

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA

Palmira (V.), veinticuatro (24) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 08
Rad. 76-520-40-03-005-2022-00527-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por la accionada **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, contra la **sentencia N° 158 del 15 de noviembre de 2022¹**, proferida por el **Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira (V.)**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por la señora **KATHERINE PÉREZ SALDARRIAGA**, identificada con la cédula de ciudadanía N° **29.665.380**, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo **J. J. E. P.**, identificado con la T.P. N° **1.105.380.380²** **contra** el **BANCO DE OCCIDENTE S.A**, asunto al cual fueron vinculadas el **MINISTERIO DEL TRABAJO, MINISTERIO DEL TRABAJO (DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA, la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE PALMIRA (ADSCRITA A LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA) y la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la **DIGNIDAD HUMANA, al TRABAJO DIGNO, a la FAMILIA, a la SALUD.**

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

¹ Ítem 010 Expediente Digital

² Acorde al precedente jurisprudencial se abrevia su nombre para proteger su intimidad.

Mediante el escrito de tutela y sus anexos³. Indica la accionante que, su hijo JJEP de 11 años de edad, se encuentra diagnosticado con la enfermedad huérfana Displasia Bronco Pulmonar Severa, por ello Comfenalco Valle E.P.S lo calificó con 40.3% de invalidez, con posibilidad de aumentar porque varias de esas patologías son progresivas.

Dice que está vinculada laboralmente a la entidad accionada desde hace 14 años, 7 meses, y actualmente labora en la sucursal, de la ciudad de Palmira (V.), desempeñando en los últimos años las funciones de asesora de servicio. Que pese a la situación de su hijo, siempre se ha desempeñado con excelencia y óptimamente en sus labores

Expresa que, el **12/04/2021**, fue llamada para laborar de manera presencial, pero el 16 junio siguiente, su EPS le ordenó aislamiento preventivo por la recaída que sufrió su hijo y porque se debía descartar el contagio de la Covid-19. Que su ausencia le provocó malestar a su jefe directo, quien le pidió explicaciones de lo ocurrido, dándole a entender que ella había omitido el conducto regular siendo irresponsable, la cual atendió justificando su aislamiento.

Sostiene que comenzaron los cambios en sus condiciones laborales y en otros compañeros suyos, tales como que los asesores debían hacer ventas en las barras, convirtiéndose en comerciales y no solo operativos como estaba asignado al cargo de asesora de servicios, sin haberse firmado otro sí, en el que aceptará sus nuevas funciones; que paso de estar bajo el liderazgo del director de Servicios por más de 6 años, al del ejecutivo comercial Advance, cambios que han hecho que el cuidado de su hijo se vea mermado, porque se ha vuelto más difícil que le otorguen los permisos para atender a su hijo, frente a los cuales dice sentirse intimidada para solicitarlos, lo que le ha generado mucho estrés, por lo que teme perder su empleo, pues se le está haciendo difícil cumplir con la meta comercial impuesta por el Banco, la que el mismo se niega a negociar.

Manifiesta que, el **25/06/2022** envió correo electrónico al área de ambiente laboral, solicitando se estudie su caso en la asignación de su cargo o rol en el área comercial en la que se ha desempeñado desde el 12/04/2021 o que se le mantengan las condiciones que en años anteriores le han permitido cumplir con su rol sin la consecución de metas comerciales, ya que esto afecta su valoración de desempeño y la consecuente pérdida de beneficios con su empleador, lo cual es causal de desvinculación.

Expone que, en reunión realizada el 19/09/2022, con asistencia de la Directora de Relaciones Laborales, la Coordinadora de Ambiente Laboral, la Directora de Servicios

³ Ítem 02 expediente electrónico

Oficina Palmira, la Ejecutiva Comercial Advance Oficina Palmira, la Especialista en Ambiente Laboral, se le manifestó que no podían otorgarle el cambio de rol, motivo por el cual a la fecha se ha interrumpido el tratamiento médico de su hijo por no contar con permisos, exponiendo a su hijo a un retroceso grave en su salud.

