a su empleador como un SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN, quien al momento de la terminación de la relación laboral se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA, y por tanto, se justifica plenamente la PROTECCION LABORAL REFORZADA que mediante la presente acción se invoca. De acuerdo a lo anterior podemos considerar que existen suficientes elementos de tipo médico, ocupacional y legal para sustentar que a fecha de la terminación de la relación laboral; la ACCIONANTE se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA.

TEMA 4: DE LA TERMINACION DEL CONTRATO LABORAL ESTANDO LA ACCIONANTE EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA.

(20) El día 31 de diciembre de 2020; LA ACCIONADA terminó la relación Laboral con LA ACCIONANTE, sin explicación alguna, aun conociendo la existencia del tratamiento e incapacidad vigente...”

6.- “... (21) El despido, a todas luces, vulneró los Derechos Fundamentales de la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY que, por sus especiales condiciones de salud, se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA -a como consecuencia de la discapacidad, limitación y/o disminución física que presenta-, como quiera que, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que, este grupo especial de personas merece un trato preferente. Que en este caso le correspondía a las partes intervinientes reconocer, en consecuencia, se debieron haber obligado para con este grupo, a implementar en su favor todas las medidas de protección positivas que le fueran posibles, no obstante, de ninguna manera se consideraron, por el contrario, se omitieron, tal como se puede evidenciar en la lectura detallada del documento, concluyéndose que frente a este grupo de personas no existe pronunciamiento alguno, hecho que de plano atenta contra sus derechos, materializándose con ello, un trato diferencial injustificado y discriminatorio, que de por sí, merece el correspondiente reproche.

(22) Con la terminación de la relación laboral, LA ACCIONADA abiertamente vulneró los DERECHOS FUNDAMENTALES de la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY, como quiera que:

A. Conocía que la actora es una persona cabeza de familia, toda vez que, a sus Cuarenta y tres (43) años cuenta con hijos menores.

B. Conocía que la actora se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA.

C. Conocía sobre la Discapacidad, Disminución y/o Limitación Física que la actora padece por causa y con ocasión de su patología generada en un incidente Laboral de su establecimiento comercial. D. Conocía de las diversas restricciones medico laborales que le impedían a mi representada laborar en condiciones normales. (27) Pese a que la RELACIÓN LABORAL fue pactada POR TERMINO DEFINIDO, lo cierto es que, habrá de PRESUMIRSE que el fenecimiento del vínculo laboral obedeció única y exclusivamente al Estado de Salud de mi representado, como quiera que, una vez vencido el tiempo inicialmente pactado, este hecho por sí solo⁹, no constituye razón suficiente para dar por terminada¹⁰ la relación de trabajo, por el contrario, es cuando con más razón la accionada estaba llamada a obrar de conformidad con los principios de DIGNIDAD HUMANA, SOLIDARIDAD SOCIAL, INCLUSION, IGUALDAD y NO DISCRIMINACION...”

7.- “... (34) Con la pérdida de su trabajo y dada la situación Mundial de Pandemia, tanto LA ACCIONANTE como su familia, están afrontando una difícil crisis económica, que pueden llegar a causar un PERJUICIO IUSFUNDAMENTAL IRREMEDIABLE. Debido a que la ACCIONANTE por las especiales condiciones de salud le será muy difícil reincorporarse

laboralmente por sus propios medios, máxime si se tiene en cuenta lo complejo de conseguir un trabajo de iguales o mejores condiciones económicas en el estado actual de salud en el que se encuentra.

(35) Mi representada manifiesta que posee actualmente deudas adquiridas con particulares y amigos quienes le están prestando dinero para cubrir con las necesidades básicas del hogar, encontrándose en mora con los servicios públicos, rentas..., debiéndose esto a la pérdida de su trabajo como única fuente de ingresos. Situación que, de no resolverse pronto, podría causarle un PERJUICIO IUSFUNDAMENTAL IRREMEDIABLE, toda vez que podría ciertamente llegar a estar embargado, y en consecuencia, perdiendo parte de sus bienes. (36) Frente a la situación anteriormente expuesta, LA ACCIONANTE y su FAMILIA no disponen de otro mecanismo de defensa efectivo y expedito, pues sus necesidades básicas y medicas no pueden esperar a las resultas de un proceso ordinario. Siendo entonces, la tutela el mecanismo idóneo para evitarle al actor y su familia un PERJUICIO IUSFUNDAMENTAL IRREMEDIABLE..."

