



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PASTO
Teléfono móvil: 3225285458
j03lapas@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICACIÓN: 20200021101
ASUNTO: IMPUGNACIÓN ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY
ACCIONADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO –
MINISTERIO DE TRABAJO – ARL POSITIVA

Pasto, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020)

1. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por la accionante contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Pasto el 15 de julio de 2020.

2. ANTECEDENTES

2.1 SUPUESTOS FÁCTICOS

La señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY es empleada del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y se encuentra desempeñando el cargo de Profesional Universitaria en el área de Atención al Usuario, al cual accedió mediante concurso de méritos.

Con escrito del 25 de Marzo de 2020, en razón del aislamiento social por razón de la pandemia, solicitó la asignación de un horario de trabajo adecuado a fin de garantizar su salud mental y la de su familia, petición que realizó inicialmente con todo el grupo de Atención al Usuario y Trabajo Social, cuyos turnos no dejaban desprotegidos los servicios del Hospital y se cubrían las necesidades de los mismos. Dicha petición no fue resuelta por la Administración ni por la Subgerencia o Coordinación.

Posteriormente, a todos los empleados se les comunicó un nuevo horario de trabajo temporal comprendido entre las 9:00 a.m. y las 4:00 p.m.

La entidad accionada le manifestó a la accionante, que su cargo es de nivel administrativo con funciones asistenciales, sin embargo, según la Comisión Nacional del Servicio Civil, la denominación de su cargo es Profesional Universitario Grado 7, Código 219, Número OPEC 8736, con funciones netamente administrativas.

La actora refiere que vive con su esposo, quien también trabaja en el Hospital Departamental, como profesional especializado, con el mismo horario de trabajo; y también vive con su madre de 83 años quien padece hipertensión y glaucoma; además debe ejercer acompañamiento a sus dos hijos menores de edad; por tanto, considera que el horario asignado no le permite cumplir con los deberes familiares adecuadamente e incluso debió retirar a su hija menor del jardín infantil donde estudiaba por cuanto el nuevo horario no le era adecuado. E indica que su situación es conocida por la Coordinación de Atención al Usuario, por cuanto ha enviado varios escritos sin obtener respuesta favorable a su pedido de cambio de horario.

2.2 PRETENSIONES

El accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la integridad personal, dignidad humana y familia, y en consecuencia, se ordene al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO permitir que la accionante realice trabajo en casa en el horario de 7:00 am a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. En caso de no conceder esta pretensión, se conceda una licencia no remunerada, a fin de garantizar su estabilidad emocional y la de su familia.

2.3 RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.3.1 HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

El 13 de julio de 2020, la entidad accionada contestó la demanda de tutela informando la solicitud de cambio de horario presentada por la accionante fue respondida negativamente, por cuanto con Resolución 1183 del 1 de junio de 2020 se modificó temporalmente la jornada laboral en el HUDN en un horario de 7 a.m. a 4 p.m. y que dicha modificación temporal del horario de trabajo no aplica para el personal administrativo que desarrolla funciones asistenciales, como es el caso del cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 7, que ocupa la actora quien pertenece al área funcional de Atención al Usuario. Además, señala que con el horario temporal establecido se otorga tiempo para tomar medias nuevas y almuerzo, flexibilizando la jornada laboral a la que tenían anteriormente que terminaba a las 6:00 pm.

Indica que desde el conocimiento de la propagación del virus, la administración del Hospital ha dispuesto de toda su capacidad institucional en articulación con entidades del orden departamental y municipal, con el fin de dar cumplimiento a las directrices emitidas por el Gobierno Nacional para la prevención, contención y mitigación del mismo, asegurando la continua e ininterrumpida prestación del servicio de salud y garantizado las condiciones de salud adecuadas, tanto para los usuarios como sus colaboradores y sus familias, y dispuso la entrega de tapabocas al ingreso de la institución para todo el personal, ubicación de lavamanos en diferentes sitios del hospital, la entrega de alcohol glicerinado, jabón antibacterial y toallas de mano. Además, que se realizó la reubicación del puesto de trabajo de la actora a un área más segura a fin de minimizar los riesgos de contagio.