En consecuencia la accionante acude a esta acción, para que por medio de fallo de tutela, se amparen los derechos invocados y se ordene al empleador Banco de Occidente, valorar su rol en la entidad y se le asigne un cargo dentro de ésta que permita una mayor flexibilización con sus labores y cuidados de su hijo, sin que se modifique su salario y demás prestaciones y emolumentos laborales, y se le otorgue los permisos cuando los solicite en función del cumplimiento de su deber de cuidado de su hijo.

LAS RESPUESTAS DE LA ACCIONADAS Y VINCULADA:

A **ítem 05 proceso electrónico la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, indica que se le desvincule, por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y no está facultada para intervenir en aspectos laborales, toda vez que su ámbito de acción se limita única y exclusivamente a temas financieros.

En el **ítem 06 del proceso electrónico la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE PALMIRA (ADSCRITA A LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA)**, solicita que se declare la improcedencia de la tutela respecto de su cartera ministerial por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es, ni fue la empleadora de la accionante, y que la misma cuenta con otro medio ordinario de defensa judicial.

En el **ítem 07 proceso electrónico, nos encontramos con la contestación de la accionada BANCO DE OCCIDENTE**, quien indicó que, que no ha habido cambio sustancial en las funciones de la accionante, quien fue contratada en el 2010, pero que en el año 2019 se le asignó el cargo de asesora comercial, y como consecuencia del giro habitual del negocio, desde el año 2019 tuvo un ajuste en su rol comercial y operativo, disminuyéndose la cantidad de funciones operativas y resaltándose las competencias comerciales propias del cargo de asesor comercial, sin que se afectaran los ingresos, ni la dignidad del cargo, ni causando afectación sustancial en las funciones desarrolladas, siendo que la accionante desde el año 2019 se ha negado a aceptar la orientación y finalidad de su cargo.

Afirma que, en el año 2012, la accionante solicitó su traslado de la ciudad de Cali a Palmira por motivos personales, habiéndose accedido a ello; que con el advenimiento de la pandemia, se implementó el trabajo en casa, de manera temporal, sin que se tratara de una medida indefinida, porque el banco requiere de la atención presencial de sus funciones. No obstante la accionante ha insistido en que desea continuar trabajando de manera no presencial y que necesita un cambio de rol laboral; afirma que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para pretender un cambio de cargo, sin que exista una orden objetiva de alguna autoridad, ni mucho menos si no existe una vacante.

Expresa que la accionante puede postularse a eventuales vacantes laborales dentro del Banco, que se ajusten a sus deseos y/o necesidades personales, y que no es posible que se otorguen todos los permisos que requiere. Solicita se niegue la acción de tutela, por cuanto no han vulnerado los derechos fundamentales invocados, la accionante no probó su condición de madre cabeza de familia, que la misma si cuenta con una red de apoyo compuesta por sus hermanas y el padre del menor.

En el **ítem 08 del proceso electrónico**, el **MINISTERIO DE TRABAJO**, solicita declarar la improcedencia de la acción con relación a ellos, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado, ni puesto en peligro derecho fundamental alguno a la accionante.

EL FALLO RECURRIDO

El señor Juez Quinto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca (**ítem 10 expediente electrónico**), en su fallo estimo tutelar los derechos constitucionales de la agraviada y con el propósito de garantizar el goce pleno de sus derechos, ordenó al Banco de Occidente S.A., adoptar las medidas necesarias para flexibilizar el horario laboral y las condiciones de trabajo de la accionante, para facilitar el cumplimiento de sus deberes como madre respecto del menor que tiene a su cargo, y así mismo, para que se le continúe concediendo los permisos que la misma necesite en aras de seguir cuidando y acompañando a su hijo en sus tratamientos médicos.

LA IMPUGNACIÓN

A **Ítems 011 y 12 del expediente de primera instancia**, la accionada **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, presenta escrito de impugnación solicita revocar y la nulitar el fallo de primera instancia, y en el evento en que no se considere la revocatoria total, solicita se