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY pretende que, mediante FALLO DE TUTELA, sean protegidos los derechos fundamentales a la Igualdad, al Mínimo Vital, la Vida Digna, la Salud y la Seguridad Social, al Debido Proceso, al Trabajo en Conexidad con la Protección Especial Reforzada, entre otros; que tienen por derecho todas aquellas las personas en Estado de Debilidad Manifiesta.

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida por el JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de la accionada, y la vinculación a las MINISTERIO DEL TRABAJO, EPS SALUD TOTAL, EPS SURA y ARL SURA, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

La entidad, DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL ATLÁNTICO DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, expone en su informe: "...Al respecto, revisada la base de datos de registros de tramite Autorización Terminación Vínculo Laboral o de Trabajo Asociativo a Trabajadores en situación de Discapacidad, durante la vigencia del 2021, no se evidencia solicitud por parte de la empresa LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA, Para despedir a señor DIANA MARÍA ROJAS COLEY, identificado con c.c. 32.877. 197, de soledad (Atlántico, de acuerdo con nuestra competencia señalada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997., Como prueba de ello adjunto envío, la Certificación, expedida por la Doctora Elba Barrios Gutiérrez, Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano Y Tramite de esta Dirección Territorial..."

La ARL SURA, a través de su representante Legal Judicial de la compañía Seguros de Vida Suramericana S.A. -ARL SURA presentó su informe: "...La accionante, interpuso la presente acción a través de apoderado judicial pretendiendo que sea reintegrada sin solución de

continuidad a la empresa "LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA" Tras el análisis del relato factico que fundamenta las peticiones del actor, la presente acción fue direccionada al área correspondiente a fin de obtener un concepto sobre la misma, el cual es: "Trabajadora quien estuvo en cobertura con ARL SURA a través de empresa HERGON ASESORES S.A.S desde el 01/12/2015 hasta el 01/02/2020. La señora Rojas no presentó ningún accidente de trabajo ni enfermedad laboral en cobertura con ARL SURA. En el caso de la señora Rojas fuimos notificados de un presunto accidente ocurrido el 14/08/2018 que fue reportado con la siguiente descripción: "LA TRABAJADORA SE ENCONTRABA EN SU PUESTO DE TRABAJO LIMPIANDO LA VITRINA, DE REPENTE SE CAEN UNAS CAMISAS Y ELLA AL RECOGERLA SE LESIONÓ LOS MÚSCULOS DE LA ESPALDA, PRESENTA MUCHO DOLOR", no obstante, luego de revisar toda la información disponible en caso se llegó a la conclusión de que el evento no reunía los requisitos para constituir un accidente de trabajo y lo calificamos con origen NO ACCIDENTE DE TRABAJO, y por controversia de la señora Rojas el caso llegó a la junta nacional de calificación de invalidez, quien emitió dictamen el 24/04/2020 confirmando el origen NO ACCIDENTE DE TRABAJO. En el dictamen de la junta nacional se aclara que la señora Rojas presenta patología crónica y degenerativa de columna lumbar (DISCARTROSIS L4-L5 CON PROTRUSIÓN DISCAL Y SÍNDROME FACETARIO ASOCIADO) que no se explica de ninguna manera por un evento agudo. Nos permitimos transcribir fragmento de la parte conclusiva de la junta nacional: "Para resolver el recurso, esta sala de la Junta Nacional considera que se trata de trabajadora quien el día 14/08/2018 al agacharse a recoger unas camisas dolor lumbar agudo, no se dispone de historia clínica de atención de urgencias, en la que se describe circunstancias del evento o describa los hallazgos clínicos encontrados, se registra estudio de resonancia magnética que no evidencia lesiones agudas (fracturas, luxaciones, listesis traumática, lesión ligamentaria) que puedan relacionarse con el suceso ocurrido, por el contrario, se evidencian cambios degenerativos, crónicos, progresivos, de larga evolución, asociados a discartrosis L4L5 con protrusión discal y síndrome facetario asociado. Por tanto, se considera que, en primer lugar, el mecanismo de trauma descrito "recoger unas camisas", no corresponde precisamente a un trauma o actividad que pueda lesionar la columna, mecanismo de muy baja energía, en segundo lugar, no se registra atención de urgencias ni hallazgos a nivel músculo esquelético que puedan indicar la presencia de una lesión en su columna vertebral lumbar o a nivel muscular.

