JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL

Manizales, Caldas, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA: 183
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO
ACCIONADA: MABE COLOMBIA S.A.
RADICADO: 170014003002-2020-00438-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada por DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO a través de apoderada judicial contra MABE COLOMBIA S.A. De igual manera se dispuso la vinculación de ARL SURA, MINISTERIO DEL TRABAJO DE MANIZALES, CLINICA DE LA PRESENTACIÓN y ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.

ANTECEDENTES

Se basa en los HECHOS también resumidos:

El señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO se vinculó laboralmente con la accionada MABECOLOMBIA S.A.S el día 13 de octubre de 2019 con un Contrato de Trabajo por obra o labor contratada. La labor a desempeñar fue OPERARIO DE PLANTA con un salario de $ 1.001.700 mensuales. Que el día 3 de septiembre del año en curso a las 11:55 pm horas mientras se encontraba laborando en horario nocturno, el señor DIEGO ARMANDO OSPINA sufrió accidente de trabajo, al ser atropellado por un montacargas que llevaba un kamban, causándole trauma en la pierna y tobillo izquierdo. Siendo atendido por el Enfermero de turno, señor CARLOS ANDRÉS LONDOÑO, quien tomó fotografías del accidente.

A renglón seguido indica que, por solicitud del enfermero, con su puño y letra, narró, cómo sucedió el Accidente laboral para el respectivo Reporte a la ARL SURA. Sin embargo, la enfermera del turno diurno, señora DIANA MARCELA JARAMILLO ARROYAVE, al reportar el accidente de trabajo a la ARL SURA, hace la descripción del accidente de trabajo según el accionante, falso.

Que este accidente ha ocasionado al accionante dolor intenso a la palpación de región infra maleolar medial, limitación parcial de la dorsiflexión, limitación para la marcha, marcha con cojera antológica y edema en región del talón de Aquiles. Narra el accionante que, el día 18 de septiembre MABE COLOMBIA S.A.S., decide terminar el contrato de trabajo sin justa causa y que la de terminación de su contrato de trabajo tenía pendiente control con ortopedia y terapias físicas de rehabilitación.

Indica que fue desvinculado del sistema de seguridad social hecho que le genera un grave perjuicio teniendo en cuenta que el reporte, según indica el accionante tergiversado, elaborado por la enfermera DIANA MARCELA JARAMILLO ARROYAVE con destino a la Administradora de riesgos laborales SURA, puede dejar sin cobertura la atención por supuestamente no haber ocurrido por causa y con ocasión del trabajo. Que el salario percibido constituía en la única fuente de ingresos para el sostenimiento suyo y el de su familia compuesto por su cónyuge y dos hijos menores de edad.

Finalmente indica que, el 24 de septiembre adiado solicitó a la accionada MABE COLOMBIA SAS, copia del informe del accidente de trabajo, escrito con su puño letra y copia de las fotografías tomadas por el área de enfermería, sin que hasta la fecha la accionada haya hecho entrega de esta información.

PRETENSIONES

Solicita el accionante:

> *"1º Se Tutelen los Derechos Constitucionales Fundamentales del señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR RAZONES DE SALUD, al MINIMO VITAL, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO A LA SALUD, DERECHO A UNA VIDA DIGNA, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO AL DIAGNOSTICO, que le están siendo vulnerados por la accionada MABE COLOMBIA S.A.S., al terminar, SIN JUSTA CAUSA el Contrato de Trabajo al accionante, máxime, después de presentar Accidente de Trabajo, cuyo tratamiento no ha terminado y cuyas secuelas no han sido determinadas aún por la Administradora de Riesgos Laborales ARL SURA, a la cual se encontraba afiliado al momento del accidente.*
>
> *2° En consecuencia, se ORDENE a la accionada MABE COLOMBIA S.A.S que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del Fallo de la presenta Acción, proceda a reintegrar, al señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO, sin solución de continuidad, a un cargo de iguales o mejores condiciones al que tenía al momento del despido, que pueda desempeñar de acuerdo a las recomendaciones dadas por su médico tratante.*
>
> *3° Se ORDENE a la accionada MABE COLOMBIA S.A.S reconocer y pagar al Señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO los salarios dejados de*