Afirma que según el Concepto 156851 del 24 de abril de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública conforme a los numerales 13 y 15 del artículo 3 del Decreto 531 de 2020 están exceptuados para prestar sus servicios desde la casa, aquellos servidores públicos y contratistas cuyas actividades sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del coronavirus y para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado. Por lo tanto, es fundamental el apoyo del personal de atención al usuario a los pacientes que se encuentran hospitalizados debido a que se tiene restringidas las visitas de sus familiares y en algunos casos los pacientes se encuentran solos. Finalmente, solicita se niegue el amparo solicitado por cuanto la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

2.3.2 MINISTERIO DE TRABAJO

La entidad asegura que carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto, ya que como es de conocimiento público, el Ministerio del Trabajo no puede declarar derechos ni definir controversias, por cuanto esta es función propia de los jueces quienes están investidos por la ley para ello.

Afirma además que el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. es una entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa,

de conformidad a lo establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1996, de tal manera que el Ministerio del Trabajo carece de competencia para investigarla, ya que sus funciones están dirigidas a la vigilancia del sector privado en el cumplimiento de la normatividad laboral y de seguridad social en pensiones y riesgos laborales.

2.3.3 ARL POSITIVA

La ARL afirma que la pretensión de la accionante en orden a cambiar el horario de trabajo presencial en la entidad, conceder una licencia no remunerada o adelantar un período de vacaciones, es un tema que corresponde únicamente a la relación entre trabajador y empleador, por ende, no es la competente para pronunciarse, ni realizar ninguna acción frente al tema objeto de tutela. En conclusión, es el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO ESE el que debe atender la petición de la accionante, por ello solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

2.4 FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La señora Juez de primera instancia, en fallo emitido el 16 de julio de 2020 negó el amparo solicitado por la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY por no haber encontrado vulneración de sus derechos fundamentales por parte del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, toda vez que desempeña funciones administrativas y asistenciales que no pueden ser atendidas desde su casa.

2.5 ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION

La accionante argumenta que desde el inicio de la pandemia, entidades como Presidencia de la República y el Ministerio de Salud y de la Protección Social se han pronunciado respecto a la mayor afectación del virus para poblaciones vulnerables como en los adultos mayores, por lo tanto hay mayor riesgo con su madre que cuenta con 83 años y quien sufre como enfermedades de base hipertensión y pérdida de la visión, siendo una de las situaciones que le afecta emocionalmente.

Aduce que el Ministerio de Trabajo en su circular 021 de 2020 conceptúa sobre las jornadas flexibles y la facultad que tienen los empleadores para modificar sus jornadas laborales con la intención de proteger a sus trabajadores, acortando sus jornadas laborales. Además, aclara detalladamente punto por punto como realiza las funciones a ella encomendadas de manera virtual, sin que se afecte la prestación del servicio.

Señala que el Decreto 491 de 2020, establece que mientras subsista la Emergencia Sanitaria, las entidades públicas velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo en cuenta que sus funciones son netamente administrativas; y así poder atender sus roles como madre de familia, hija y esposa y ser tratada de manera diferencial no preferencial, para que se garanticen sus derechos a la educación, la salud, la vida y a la familia. Por lo anterior, deberán buscarse soluciones que no afecten la prestación de los servicios, pero tampoco la afecten a ella.

Insiste en que debe acogerse su propuesta para propiciar mejoras en su salud mental y de su familia continuar trabajando como hasta el momento, sin interferir en la obligatoriedad de la prestación de los servicios de salud y se fundamenta en la Circular 021 de 2020 del Ministerio de Trabajo, según la cual *“el trabajo en casa, como situación ocasional, temporal y excepcional, no presenta los requerimientos*

necesarios para el teletrabajo, y se constituye como una alternativa viable y en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la emergencia económica”.

Por tanto, se compromete a seguir realizando sus actividades desde casa, lugar en el que tiene acceso a internet y telefonía de su propio pecunio, sin alterar en nada las acciones a realizarse con los pacientes, y con cumplimiento de horario de trabajo en casa.

Aclara que no pretende dejar de trabajar, sino laborar en casa y ejercer el acompañamiento o la supervisión que su entorno familiar requiere, y por tanto la tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable como es la afectación de su familia, su salud, la educación de sus niños, y además, garantizar la prestación del servicio. Insiste, que debe aplicarse el artículo 13 de la Constitución Política por cuanto su familia se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta porque hay menores de edad y una persona de la tercera edad que dependen de ella. Finalmente solicita se valúe su condición y las recomendaciones que hizo la Comisaria de Familia, y se tutelen sus derechos y los de sus hijos.