Por último, los hallazgos imagenológicos tampoco demostraron una lesión aguda o de tipo traumático, en consecuencia, no cumple criterios para que el evento reportado sea considerado como un accidente de trabajo".

Así las cosas, las atenciones en salud que requiera la señora Rojas por sus patologías de origen común deben ser asumidas por la EPS en la que se encuentre afiliada en la actualidad."

Tras lo anterior, y en primer lugar debe precisarse al despacho que, actualmente no se evidencia vínculo entre la ARP y la accionante, de modo que no puede endilgarse responsabilidad a esta entidad en la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, ya sea por acción u omisión, en consonancia con ello, lo pretendido por la actora no atañe en nada a las competencias de la entidad, pues la pretensión es el reintegro laboral, pretensión que en nada tiene injerencia ARP SURA..."

EPS SURA, a través de su Representante Legal de Judicial de la compañía EPS Suramericana S.A., - EPS SURA informó sobre los hechos: La accionante, interpuso la presente acción a través de apoderado judicial pretendiendo que sea reintegrada sin solución de

continuidad a la empresa "LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA"

Tras el análisis del relato factico que fundamenta las peticiones del actor, la presente acción fue direccionada al área correspondiente a fin de obtener un concepto sobre la misma, el cual es:

"Del caso en mención a la fecha EPS Sura no ha negado la prestación de servicios de salud y no ha vulnerado derecho fundamental alguno motivo por el cual se encuentra improcedente la presente vinculación. Anexo relación de servicios autorizados

"Tras lo anterior, y en primer lugar debe precisarse al despacho que, actualmente no se evidencian servicios a autorizar o servicio de salud pendiente de ser materializado, de modo que no puede endilgarse responsabilidad a este entidad en la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, ya sea por acción u omisión, en consonancia con ello, lo pretendido por la actora no atañe en nada a las competencias de la entidad, pues la pretensión es el reintegro laboral, pretensión que en nada tiene injerencia SURA..."

SALUD TOTAL EPS-S S.A, dice a través del Administrador Suplente de SALUD TOTAL EPS-S S.A que: "...El presente caso corresponde a la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY, identificada con la Cédula de Ciudadanía No.32877197, quien se encuentra afiliada a SALUD TOTAL EPS-S S.A., en estado ACTIVO... Teniendo en cuenta las pretensiones incoadas en la acción de marras, es claro que estamos frente a una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA frente a SALUDTOTAL EPS-S S.A., sobre todo si se parte de la base que mi prohijada no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales pretendidos, ya que nunca ha existido ni existió relación laboral con la actora; y solo se ha actuado como su entidad aseguradora que le ha brindado los servicios médicos que ha demandado sin que existan negaciones por nuestra parte frente al accionante y su grupo familiar afiliado.

Así las cosas, Señor Juez, es claro que dentro del presente caso NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO DE LA ACTORA, solicitando se sirva DENEGAR la presente acción, sobre todo si se parte de la base que mi representada no es la empleadora de la tutelante..."

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día, 28 de octubre de 2021, por el JUZGADO SEPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, se decidió declarar la improcedencia del presente recurso de amparo solicitado, en ocasión a que: "...este Operador Judicial, existiendo un medio procesal eficaz e idóneo, como es el de ejercer los medios ordinarios, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, estima la improcedencia del presente recurso de amparo..."

VI. IMPUGNACIÓN

La accionante DIANA MARÍA ROJAS COLEY impugnó el fallo referido indicando que se "...revise la decisión de primera instancia, por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia congruente, teniendo en cuenta que no se ajusta a decisiones anteriores tomadas por incurrir el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta inane a las pretensiones del actor, por errónea interpretación de sus principios. ..."

Puntualizado esto, se descende al caso concreto, donde se encuentra acreditado que la actora desde el año 2018 y luego del incidente que le causó quebrantos de salud, le fue ordenado estudios y procedimientos de columna lumbosacra diagnosticado con una discopatía, tal como se aprecia en la historia clínica adjunta al libelo introductorio de la demanda. Aunado a esto, en las diferentes consultas médicas a las cuales asistió la actora, esta manifestaba dolores a nivel de región lumbar infra glútea..., Recomendaciones de Neurocirujano con tratamiento y bloqueo de dolor.