percibir desde el día del despido, esto es, desde el día 19 de septiembre de 2020, hasta el día en que efectivamente se efectúe el reintegro, con la respectiva afiliación al Sistema de Seguridad Social. Lo anterior, teniendo en cuenta, no solo que el señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO está COBIJADO POR EL FUERO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR RAZONES DE SALUD, consecuencia del Accidente de Trabajo ocurrido el día 3 de Septiembre del año en curso, cuyas secuelas no han sido definidas aún por la ARL SURA, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA que APLICA para cualquier tipo de contrato, según múltiples pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, sino que, tanto el MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL como el GOBIERNO NACIONAL en sus Decretos dictados por el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada en todo el Territorio Nacional, que siguen vigentes, han insistido en la obligación de los Empleadores DE CONSERVAR EL EMPLEO DE TODOS LOS TRABAJADORES durante el tiempo que dure la emergencia, para lo cual se han creado medidas de alivio y subsidios a los empleadores.

4° Así mismo se ORDENE a la accionada MABE COLOMBIA S.A.S. reconocer y pagar al señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO, la Indemnización de que trata el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a Ciento Ochenta (180) días de Salario, por haber sido despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo. Máxime, tratándose de un trabajador que acaba de sufrir un Accidente de Trabajo que ha limitado su marcha, su movilidad y su capacidad laboral, cuyas Secuelas aún no han sido definidas por la ARL SURA a la que se encontraba afiliado al momento del accidente.

5° SE ORDENE a la accionada MABE COLOMBIA S.A.S, dar respuesta a la solicitud elevada por el trabajador siniestrado con fecha 24 de septiembre de 2020, y, en consecuencia, se le haga entrega del informe de Accidente de trabajo, de su puño y letra, y copia de las fotografías tomadas por el Área de Enfermería, Enfermero CARLOS ANDRES LONDOÑO que se encontraba de turno la noche de los hechos, tal y como fue solicitado por el accionante.

6° SE ORDENE a la accionada MABE COLOMBIA S.A.S, RECTIFICAR el Formato de Reporte de Accidente de Trabajo enviado a la ARL SURA, el que contiene LA DESCRIPCION DEL ACCIDENTE ocurrido al señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO el día 03 de Septiembre a las 22:55 o sea a las 10:55 P.M. el que ha sido señalado en este formato como tiempo normal y no extra, y RECTIFICAR las circunstancias de tiempo, modo y lugar del evento, en el sentido que, el trabajador DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO, FUE ATROPELLADO POR UN COMPAÑERO DE TRABAJO (KAMBAN) CON UN MONTAGARGAS, tal y como se indica en la Historia Clínica que aporto, esto es, tal y como sucedió el Accidente y no que el trabajador al salir del baño se chocó contra un Kamban, como fue reportado a la ARL, por la enfermera Diana Marcela Jaramillo Arroyave, quien no presenció el Accidente, ni estaba en ese turno Extra."

CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y LA VINCULADA

La MABE COLOMBIA S.A. en respuesta a la acción constitucional manifestó que es cierto, el señor BEDOYA DUQUE inició su relación laboral con la Sociedad Mabe Colombia S.A.S. en la fecha indicada y la labor para la que fue contratado el accionante fue la de operario general en la fabricación de un número de 137.570 de refrigeradores obra que fue culminada el pasado 30 de septiembre del año en curso por una asignación salarial básica de $1.001.700 mensuales.