3.CONSIDERACIONES

3.1 COMPETENCIA

Está asignada a este Juzgado por los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, por ejercer como superior funcional constitucional del Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Pasto-Nariño. Además, por la naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de la entidad accionada y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1983 de 2017.

3.2 PROCEDENCIA

La acción de tutela fue creada por el constituyente en 1991, con el fin de garantizar el acceso directo a la justicia de personas de cualquier índole y naturaleza jurídica, para que mediante un trámite subsidiario, preferente y sumario, que no contempla exigencias sacramentales de carácter formal, procuren el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales que consideren conculcados o amenazados por la acción u omisión de alguna autoridad pública o de algún particular en los términos que señala la ley.

En el *sub examine* no se evidencia la ocurrencia de alguna de las causales de improcedencia del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, por lo cual es procedente decidir de fondo el asunto.

3.3 PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a este Juzgado determinar si el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO vulneró los derechos fundamentales de la accionante ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY, al no acceder a la flexibilización de su horario de trabajo durante la época de pandemia, en consideración a la existencia de niños y personas de la tercera edad en su familia, y en consecuencia, si hay lugar a revocar la decisión adoptada por la *a quo*.

4. CONSIDERACIONES LEGALES JURISPRUDENCIALES Y PROBATORIAS

4.1 TRABAJO EN CASA SEGÚN EL DECRETO 531 DE 2020

Según el Decreto 531 de 2020 por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público,

el trabajo en casa, es un mecanismo excepcional mediante el cual los servidores públicos podrán realizar sus actividades desde un lugar diferente al de su trabajo habitual, de manera remota y colaborativa haciendo uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones existentes, sin que dicha situación constituya la adopción del teletrabajo en las condiciones establecidas en la Ley 1221 de 2008.

El trabajo en casa tiene como propósito proteger la salud de los servidores y contratistas del Estado, y garantizar la prestación del servicio, razón por la cual mientras persista la medida de aislamiento preventivo obligatorio ordenada por el presidente de la República y siempre que no se trate de servicios esenciales que deben prestarse de manera presencial, los trabajadores y contratistas deben continuar prestando sus servicios y desarrollando sus obligaciones desde la casa. Esta modalidad de trabajo se mantendrá de acuerdo con las medidas que adopte el Gobierno nacional mientras persista la Emergencia Sanitaria, fecha que se estima se extiende hasta el 30 de noviembre de 2020.

De acuerdo con los numerales 13 y 15 del artículo 3 del Decreto 531 de 2020, están exceptuados para prestar sus servicios desde la casa, entre otros, a aquellos servidores públicos y contratistas cuyas actividades sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la Emergencia Sanitaria por causa del coronavirus (COVID-19) y para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado, así como los miembros de las Fuerza Militares, Policía Nacional, organismos de seguridad del Estado, la industria militar y de defensa; sin embargo, **de acuerdo con las situaciones particulares de los servidores o dependiendo de las actividades a su cargo, los jefes de los respectivos organismos podrán decidir que presten sus servicios bajo la modalidad de trabajo en casa.**

4.2 CIRCULAR 021 DEL 17 DE MARZO DE 2020 DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

El Ministerio del Trabajo adoptó medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención de Covid 19 y de la declaración de emergencia sanitaria basado en la calificación hecha el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, del virus como una pandemia, lo cual significa que esta enfermedad se ha propagado a nivel mundial, registrándose en ese momento más de 120 países afectados.

Consideró el Ministerio del Trabajo que este fenómeno de Salud Pública tiene el potencial de afectar numerosos aspectos de la vida cotidiana incluyendo el empleo, por lo cual diseñó unos lineamientos a tenerse en cuenta por los empleadores, con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva; considerando que se trata de un fenómeno temporal y que el trabajo, conforme lo señala el numeral 25 constitucional “es un derecho y una obligación social en todas sus modalidades, de la Protección Especial del Estado”.