Asimismo, en una de las consultas médicas del accionante le fue sugerida una resonancia magnética de columna y varias consultas fueron de carácter prioritario, últimas que se caracterizan por atender condiciones físicas que no dan espera a una consulta programada, pero tampoco ameritan asistencia a urgencia, lo que deja entrever que la condición física de la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY no era la más óptima, y que sufría constantemente molestias con ocasión a su patología, agravando su estado de salud, y de lo que se puede concluir que el accionante sufre de diversas molestias derivadas de su enfermedad, que no tendrían que ser un secreto para la sociedad Gestica S.A.S, tal como lo defiende la sociedad accionada, pues es más que normal que una persona con estas condiciones médicas sufriera constantes dolores y fueran notados en su lugar de trabajo.

Asimismo, no tendría sentido alguno que el empleador no tuviera conocimiento de las ausencias laborales de su empleado, toda vez que de las pruebas aportadas por el actor, se puede apreciar que las citas médicas agendadas y las intervenciones por urgencia, fueron en días y horarios laborales y en algunas ocasiones se prescribió incluso incapacidad, así, que ante numerosas ausencia injustificadas por parte del señor Wilfrido Palencia Hernández lo lógico sería el despido con justa causa, caso que no ocurrió aquí, pudiéndose afirmar que la empresa LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ Y/O DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA sí conocía de la patología de la actora y de cada una de sus citas médicas.

Es más, sostener lo contrario sería propiciar la violación de un principio jurídico al permitir al accionado aprovecharse de su propio error, pues nadie más que el empleador debe estar al tanto de conocer que hacen o dejan de hacer sus subordinados en horario laboral y también, interesarse por la salud de sus empleados cuando acude a urgencias por fuertes dolores.

Se advierte al Juez ad quem que el accionado nunca pudo ni intentó siquiera demostrar, que la motivación del despido fuera por razones objetivas. Es más, hizo caso omiso al llamado de un juez de la República, burlándose de la justicia colombiana al ser contumaz.

La accionada pudo haber explicado, por ejemplo: que el cargo ya no era necesario porque iba a ser suprimido por cualquier circunstancia (políticas de recorte de personal, fusión de departamentos, etc.) pero contrario a ello, guardó silencio a la controversia probatoria y argumentativa de la actora (claro error al haber una inversión de la carga probatoria dada la presunción), solo permite distinguir que el cargo sigue siendo necesario, y que confirme la presunción el hecho de que lo único que hacía diferente a la actora era su condición de salud.

Una forma ideal, aunque no única, de desvirtuar esta presunción habría sido agotar el procedimiento de autorización previa al Ministerio del Trabajo para proceder a su desvinculación (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). De hecho, es tan importante agotar este paso, que es punto

de debate si la presunción de la discriminación se da por el despido en sí o por la falta de esta autorización.

Es cierto que ante esa autoridad judicial es difícil dentro de una acción de Tutela persuadir de las circunstancias objetivas que acarrearón un despido dado su trámite sumario y de corto plazo, pero ante el Ministerio del Trabajo, a quien se le expone con total suficiencia la situación, termina siendo garante de que se verifiquen alternativas como reubicaciones, adecuaciones, o lo que consideren, en aras de protección de la continuidad en el empleo, en desarrollo de los postulados del art. 46 y 54 de la Constitución Política, el numeral 1° del artículo 3° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación así como el literal a) del numeral 1° del artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En todo caso el tema concreto es que el despido fue tan intempestivo, y ante una coyuntura tan inoportuna, que resulta difícil creer que dentro de la desvinculación sin justa causa (potestad legítima del empleador) no se hubiesen hecho consideraciones sobre la salud de la actora para terminar con su contrato de trabajo.

A lo anterior, se tiene que agregar que, con la emergencia sanitaria que atraviesa el país y el aislamiento obligatorio, ha sido difícil para muchas empresas sostener su economía y mucho más difícil para las personas desempleadas encontrar empleo y teniendo en cuenta que la accionante debe ser sometido a un tratamiento y/o cirugía no son muchas las empresas que deben estar interesado en contratarla, por lo que notablemente se encuentra agraviado su mínimo vital, el de sus menores hijas.

Expuesto todas estas situaciones, es diáfano que al ser despedida la actora se encuentra en una situación de vulnerabilidad, pues tiene diversas patologías, debe ser sometido a una cirugía, no tiene otros ingresos y está a cargo de una persona menor, aunado, su empleador lo despidió a sabiendas de su enfermedad, vulnerándose sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, salud y estabilidad laboral reforzada.