A renglón seguido indica que el accionante sufrió accidente de trabajo el día y la hora mencionada, pero no con los mecanismos de lesión que describe en la demanda; esto por cuanto el accidente no fue producto de una colisión con montacargas, sino que fue un golpe leve con un carro estibador de tracción manual, el cual era empujado por el operario Kanban ocasionando trauma en el talón, tal y como consta de puño y letra en la narración del accidente por las partes. Seguidamente expresa que, en el expediente del accidente de trabajo del accionante no reposan dichas fotografías y el señor Carlos Andrés Londoño, ya no presta sus servicios para la empresa Mabe Colombia S.A.S.

Arguye la entidad demandada que, la descripción del accidente realizado en el reporte enviado a la ARL SURA, se da con base en el resultado de la investigación del accidente, no solo después de escuchar la versión del accionante, sino las de las demás personas involucradas, como los elementos que acompañan la ocurrencia del siniestro.

Aduce que, el señor Diego Armando presentó algunos síntomas con ocasión al accidente, como consta en la Historia Clínica aportada por el paciente, que fue el último informe del cual Mabe Colombia S.A.S. tuvo conocimiento, respecto a la situación de salud del ex trabajador y que el accionante nunca informó que después de dado de alta por el especialista, presentara dichas molestias puesto que siempre presto sus servicios en óptimas condiciones.

Que cancelo todas las prestaciones laborales al trabajador, indemnización por despido sin justa causa. Además, el señor OSPINA GALLEGO no gozaba de incapacidad, ni alguna limitación de salud, no es un sujeto de especial protección constitucional y además nunca informó alguna patología a su empleador como lo es su deber legal. Manifiesta en el escrito de traslado que, la ARL ni la empresa Mabe Colombia S.A.S. objetaron el accidente de trabajo, razón por la que el accionante cuenta con la cobertura por parte de la ARL SURA y adicionalmente resalta que el accionante al ingreso a Mabe manifestó que hace parte activa del Cuerpo Voluntario de Bomberos de Manizales, según lo expresado al momento de su ingreso a la empresa.

Finalmente indica que, en atención a la presente Acción y en Protección al derecho de Petición, la empresa MABE COLOMBIA S.A.S. ha realizado el envío de la documentación solicitada por el accionante a la dirección de correo electrónica dospina974@gmail.com.

El MINISTERIO DE TRABAJO en el transcurrir de la acción de tutela manifestó que le compete de conformidad con sus funciones, que se adelanten oportunamente conforme a derecho, trámites diferentes e independientes a las pretensiones del accionante, los cuales no comprometen los intereses y derechos que tiene en discusión el señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO, con su empleador MABE COLOMBIA S.A

A renglón seguido arguye que el empleador MABE COLOMBIA S.A, no ha solicitado autorización para terminar el contrato de trabajo del señor OSPINA GALLEGO, con presunto fuero de estabilidad laboral reforzada, de conformidad con el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y una vez verificada la base de datos del registro de usuarios, no encontraron solicitud de asesoría a ese ente Ministerial.

La ARL SURA en respuesta a la acción constitucional indica que, en los hechos de la tutela que en el presente caso se presenta una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, debido a que el accionante DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO encamina la acción a MABE COLOMBIA y no es la ARL SURA quien deba de tener responsabilidad alguna en el presente amparo constitucional.

Finalmente informa que, el accionante tiene un accidente de trabajo del 3-9-2020, reportado por la empresa, calificado como si ATP, con prestaciones activas por la ARL SURA, la ultima el 4-11-2020 por su ortopedista.

La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S y la CLINICA DE LA PRESENTACIÓN a pesar de estar debidamente notificadas, guardaron silencio.

GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

PROCEDENCIA:

La acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos constitucionales fundamentales, establecido por el artículo 86 de la Carta Superior, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares, que ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o por evitar un perjuicio irremediable.

LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES:

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Por su parte la accionada está habilitada en la causa como la supuesta vulneradora de los derechos implorados.