Recordó el Ministerio además, que el ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral tiene regulados mecanismos válidos para cumplir el anterior objetivo, tales como: **el trabajo en casa**, por tratarse de una situación ocasional, temporal y excepcional en cualquier sector de la economía; advirtiendo que es una modalidad diferente al teletrabajo, ya que no exige el lleno de los requisitos establecidos en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, puesto que *“una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de trabajar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, o en un lugar distintos de los locales del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual”*. De esta manera, el trabajo en casa, como situación ocasional, temporal y excepcional, no presenta los requerimientos necesarios para el trabajo, y se constituye como una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la actual emergencia sanitaria.

Otra modalidad prevista en la ley es **la jornada laboral flexible** en virtud de la cual, el máximo de horas laborables diaria (8 horas) y semanalmente (48 horas), pueden ser distribuidas de acuerdo a las necesidades del empleador y del trabajador conservando un mínimo de 4 horas continuas y un máximo de 10 horas continuas diarias, sin generar horas extras y según las prioridades del empleador, es decir, puede ampliar o reducir la jornada laboral con amplio margen de movilidad.

Otra forma de dar cumplimiento a la protección de los trabajadores y seguir prestando el servicio es la figura de las **vacaciones anuales anticipadas individuales y/o colectivas, permisos remunerados y salarios sin prestación del servicio.**

4.3 CIRCULAR 041 DEL 2 DE JUNIO DE 2020 DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

El 2 de junio de 2020, el Ministro del Trabajo expidió la Circular 0041 de 2020, en la cual se imparten lineamientos básicos para el correcto desarrollo del trabajo en casa, los cuales deben ser atendidos por trabajadores, empleadores y administradoras de riesgos laborales.

En cuanto a la incidencia del trabajo en casa y las relaciones laborales, esta modalidad implica la continuidad la relación laboral, la continuidad de la facultad subordinante del empleador, la continuidad de las garantías laborales, sindicales y de seguridad social de los trabajadores, el procedimiento disciplinario conocido por las partes, entre otras.

En lo relacionado con la **Jornada Laboral**, el trabajo en casa debe ajustarse a las disposiciones laborales referentes a la jornada máxima legal permitida, esto es 8 horas diarias y 48 horas semanales. Adicionalmente, en ningún caso, las horas extras, diurnas o nocturnas, podrán exceder de 2 horas diarias y 12 semanales. Cuando la jornada de trabajo se amplíe por acuerdos entre las partes a 10 horas diarias, no se podrá en el mismo día laborar horas extra; debe garantizarse el derecho a la desconexión laboral digital, en esta medida, los trabajadores y empleadores deberán ceñirse al horario y jornada de trabajo; si por petición del empleador, el trabajador debe laborar una jornada superior a la máxima legal, procede el pago de horas extra y recargos por trabajo en dominicales y festivos; no podrán establecerse al trabajador sobrecargas adicionales o por fuera de la cotidianidad del servicio, a menos que se trate de situaciones excepcionales que deban ser atendidas para evitar un perjuicio al empleador; debe promoverse la realización de pausas activas y de descanso mínimo entre reuniones continuas; el empleador deberá garantizar que las horas de trabajo al día se distribuyan en al menos dos secciones, con un intermedio de descanso que se adapte a la naturaleza del trabajo en casa, **a las necesidades de los trabajadores y a la armonización de la vida familiar con la laboral.**

En lo relacionado con la armonización de la vida familiar con la vida laboral, los empleadores públicos y privados deben respetar el derecho al descanso, al ocio y al sano entretenimiento de los trabajadores; no podrán asignar cargas de trabajo diferentes a las que correspondan dentro de la jornada laboral; deberán evitar solicitudes los fines de semana y días de descanso; los correos electrónicos y mensajes vía WhatsApp serán atendidos por el trabajador, de manera prioritaria, durante la jornada laboral, siempre **respetando la vida personal** y los espacios de descanso a que tiene derecho el trabajador.

4.4 PROTECCION ESPECIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE PROTECCION CONSTITUCIONAL REFORZADA

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3°, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.¹

En ese orden, el principio del interés superior del niño, es un criterio “orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”, además de ser un desarrollo de los presupuestos del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad.