ordene, en igualdad de condiciones, al padre de menor velar por el cuidado y tener un rol protagónico y proporcional al de la madre, en el cuidado de su menor hijo, ya que se ha demostrado que esa entidad hace cerca de 10 años, viene apoyando a la accionante incluso cambiando el municipio de trabajo a solicitud de ella, y se le han concedido todos los permisos requeridos, lo cual hace que no sea necesario que la autoridad administrativa vigile el cumplimiento de permisos, y de manera clara y precisa cuáles son las condiciones de reposición o compensación de trabajo, y se ordene a la accionante solicitar los permisos con la debida antelación y soporte, con el fin de poder llevar un control de los ausentismos y los tiempos de reposición.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la tiene la accionante **KATHERINE PÉREZ SALDARRIAGA** dado que aquel resulta ser el titular de los derechos fundamentales invocados a saber: **DIGNIDAD HUMANA, al TRABAJO DIGNO, a la FAMILIA, a la SALUD**, por ende se encuentra legitimada para ejercer la acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente, con independencia del resultado final de la acción propuesta.

Por la parte accionada lo está **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, entidad a la cual se encuentra laborando la accionante.

No lo están las entidades vinculadas **MINISTERIO DEL TRABAJO, MINISTERIO DEL TRABAJO (DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA, INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE PALMIRA (ADSCRITA A LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA), SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, acorde a sus funciones.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2017, en atención al factor funcional

EL PROBLEMA JURÍDICO. Conocidos los planteamientos de las partes involucradas en el presente asunto, conocida también la decisión y fundamentos obrantes en el fallo de primera instancia y el motivo de impugnación, le corresponde a esta instancia valorar y determinar si se debe revocar o no, la providencia de primera instancia en lo que fue motivo de inconformidad?, para contestar lo pertinente resulta oportuno hacer las siguientes precisiones:

1. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA. Cabe recordar que la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como mecanismo de defensa para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por medio de un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales de carácter fundamental, es decir inherentes a toda persona por ser tal, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares (respecto de éstos últimos en los casos señalados por el art. 42 del Decreto 2591 de 1991), **ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial o ante la existencia de un perjuicio irremediable.**

Igualmente, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, consagra en su numeral primero que la tutela no procederá:

“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”

A su vez el artículo 8 de dicho decreto indica:

“ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste...”

2. Dado que no se puede obviar el que como fundamento de la presente acción se ha invocado la afectación del **derecho al trabajo** (art. 25 C.Pol.) de la accionante, se debe responder que en efecto tal bien jurídico tiene rango fundamental, según su naturaleza, su ubicación en la carta política y su reconocimiento en sede judicial constitucional por eso se hace viable considerarlo. Tiene dicho la mencionada Corte⁴:

⁴ Sentencia T-799 de 1998

“Con el derecho al trabajo, consagrado como derecho fundamental en el artículo 25 constitucional y en los convenios internacionales suscritos por Colombia, sucede como con los demás de su clase: muchas de las prerrogativas laborales que se derivan de su naturaleza esencial no alcanzan el nivel de derechos fundamentales, y por tanto, no son susceptibles de protección por vía de tutela. Sobre este particular, la Corte señaló: "Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial". No obstante, la Corte ha establecido una excepción a la regla: para cada caso concreto, cuando quiera que la vulneración de un derecho conexo conlleva el ataque injustificado del núcleo esencial del derecho fundamental, la tutela es el mecanismo adecuado para hacer efectiva la protección del Estado”.

3. Bajo el anterior sustento, se pasa a evaluar el presente asunto, procurando atender los planteamientos de ambas partes. Así se tiene que entre ellas existe una relación laboral de carácter indefinido según se deduce por los años que ha durado, cumpliendo una función de asesora, que luego fue modificada a la de anexando la función de ventas, según podría pensarse, más no se probó, lo cual le resta tiempo para atender a su hijo diagnosticado con una enfermedad huérfana, discapaz en un 43%. Que la entidad accionada le concedió el traslado de Cali a Palmira a solicitud de la empleada.

Que la accionante afirma ser madre cabeza de familia, mientras su empleador refiere que no lo es, que consultada la página del ADRES el progenitor tiene incluso capacidad de pago y que dicha empleada tiene cuadro de apoyo en el padre del niño y en las hermanas de la accionante. Que según la lectura del expediente la empleada **PÉREZ SALDARRIAGA** faltó al puesto físico de trabajo por aislamiento del covid 19 y cuadro de salud de su menor hijo, sin que según se infiere le haya reportado a su superior, quien le luego le pidió explicaciones. En consecuencia, la accionante pretende que por vía de tutela se disponga a su empleador reconsiderar el rol laboral de la accionante, se le flexibilicen sus condiciones, o se le asigne un puesto de trabajo remoto o teletrabajo que lo hay en la entidad.