COMPETENCIA:

Los presupuestos capacidad para ser parte, competencia, petición en forma y capacidad procesal aparecen totalmente satisfechos, y como no se observa causal alguna de invalidación de todo o parte de lo actuado, el fallo que ha de producirse es de fondo. La parte accionante y accionada tienen capacidad para ser partes (artículos 1°, 5°, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991); son personas y por tanto sujetos de derechos y obligaciones, este sentenciador es competente para resolver la solicitud en primera instancia por mandato del artículo 37 ibídem en concordancia con el tercer inciso del numeral 1 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000; y la petición satisfizo las exigencias de los artículos 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

Sobre este tema que tendrá aplicación en nuestro caso concreto la Sentencia T-304-2009, concretó lo siguiente:

> *"La acción de tutela (C.P. art. 86), es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnere o amenace tales derechos constitucionales...Este mecanismo privilegiado de protección, es sin embargo, residual y subsidiario. Ello significa que sólo es conducente cuando (1) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

De lo afirmado se desprende entonces, que por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.

La Tutela no procede cuando existe otro medio de defensa judicial así lo exteriorizó la Sentencia T-156/10.

> *"En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela. Por esta razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución "clara, definitiva y precisa" a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados.*
>
> *La jurisprudencia constitucional ha estimado necesario tomar en consideración para apreciar el medio de defensa alternativo, entre otros aspectos, "(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela" y "(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales". Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz o no para la defensa de los derechos lesionados o amenazados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

Respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela la Corte Constitucional ha sentado su posición en diferentes fallos, entre ellos la sentencia T – 097 de 2014:

> *Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar "una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales", razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.*
>
> *El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.*
>
> *3.3. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aún cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio*

irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso concreto.

En la Sentencia T-268/13 expone el principio de subsidiariedad de la acción de tutela- Reiteración de jurisprudencia.

"En el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela será procedente solo si estos ya se encuentran agotados. Sin embargo, de manera excepcional, la acción de tutela será procedente: (i) si los recursos existentes no son idóneos; (ii) cuando estos no existen; o (iii) si quiere evitar un perjuicio irremediable".

En cuanto a los debates surgidos en el dominio contractual y las obligaciones que de allí se derivan, la sentencia T-164 de 1997, arguyó que los conflictos originados en un contrato, no son objeto de acción de tutela. Allí la Corte, al respecto, explicó que:

"(…) la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre las leyes y sobre los contratos, pues la libertad contractual también está gobernada por el marco axiológico del Estatuto Superior, motivo por el cual el ejercicio de esa libertad no puede conducir a la arbitrariedad.

"Empero, no significa lo anterior que los derechos surgidos de un contrato adquieran el carácter de constitucionales fundamentales y que los conflictos contractuales sean de naturaleza constitucional. Así lo ha entendido la Corte al indicar que "el derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones o garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido" (Subrayas fuera del texto original).

En la sentencia Radicación 53083 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 14-10-2015, se indicó:

"Contrario a lo alegado por la censura en los cargos, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable al caso examinado, toda vez que esta Corporación ha sostenido que esta garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, **pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por**

> **afecciones de salud**, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, tal como lo pretende hoy la censura.

En la sentencia CSJ SL, 30 ene. 2013, rad. 41867, frente a esta temática, la Sala dijo:

> *"Aunado a lo anterior, repárese en que en el proceso* ***no se encuentra acreditado que el promotor de la Litis sufría de alguna limitación, discapacidad o minusvalía que lo hiciera acreedor a la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997****, toda vez que las incapacidades otorgadas por la EPS COMFANDI, no demuestran que las molestias padecidas por el actor estuvieren enmarcadas dentro de algunos de los estados de salud inmediatamente mencionados, pues como lo ha dicho esta Corporación, "También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997" (sentencia del 25 de marzo de 2005, radicación 35.606).*

Igualmente, valga recordar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de julio de 2008, radicación 32532, en lo referente a las personas que gozan de la protección y asistencia prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así:

> *"Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361 , es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.*
>
> *Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50% (…)*
>
> *Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º".*
>
> *La precedente orientación jurisprudencial ha sido reiterada, entre otros, en los fallos del 25 de marzo de 2009, radicación 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235 y 28 de agosto de 2012, radicación 39207. En esta última sentencia la Corte razonó:*

"En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, ***consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997****; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento" (resaltado fuera de texto).*

Entonces, debe reiterar la Sala que no existe prueba alguna que apunte a que el actor se hallaba en alguno de los grados de limitación expuestos, para inferir que se encontraba cobijado por la protección establecida en la citada Ley 361 de 1997.