Estas disposiciones armonizan con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera

¹ Sentencia T-468 de 2018

que, por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Para lograr esa protección especial de los niños, niñas y adolescentes se han establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar su interés superior, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas; ellos son: *existe un deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos; deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños; **deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.***²

Dicho mandato constitucional se desarrolla en nuestro marco legislativo actual, específicamente en la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en el cual se establece:

“Artículo 8º. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.*

“Artículo 9º. Prevalencia de los Derechos: *En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. **En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.***”

4.5 DEBER DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

En el contexto de la especial protección que requieren los adultos mayores, resultan de especial importancia los principios de solidaridad y de dignidad humana consagrados en el artículo 1º de la Constitución. En efecto, en la sentencia C-503 de 2014 la Corte Constitucional enseñó:

“El Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”.

Respecto de los adultos mayores existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas. Sin embargo, el Estado es el principal responsable de la construcción y dirección de este trabajo mancomunado, que debe tener como fin último el avance progresivo de los derechos de la población mayor.³

² Sentencia T-044 de 2014

³ Sentencia T - 252 de 2017

5. EL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio está acreditado que la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY se desempeña como empleada pública del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO desempeñando el cargo de Profesional Universitaria en el área de Atención al Usuario, al cual accedió vinculada mediante concurso de méritos.

También se demostró, que la accionante convive con su esposo, sud dos hijos de 3 y 8 años de edad y su madre de 83 años de edad.

Está demostrado también que, desde el inicio de la pandemia, conjuntamente con el grupo de empleados de la sección de ATENCIÓN AL USUARIO Y TRABAJO SOCIAL, solicitaron cambio de horario, de tal manera que se cubrieran las necesidades de los servicios y se acompasaran con sus situaciones personales. Esta petición no tuvo respuesta, pero posteriormente, su empleador le comunicó el cambio de horario temporal desde las 9:00 a.m. hasta las 4 p.m.

La accionante solicitó a la administración se le permita laborar en el horario de 7 a.m. a 12 m. en la empresa, y que en horas de la tarde en la modalidad de trabajo en casa, con el fin de supervisar a sus hijos, teniendo en cuenta que la persona que laboraba en su casa, en oficios domésticos, renunció por temor al contagio, situación que llevó a que su madre de la tercera edad, asuma el cuidado de sus hijos, sobreviniendo problemas por sus enfermedades de base, como hipertensión y pérdida de la visión; además esta situación le generó la obligación de retirar del jardín infantil a su hija menor porque se cruzan los horarios de trabajo con los de estudio virtual, y que no pueda apoyar a su hijo en las clases virtuales por cuanto no conoce de tecnología.

Está demostrado también, que la accionante, al no obtener respuesta del personal encargado en la institución, acudió a la Defensoría del Pueblo quien ofició a la dirección de la accionada, solicitando se tenga en cuenta las condiciones que atraviesa la actora y suministre respuesta a lo solicitado. Así mismo, acudió a la Procuraduría, quien de igual forma requirió a la administración del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO para que suministre respuesta y elevó sendos oficios al Subgerente de Prestación de Servicios de la entidad buscando una solución, así como a la Coordinadora de Atención al Usuario.

Finalmente, la petición elevada por la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY, obtuvo respuesta negativa por parte de la accionada, ya que aduce que el cambio temporal de horario no cobija al personal administrativo con funciones asistenciales como es el caso de la accionante, que desempeña el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 7 y que al pertenecer al área funcional de Atención al usuario tiene que cumplir obligatoriamente sus funciones en la entidad por cuanto se refieren a la parte asistencial y requiere prestar sus servicios a los pacientes que ingresan al hospital.

Ahora bien, desde el inicio de la pandemia en Colombia, el gobierno nacional ha tomado una serie de medidas, entre las cuales se encuentran las relacionadas con el tema laboral, es así como, a través de las Circulares 021 y 041, entre otras, impartió lineamientos básicos para el correcto desarrollo del trabajo en casa y del teletrabajo, los cuales deben ser atendidos por trabajadores, empleadores y administradoras de riesgos laborales y cuyo propósito es proteger la salud de los servidores y contratistas del Estado, garantizando la prestación de servicio, insistiendo en que esta modalidad de trabajo debe mantenerse mientras persista la emergencia sanitaria, siempre y cuando no se trate de servicios esenciales que deban prestarse de manera presencial.

El HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO en su respuesta a la demanda de tutela, hace una relación de las actividades que la actora, como responsable del Área de Ginecología y Neonatos debe realizar, anotando que esas actividades obligan a que sean realizadas de manera presencial, indicando que es fundamental el apoyo del personal de atención al usuario a los pacientes que se encuentran hospitalizados, debido a que se tiene restringidas las visitas de sus familiares y en algunos casos los pacientes se encuentran solos.

Por su parte, la accionante en su escrito de impugnación allega una extensa relación de las actividades y gestiones encomendadas a ella, explicando detalladamente como ha realizado su trabajo utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación, e indicando que los días viernes la jornada se extiende solo hasta las 3:00 p.m., pero ha continuado respondiendo llamadas, y usando el computador de su casa ha seguido laborando cuando así se ha requerido, al igual que los fines de semana, manejando incluso la salida de pacientes, informaciones y autorizaciones que ha tramitado utilizando la aplicación *whatsapp* y su teléfono celular, situaciones que pueden ser corroboradas por funcionarios del hospital.

Además, está demostrado que tanto la accionante como su esposo trabajan en la entidad demandada y que su núcleo familiar está conformado por sus hijos menores de edad, pues RICARDO tiene 8 años y LUISA MARIA tiene 3 años y su madre ALICIA MARIA BUCHELY que tiene 83 años, quien por su condición de salud tiene más alto riesgo de contagio al pertenecer al grupo especial de personas de la tercera edad y que por ello son sujetos de especial protección por parte del Estado.

Siendo ello así es claro que, a los hijos y a la madre de la accionante, debe protegerseles en esta situación que se ha presentado a raíz de la pandemia que vive en el mundo en la actualidad. En el entendido que si bien, son muchas las personas que atraviesan situaciones similares a las de la actora; en este caso particular, hay soluciones alternativas para garantizar la prestación del servicio y a su vez apoyar a la trabajadora sin alterar sus roles vitales como empleada y como madre de familia, proveyendo la oportunidad de que realice su trabajo en casa, desde la cual también puede supervisar su hogar durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria. Además, se trata de una empleada que accedió a su cargo por concurso de méritos, que lleva 12 años al servicio de la entidad y cuya calificación obtenida es alta, según se observa en el formato de Calificación allegado al plenario, cuyo porcentaje obtenido es de 90.75, lo que indica que es una persona comprometida con la institución y con su trabajo, y que bien puede tenerse en cuenta la situación personal y familiar por la que atraviesa, máxime teniendo en cuenta que el gobierno nacional ha dispuesto medidas laborales para la protección de los trabajadores, que a la postre protegen también a sus familias en esta época de pandemia.

Aunado a lo anterior, se observan las recomendaciones realizadas por la COMISARIA TERCERA DE FAMILIA por instrucciones del juzgado de primera instancia, quien realizó una visita domiciliaria para constatar la situación familiar de la actora, y en el informe correspondiente recomienda que se le permita a la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY trabajar en casa por medios virtuales, y atender las necesidades de su hogar sin que ello implique descuidar su trabajo y que pueda estar en un contexto sano que no afecten su salud física y mental.

Sin duda alguna, el juzgado observa que la demandante ha agotado las instancias internas con sus jefes y conductos regulares para que se autorice realizar parte de la jornada como trabajo en casa, y ha demostrado que puede realizarlo sin menoscabar los derechos de los pacientes en el hospital, dándole la oportunidad de asumir el rol que le corresponde como madre e hija, supervisando su hogar mientras labora sin poner en peligro la salud de la familia. Es así como desde el mes de marzo de 2020, ha presentado peticiones y ha recurrido a entes oficiales como la Defensoría del Pueblo y la

Procuraduría para lograr respuestas a su situación, que al final la llevaron a buscar el amparo constitucional, para ella, sus hijos y su madre.

Es necesario precisar que este juzgado no desconoce las medidas que ha tomado la accionada HUDN como suministrar elementos de bioseguridad a los funcionarios de la entidad y flexibilizar el horario laboral en cumplimiento a las disposiciones emitidas por el gobierno nacional, no obstante, en las directrices se ha reiterado que tratándose de una situación **ocasional, temporal y excepcional**, es posible que el empleador autorice el **trabajo en casa**, alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales de la accionante, máxime que el concepto emitido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA el 27 de julio de 2020 por el Director Jurídico, indica con toda claridad que el cargo de profesional universitario que desempeña la accionante solo debe desempeñar funciones administrativas de apoyo y que no le son propias las funciones del nivel asistencial.