Así, en vista de la reunión de los requisitos mínimos establecidos por la Corte Constitucional para la procedibilidad de la acción de tutela en casos de estabilidad laboral reforzada ordenando el reintegro del actor, Y es que cuando el juez constitucional entrevé una posible violación de un derecho fundamental, pero, por el trámite sumario y preferente que revisten la acción de tutela no puede lograr la probanza de tales hechos de cargo o descargo, puede conceder la misma como un mecanismo transitorio, ordenando que se presente ante el funcionario competente la demanda respectiva que defina de fondo el asunto objeto de discusión."

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La entidad accionada, LUZ MARINA GIRALDO VÁSQUEZ ha vulnerado, el derecho a la Igualdad, al Mínimo Vital, la Vida Digna, la Salud y la Seguridad Social, al Debido Proceso de la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY al terminar la relación laboral sin

autorización expedida por el INSPECTOR DE TRABAJO por ostentar la trabajadora estabilidad laboral reforzada?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

VIII. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 13, 48, 49, 56 y 86 de la Constitución Política. Leyes 1122 de 2007 y 100 de 1993, Decretos 2943 de 2013, 1406 de 1999 y 2463 de 2001, Ley 1755 de 2015; Decreto 2591 de 1991; sentencias T-753 de 2006, T-406 de 2005, SU-961 de 1999, T-747 de 2008, T-151 de 2017, T-563 de 2017, SU 040-2018, T-521 de 2016, entre otras, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

EL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corte, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005¹, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

¹ Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1991 y reiterado recientemente en la sentencia T405-2018, al considerar que:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”

La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, “las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”².

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, se ha sostenido que:

“El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.”³

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado.⁴

En relación con el segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.⁵

Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

² Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995, Corte Constitucional.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de la corte, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.⁶

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de **“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”**. (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

EL REINTEGRO LABORAL EN TUTELA

Respecto de las acciones interpuestas para obtener el reintegro de un trabajador, la Corte ha resaltado que, en principio, la tutela no es la vía judicial idónea para resolver este tipo de controversias al existir los mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, atendiendo a la forma de vinculación del interesado; sin embargo, también ha destacado que el examen de procedencia debe ser menos estricto cuando se encuentran comprometidos los derechos de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, “pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”.

En efecto, en la sentencia T-151 de 2017, 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, [...] ³ 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”.

³ Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995. 8 Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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).

En ese orden de ideas, si bien el ordenamiento jurídico previó procedimientos judiciales especiales para ventilar pretensiones laborales, la Corte ha entendido que las reglas relativas a la procedencia de la acción tendrán que ser matizadas cuando se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad o en circunstancias de debilidad manifiesta, como consecuencia, entre otros, de su estado de salud; por lo tanto, la tutela debe ser considerada como el mecanismo más adecuado para adoptar las acciones que permitan conjurar la afectación de los derechos en cuestión.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY, presentó acción constitucional de la referencia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental del derecho a la Igualdad, al Mínimo Vital, la Vida Digna, la Salud y la Seguridad Social, al Debido Proceso contra LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ en calidad de propietaria del establecimiento de comercio denominado DISTRIBUIDORA LA MILAGROSA.

Lo anterior, en ocasión a que indica que la accionada terminó la relación laboral con la accionante, sin mediar autorización previa pese a conocer la existencia del tratamiento e incapacidad vigente el despido, a todas luces, vulneró los derechos fundamentales de la señora Diana María Rojas Coley que, por sus especiales condiciones de salud, se encontraba en estado de debilidad.

La ARL SURA, solicitó negar el amparo constitucional y declarar la improcedencia de la acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de su representada. Esto a consecuencia actualmente no se evidencia vínculo entre la ARP y la accionante, de modo que no puede endilgarse responsabilidad a esta entidad en la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, ya sea por acción u omisión, en consonancia con ello, lo pretendido por la actora no atañe en nada a las competencias de la entidad, pues la pretensión es el reintegro laboral, pretensión que en nada tiene injerencia ARP SURA.

EPS SURA, solicitó negar el amparo constitucional deprecado por la parte accionante y, en consecuencia, declarar la improcedencia de esta acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de EPS SURA, actualmente no se evidencian servicios a autorizar o servicio de salud pendiente de ser materializado, de modo que no puede endilgarse responsabilidad a este entidad en la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, ya sea por acción u omisión.