Vistas así las cosas, contrario a lo sostenido por la censura, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no estaba llamado a regular el caso, porque esta garantía a la estabilidad laboral exclusivamente procede para aquellas personas que padezcan una limitación en grado severo o profundo y no para para quienes se encuentren en una incapacidad por motivos de salud o que tengan una afectación a ésta, de manera que, al no estar acreditado que la demandante padecía de una limitación con las características atrás referidas, es por lo que el Tribunal no se rebeló contra el mandato del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni contra los principios constitucionales de protección especial a quienes se encuentren en estado de debilidad manifiesta y a los discapacitados, ni, menos, el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia, mediante Ley 82 de 1988.

De otro lado del período de protección laboral el Decreto 806 de 1998 en su artículo 75 indica:

"Del período de protección laboral. Una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la finalización de la relación laboral o de la pérdida de la capacidad de pago del trabajador independiente, el trabajador y su núcleo familiar gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por treinta (30) días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores.
Parágrafo. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación".

CASO EN CONCRETO

De las manifestaciones hechas por los intervinientes en este trámite y de las pruebas que fueron arrimadas al expediente digital se desprende que según contrato laboral el señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO tuvo un vínculo laboral con la accionada MABECOLOMBIA S.A.S desde 18 de mayo de 2020 hasta el 19 de septiembre de con un contrato de trabajo por obra o labor contratada como operario de planta para realizar 37.570 neveras con un salario de $1.001.700 mensuales.

Que el día 3 de septiembre del año en curso a las 11:55 pm horas mientras se encontraba laborando en horario nocturno, el señor DIEGO ARMANDO OSPINA sufrió accidente de trabajo, al ser atropellado por un montacargas que llevaba un kamban, causándole trauma en la pierna y tobillo izquierdo. Siendo diagnosticado con "CONTUSIÓN DE TOBILLO" con una incapacidad de 3 días, dado de alta por el ortopedista y según historia clínica 10 terapias con especialista en rehabilitación de miembros superiores, finalizadas el día 9 de octubre del presente año.

Así mismo se tiene que fue y el 17 de septiembre consulta y le realizan RX donde descartan fractura remitiéndolo con ortopedista tratante, sin generar nuevas incapacidades y según la ARL SURA con prestaciones activas en la entidad y su ultima cita el 4-11-2020 por su ortopedista.

Se verifica que en efecto el actor ha tenido controles médicos periódicos, por consecuencia del accidente laboral. Durante el tiempo que laboró por cuenta de MABE COLOMBIA S.A. solo se puede comprobar que se incapacitó por tres días. Desde la desvinculación hasta la fecha de presentación de la solicitud de amparo constitucional han transcurrido menos de dos meses el cual no es un tiempo irrazonable ni excesivo.

En virtud a los principios de eficacia, celeridad e informalidad que rigen la acción de tutela y con el fin de ampliar la información del líbelo inicial, en la fecha se sostuvo comunicación telefónica con DIEGO ARMANDO OSPINA al 3176656855, de la siguiente manera:

> *"PREGUNTADO: ¿Qué lo motivó a presentar acción de tutela?*
> *CONTESTO: Por un despido laboral injustificado.*
> *PREGUNTADO: ¿Ha recibido los servicios de salud que está solicitando?*

CONTESTÓ: Por parte de la ARL SURA, SI.

PREGUNTADO: ¿Hace cuánto labora en MABE?