De otra parte, el Decreto 491 de 2020 establece que hasta tanto esté vigente la Emergencia Sanitaria, se podrá autorizar al servidor que sea cuidador de adultos mayores de 70 años y niños, el desempeño de sus funciones a través de la modalidad de trabajo en casa, como sucede en este caso. Incluso, señala que cuando las funciones que desempeña un servidor público no puedan desarrollarse mediante la modalidad de trabajo en casa, las entidades podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, estos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeña, tal como lo autoriza en su artículo 15, es decir, que se evidencia claramente el propósito ineludible de salvaguardar la vida de los trabajadores y con ello sus familias.

En el caso bajo estudio, se trata de facilitar las acciones para que la accionante pueda laborar en casa, para permitirle que en esta época de emergencia, pueda supervisar a sus menores hijos y a su madre los cuales se encuentran en un estado de indefensión y que constitucionalmente son sujetos de especial protección, esto, sin perjuicio de que deba presentarse a su lugar de trabajo, de ser estrictamente necesario, precisando, que el jefe inmediato debe hacer seguimiento al cumplimiento de las funciones y compromisos que deba desarrollar el personal a su cargo y reportar a la dependencia competente su incumplimiento.

Finalmente, no debe dejarse de lado decisiones con perspectiva de género, pues a la mujer trabajadora a sus funciones profesionales le corresponde asumir un doble rol frente a su trabajo y frente a su familia, y es claro el compromiso de la accionante en que no va a abandonar su trabajo, pues ella propone un medio tiempo presencial y un medio tiempo de trabajo en casa, es decir, que las alternativas de cumplimiento de horario son múltiples, pues no se está negando a realizar sus funciones, simplemente que su jornada sea adecuada a sus necesidades particulares, en aras de proteger intereses superiores como de la familia, los niños y persona de la tercera edad. Debe recordarse a la accionada, que este período de contingencia se imponen políticas de flexibilización a cargo de los empleadores y de garantía de derechos fundamentales como los que hoy están siendo vulnerados por la entidad accionada. Los criterios expuestos implican la revocatoria del fallo recurrido.

6. CONCLUSIÓN

De conformidad con las citas jurisprudenciales reseñadas y el acervo probatorio existente dentro del presente expediente, este despacho revocará el fallo emitido el 16 de julio de 2020, dentro de la acción de tutela radicada con No. 20200021101, emitido por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales, y en consecuencia, tutelaré los derechos fundamentales a la salud y protección de los niños RICARDO y LUISA MARIA CAICEDO BENAVIDES y de la señora ALICIA MARIA BUCHELY hijos y señora madre de la accionante ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY que se encuentran

vulnerados por la accionada. En consecuencia, ordenará al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o a quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, AUTORICE a la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY para que labore en la modalidad de trabajo en casa de manera concertada con la trabajadora, realizando los trámites que correspondan para ello, hasta cuando finalice la emergencia sanitaria y económica decretada con motivo del COVID-19, esto, sin perjuicio de que deba presentarse a su lugar de trabajo de ser estrictamente necesario.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PASTO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo emitido por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Pasto, el 16 de julio de 2020, dictado dentro de la acción de tutela No. 20200021101, mediante el cual negó el amparo solicitado por la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales de los niños, de las personas de la tercera edad y del trabajo en condiciones dignas de la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.758.488 expedida en Pasto – Nariño.

TERCERO.- ORDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o a quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, **CONCERTE** con la señora ALICIA LORENA BENAVIDES BUCHELY la realización de **TRABAJO EN CASA** y **AUTORICE** esta modalidad de trabajo, previa la realización de los trámites administrativos correspondientes para ello, hasta cuando finalice la emergencia sanitaria y económica decretada con motivo del COVID-19, esto, sin perjuicio de que la trabajadora se presente en su lugar de trabajo, de ser estrictamente necesario.

CUARTO.- NOTIFICAR esta decisión a los intervinientes por el medio más expedito

QUINTO.- REMITIR el expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ AMALIA ANDRADE AREVALO
JUEZ