Por su parte el empleador se opone y refiere que no es posible, que se debe cumplir un proceso de selección objetivo, ni se pueden conceder todos los permisos sin contar con la operación del banco. Se le han concedido permisos intempestivos, que se ausenta repentinamente y no regresa a laborar, ni se ha acoplado a las funciones asignadas debiendo desplazar sus funciones en sus compañeros.

Valga ese recuento, indicar que en efecto no se puede olvidar el carácter subsidiario de la acción de tutela. En efecto nuestro sistema judicial tiene previsto otro juez constitucional como lo es el laboral especial y natural para dilucidar esta clase de controversias, por eso

la acción de tutela no puede suplirlo, ni fue prevista para abarcar competencias ajenas, menos si se tiene en cuenta que la brevedad del trámite de la acción de tutela no admite ahondar en el debate, ni el recaudo probatorio, de ahí carácter residual. En todo caso dicha regla no es absoluta, sino que el precitado artículo 6 del decreto 2591 de 1991 y su artículo 8, admiten la posibilidad de conceder un amparo transitorio cuando quiera que resulta necesario dados los hechos probados. Posibilidad procesal que resulta razonable en este infolio en el cual se ha hecho mención de un menor discapacitado, hijo de la accionante, en lo cual ella funda su defensa y sus pretensiones de modificación de las condiciones de trabajo, sumadas a las condiciones que de salud propias de ella que tal situación le genera y narra.

Al respecto se recuerda cómo de acuerdo con el sistema normativo propio de la seguridad social en Colombia, puede ocurrir que la accionante sea valorada como paciente y eventualmente calificada. Puede procurar su reintegro a sus funciones laborales iniciales en las cual según afirma podía atender menor a su hijo. Que si viene ellas refiere que no puede contar plenamente con el apoyo de su madre, no se puede ignorar que la función del padre del niño no se agota con procrear sino, por ley está llamado a participar en su crianza moral, económica y materialmente. Que por el conocimiento que se tiene de otras acciones de tutela, incluso en ocasiones la EPS le asigna un cuidador de tiempo parcial.

Valga lo anotado para concluir que no se encuentra factible resolver en forma plena por vía de la tutela la presente controversia, dado que existen opciones no agotadas, por eso y dado que la historia clínica allegada sí reporta que el menor hijo de la acción en tiene condición especial de salud se modificará el fallo impugnado en orden a conceder el amparo provisional, para que sea el señor juez laboral quien defina si el empleador ha modificado en forma unilateral las condiciones de trabajo de la accionante, si es procedente la adecuación laboral por ella pretendida, en que condiciones debe desempeñarse dicha empleada.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia N° 158 del 15 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por la señora **KATHERINE PÉREZ**

SALDARRIAGA, identificada con la cédula de ciudadanía N° **29.665.380**, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo **JUAN JOSÉ ECHEVERRY PÉREZ**, identificado con la T.P. N° **1.105.380.380**, contra el **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, en **el sentido de conceder el amparo transitorio**. En consecuencia, la accionante deberá acudir a la justicia ordinaria laboral para plantearle esta controversia, lo cual deberá hacer dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la presente decisión, so pena de cesar el amparo concedido.

SEGUNDO: CONFIRMAR de manera transitoria el numeral SEGUNDO de la sentencia N° 158 del 15 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, dentro de este expediente, mientras se define por el juez laboral esta controversia.

TERCERO: CONFIRMAR de manera transitoria el numeral TERCERO de la sentencia N° 158 del 15 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, dentro de este expediente.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia N° 158 del 15 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, dentro de este expediente, **añadiendo que la accionante deberá acreditar y justificar a su empleador las ausencias laborales en que incurra por razón de los hechos mencionados en este infolio.**

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta decisión conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, a la accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

SEXTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:
Luz Amelia Bastidas Segura
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

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: **b9ef34cd1de37fb1c7c71a7881e02020ebbf3adb4d7249efe725e9724cfe0d**

Documento generado en 24/01/2023 12:34:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>