CONTESTÓ: Desde el 13 de octubre de 2019, hasta el 18 de septiembre de 2020

PREGUNTADO: ¿Sabe cuáles son las condiciones de su contratación?

CONTESTÓ: SÍ, por obra o labor determinada.

PREGUNTADO: ¿Ha iniciado alguna demanda laboral en contra de MABE?

CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: ¿A qué EPS está afiliado?

CONTESTO: A SANITAS EPS, y a la ARL SURA.

PREGUNTADO: ¿Usted ha sido atendido por la ARL SURA?

CONTESTO: Si, cuando tuve el accidente laboral, y me generaron una incapacidad por 8 días, y ahora el 4 de noviembre tuve cita con Ortopedia.

PREGUNTADO: ¿Qué le indico el ortopedista en la cita del 4 de noviembre?

CONTESTO: El ortopedista reviso una resonancia que me habían realizado y me indico que me normal mi tobillo, aunque aún esta inflamado.

PREGUNTADO: ¿Ha sido evaluada su pérdida de capacidad laboral?

CONTESTO: No.

PREGUNTADO: ¿Cuánto tiempo lleva cotizando al sistema de seguridad social?

CONTESTO: Más de 8 años.

PREGUNTADO: ¿Con quién vive?

CONTESTÓ: Vivo con mi esposa dos hijos, y una cuñada, en vivienda arrendada por el sector de Aranjuez.

PREGUNTADO: ¿Tiene familia que le colabore?

CONTESTÓ: No. Yo soy el que velo por mi familia, pago arrendo más facturas, y los gastos de la casa.

PREGUNTADO: ¿Tiene algún ingreso?

CONTESTÓ: En el momento no, estoy sin trabajo, estoy sobreviviendo con la liquidación que me dieron por valor de $ 1.700.000, por concepto de liquidación e indemnización.

PREGUNTADO: ¿Ha enviado hojas de vida a otras empresas?

CONTESTADO: Si, justo hoy estuve enviando. Aunque aún cojeo.

PREGUNTADO: ¿Tiene bienes que le generes renta?

CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: ¿En el momento de su despido usted estaba incapacitado?

CONTESTÓ: NO

PREGUNTADO: ¿Cómo sucedió el accidente de trabajo?

CONTESTÓ: Estaba ubicado en un pasillo a la salida del baño, de repente sentí un golpe de un montacargas manual, estaba lleno de canastas de plástico y me golpeo en el tobillo.

PREGUNTADO: ¿Tiene algo más que agregar?

CONTESTÓ: Sí, para la fecha del 24 de septiembre, hice un derecho de petición a MABE y apenas ayer me lo respondieron, donde solicité un reporte firmado por mi puño y letra para la ARL y me mandaron otro muy diferente que hizo la enfermera de turno, también solicité unas fotos y me contestaron que no tenían fotos documentadas por ese accidente de trabajo."

Así las cosas, el Despacho empezará por examinar la procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto. Para continuar con el estudio de fondo respecto de la vulneración alegada por la parte actora a sus derechos fundamentales.

La acción de tutela resulta procedente cuando cumple 4 requisitos: (i) Legitimación por activa. Puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre. (ii) Legitimación por pasiva. El amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación como sucede entre el trabajador y su empleador. (iii) Inmediatez. No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo. (iv) Subsidiariedad. La acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan eficaces para el caso concreto o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio.

Descendiendo al caso concreto tenemos que la estabilidad laboral reforzada consiste en el derecho que tiene todo trabajador a no ser despedido en razón de una situación de vulnerabilidad, circunstancia que no aplica para el caso materia de estudio, toda vez que la terminación de la relación laboral fue fundamentada y no se encuentra acreditado que el promotor de la Litis sufría de alguna limitación, discapacidad o minusvalía que lo hiciera acreedor a la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como ya lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia.

DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO, alega una estabilidad laboral reforzada sin embargo al momento de su desvinculación, no estaba incapacitado, no obstante se observa que efectivamente el actor ha estado en controles médicos periódicos, durante la relación contractual sólo ha presentado tres días de incapacidad, no se observa que se haya solicitado concepto de rehabilitación ante su EPS, FONDO DE PENSIONES o ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES,

por lo que no hay prueba de que la situación médica del petente la ponga en situación de discapacidad o tenga una calificación de invalidez.

Nótese como lo indica la jurisprudencia citada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta garantía a la estabilidad laboral exclusivamente procede para aquellas personas que padezcan una limitación en grado severo o profundo y no para para quienes se encuentren en una incapacidad por motivos de salud o que tengan una afectación a ésta, de ahí de las pruebas allegadas, no se demostró que el accionante tuviese una limitación de grado severo o profundo o una pérdida de la capacidad laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que no están dadas las condiciones para la prosperidad de la acción de tutela, porque a pesar de los padecimientos de salud del accionante, no se ha dictaminado que éstas tuvieran algún impacto en términos de pérdida de capacidad laboral o de debilidad manifiesta, situación que la coloca por fuera de la protección laboral reforzada que ofrece la Ley 361 de 1997. La situación planteada en el asunto bajo revisión, es el de una persona que no tiene pérdida de capacidad laboral, no ha habido una calificación de invalidez que certifique que existe tal pérdida, ni se está ante una situación que refleje objetivamente, la debilidad manifiesta del accionante, y que por ende active la protección laboral reforzada, bien sea por la gravedad de su enfermedad que padece o porque se trate de un padecimiento que por sí mismo genere discriminación.

Del material probatorio no se infiere una pérdida de capacidad laboral permanente o de cierta gravedad que permita concluir razonablemente que el accionante era una persona con discapacidad o en debilidad manifiesta, ni que sus problemas de salud fueran el agravamiento de un padecimiento crónico que lo ubicaran en la categoría de persona con discapacidad, dado que no estaba incapacitada al momento de la notificación de la terminación de la relación contractual ni a la fecha de desvinculación.

Si bien el señor DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO tuvo una “CONTUSIÓN DE TOBILLO” este no fue de una gravedad o impacto tal que le impidan desempeñar otro empleo y acceder a la consecución de diversas fuentes de ingresos, pues además cuenta con 38 años, lo cual favorece su reinserción al mercado laboral y sus posibilidades de hallar un trabajo, como de hecho parece mostrarlo su situación actual. En suma, no hay evidencia de alguna circunstancia que le permita a al Despacho concluir que la accionante se encuentra ante el riesgo de

sufrir perjuicios irreparables e inminentes, que menoscaben gravemente su haber jurídico y que requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables para conjurarlo, por lo que la acción de tutela tampoco es procedente como mecanismo transitorio de protección.

El accionante afirmó ser cabeza de familia y sufragar los gastos de sostenimiento de sus hijos y su cónyuge, no indicó ni hay elementos de prueba que permitan determinar que su cónyuge se encuentra en un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones, no solo económicas, que le corresponden en su calidad; y así mismo, que los padres del accionante se hallen en imposibilidad sustancial de proporcionar al hogar ayuda significativa de cualquier tipo. Esto, sobre la base de que la condición de padre cabeza de familia supone que quien dice tenerla carezca de toda clase de apoyo y contribución para la estabilidad, el equilibrio y bienestar del hogar.

En las circunstancias anteriores, no opera la presunción de discriminación de personas con discapacidad protegidas por la Ley 361 de 1997, ni era obligatorio que el empleador solicitara a la Oficina del Trabajo la autorización para terminar unilateralmente el contrato de trabajo. En esa medida no es posible conceder el amparo solicitado. No obstante, lo anterior, el hecho de que no se esté ante un sujeto de especial protección constitucional que tenga estabilidad laboral reforzada, no supone una decisión frente a la ilegalidad del despido, situación que deberá valorar el juez ordinario.

Este Juzgador entiende la preocupación del actor consistente en la terminación del vínculo laboral y que por ende pueda quedar desprotegido y sin seguridad social como se infiere entre líneas de la narrativa de los hechos, no obstante el Despacho debe indicar que con respecto a la garantía que tiene el usuario de los servicios de salud, que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden de ideas, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad humana.

Se hace preciso enfatizar que del período de protección laboral y una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la finalización de la relación laboral o de la pérdida de la capacidad de pago del trabajador dependiente y su núcleo familiar gozarán de los beneficios del plan obligatorio

de salud hasta por treinta (30) días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores. Y cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación, sin embargo, este juzgador da cuenta que el accionante se encuentra activo a ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS, en estado activo.

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACION	93061126
NOMBRES	DIEGO ARMANDO
APELLIDOS	OSPINA GALLEGO
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	CALDAS
MUNICIPIO	MANIZALES

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO POR EMERGENCIA	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.	CONTRIBUTIVO	01/12/2019	31/12/2999	COTIZANTE

Se reitera, que este tipo de controversias tienen una jurisdicción especializada con jueces naturales, encargados de dirimir esta clase de conflictos, el alcance del amparo constitucional no puede cobijar la definición de controversias jurídicas legalmente reguladas, como serían las atinentes al reconocimiento de los derechos que se deriven de una relación contractual, pues de un lado, estas controversias cuentan en el ordenamiento jurídico con los mecanismos de solución pertinentes y, del otro, su debate no es propiamente constitucional.

Se ha establecido que es procedente un amparo de tutela si se cumple con el requisito de subsidiariedad cuyo propósito es el de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, en desarrollo de los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial, de tal suerte que no se convierta la acción de tutela en la regla general para la solución de los conflictos de toda índole.

En virtud de lo esbozado se tiene que la presente demanda no tiene vocación de prosperidad en sede tutela, ya que la accionante cuenta con otra vía judicial, con ello no se cumple con el requisito de subsidiariedad para amparar los derechos deprecados por la actora.

Se exhorta a la accionante para que haga uso de todos los recursos que por ley está facultado, si cree que los derechos invocados están siendo vulnerados por

la presunta conducta de acción y/o omisión, y en ese escenario es que la accionante debe agotar todas las instancias judiciales antes de interponer la acción de tutela.

Respecto al Derecho de petición incoado por el accionante el 24 de septiembre adiado solicitando a la accionada MABE COLOMBIA SAS, copia del informe del accidente de trabajo, escrito con su puño letra y copia de las fotografías tomadas por el área de enfermería. Se tiene que, la empresa MABE COLOMBIA S.A.S. ha realizado el envío de la documentación solicitada por el accionante a la dirección de correo electrónica dospina974@gmail.com, es decir, el expediente del accidente de trabajo y respecto a las fotografías solicitadas indica la accionada que, estas no reposan en el expediente y el señor Carlos Andrés Londoño, ya no presta sus servicios para la empresa.

En conclusión, el Despacho debe indicar que el derecho de petición consiste en dar respuesta de conformidad con el lineamiento esencial del derecho fundamental de petición que supone: i) una respuesta que provea una solución concreta al caso planteado, ii) la solución debe estar acorde con la solicitud planteada (elemento sustancial) y iii) la respuesta debe proferirse dentro del término que la ley señala para el efecto y iv) ser remitida a la dirección establecida en la petición

Vistas, así las cosas, se debe indicar que en el referente asunto opera la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela promovida por DIEGO ARMANDO OSPINA GALLEGO con C.C. 93.061.126 contra MABE COLOMBIA S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO frente a la solicitud realizada por el accionante el 24 de septiembre del presente año a MABE COLOMBIA S.A.

TERCERO: NOTIFICAR el contenido de ésta decisión a las partes indicándoles que contra la misma procede la impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo de tutela.

CUARTO: ORDENAR la remisión del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, sino fuere objeto de impugnación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO
JUEZ