SALUD TOTAL EPS-S S.A, sostiene FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA frente a SALUDTOTAL EPS-S S.A, es claro que dentro del presente caso NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO DE LA ACTORA.

De lo expuesto, da cuenta el despacho que la inconformidad que hoy se dirime, radica en la procedencia del reintegro en sede constitucional a cargo de la señora LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ en calidad de empleadora, en un cargo de igual o mejor remuneración al que desempeñaba y el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de su desvinculación laboral.

De conformidad con el asunto jurídico antes planteado, lo primero que se examinará es si la presente acción de tutela resulta procedente para solicitar el reintegro del trabajador a la empresa accionada, teniendo en cuenta que la tutela está caracterizada por ser esencialmente subsidiaria, es decir, su procedencia está sujeta a la verificación previa de la no existencia de otros medios de defensa o a que ante su existencia, éstos no sean lo suficientemente eficaces para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los asociados, por lo que impide que el juez de tutela asuma una competencia que, para este tipo de pretensión, corresponde a la justicia laboral ordinaria.

En el caso de marras, el despido acaeció en el mes de diciembre de 2020, y la actora impetró la acción en el 14 de octubre del año 2021, sin aportar pruebas que acrediten la imposibilidad material de acceder a la administración de justicia durante esos 10 meses, por ejemplo incapacidades aportadas sólo comprenden 36 días, estado de inconsciencia, secuestro etc.

Estima el despacho que actora, pudo haber impetrado la presente acción constitucional desde el año pasado, teniendo en cuenta que la Rama Judicial no suspendió el trámite de las acciones constitucionales. Además, desde el mes de julio de 2020, se levantó la suspensión de los términos, se reactivó la posibilidad de interponer demandas nuevas ante la jurisdicción ordinaria laboral, acción que no ejerció, sin que se pueda acoger como plausible esperar la resultados del trámite administrativo, para acudir al proceso ordinario laboral, no se requiere agotar requisito de procedibilidad (conciliación prejudicial).

Por tanto, no se observan superados el requisito de subsidiariedad, ni el de inmediatez, lo que tornaría la acción improcedente y por consiguiente es pertinente confirmar la decisión impugnada.

Se itera que la actora cuenta con las acciones ante la jurisdicción ordinaria, especialidad laboral, a través del proceso ordinario laboral, escenario idóneo para controvertir la terminación sin justa causa, obtener el reconocimiento de indemnizaciones, sin requerir el agotamiento de una querrela administrativa ante el Ministerio de Trabajo.

De este modo se puede concluir que la accionante, no aportó al proceso la certera demostración que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos ni eficaces para garantizar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados o amenazados, ni siquiera, ha desplegado las acciones tendientes a su consecución por las vías ordinarias, teniendo en cuenta que la acción de tutela por ser un mecanismo residual de protección de derechos fundamentales, no puede desplazar las vías ordinarias dispuestas por el legislador.

Ahora bien, la parte actora, no allegó al plenario prueba alguna que indique a esta agencia judicial se encuentra en situación similar amparada por la Corte Constitucional en la sentencia T - 201 - 2018, en la cual se protege a una mujer con tumor cancerígeno de mama, enfermedad catastrófica, en la que se garantizó el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, que favorece a 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, sin que se hubiere acreditado la imposibilidad del desempeño de actividades laborales a la fecha del preaviso, o recomendaciones médicas expedidas por el médico tratante.

La actora acredita una historia clínica que documenta una enfermedad que data del año 2018 y un control en el año 2019, sin seguimientos o valoraciones posteriores por las discopatías L4 y L5 aguda y aportó sólo tres incapacidades las cuales suman 36 días por razones diversa F411 a partir del 31 de diciembre de 2020 (trastorno de ansiedad generalizada), sin incapacidades vigentes al momento del preaviso, sin seguimiento vigente por la ARL o la EPS.

Así las cosas, la solicitud de reintegro que formula de la parte actora, no resulta procedente por esta vía constitucional y deberá acudir a la justicia ordinaria laboral para dilucidar el conflicto.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, se procederá el juzgado a confirmar la sentencia proferida en primera instancia, en consideración a que en el presente caso no se superó el requisito de inmediatez subsidiariedad y residualidad de la acción constitucional al existir mecanismos idóneos y eficaces para propender el reintegro laboral.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

XII RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora DIANA MARÍA ROJAS COLEY CC 32.877.197, en nombre

propio, en contra de LUZ MARINA GIRALDO VASQUEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA