



Facatativá, veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2.020)

CLASE DE PROCESO:	ACCION DE TUTELA
ACTOR:	LEIDY YOHANNA MONTAÑO HERNÁNDEZ
ACCIONADO:	PABLO GIOVANNI GARCÍA LATORRE propietario del Establecimiento de Comercio RESTAURANTE DULCE CAPRICHIO
RADICACIÓN No:	25269400300120200030400

ASUNTO A DECIDIR:

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional, la ciudadana Leidy Yohanna Montaña Hernández identificada con la cédula No. 35.537.206.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONADO:

La acción instaurada es contra Pablo Giovanni García Latorre propietario del Establecimiento de Comercio Restaurante Dulce Capricho de Facatativá.

**DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS
O AMENAZADOS:**

Considera la accionante que, con la actuación de la accionada, se vulneran sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada (sic), a la seguridad social, a la salud en conexidad el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:

Expuso la accionante que en enero de 2014, suscribió un contrato laboral con el accionado para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina en el Restaurante Dulce Capricho, el cual se renovaba anualmente y que se renovó el 29 de enero de 2015 período en el cual sufrió un accidente de trabajo al levantar un perol con papas que pesaba aproximadamente 50 libras cuando sufrió un fuerte dolor de espalda que reportó a su jefe inmediata, no obstante siguió con sus labores de ese día.

Que los días subsiguientes presentó fuertes dolores en la espalda y piernas por lo que acudió a su EPS donde le fue diagnosticada *discopatía lumbosacra e irradia en pierna*, diagnóstico del cual se derivaron unas restricciones médicas como no acurrucarse, agacharse o actividades que impliquen mirada baja, no levantamiento de cargas mayores a 5 KG, realizar pausas activas

cada 2 horas y no realizar actividades que requieran permanecer con la columna en flexión o permanecer de pie por espacio de más de una hora. Que el restaurante, realizó el reporte del accidente a la ARL SURA de manera extemporánea, no obstante se efectuó análisis del puesto de trabajo información que no pudo conocer y cuestionario que contestó la jefe inmediata y el accionado.

Que el 6 de agosto de 2015 y debido a los fuertes dolores, acudió a la EPS donde fue remitida a medicina laboral donde emanaron unas recomendaciones laborales sin embargo el 28 de agosto de 2015 el accionado dio por terminado el contrato laboral por lo que acudió al Ministerio de Trabajo y al juez constitucional en acción de tutela que fue de conocimiento del Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá dentro del radicado No. 2015-00373, autoridad que mediante sentencia de 24 de noviembre de 2015 concedió el amparo solicitado ordenando el reintegro al cargo que venía desempeñando así como el pago de los salarios dejados de cancelar y tener en cuenta las recomendaciones médicas ocupacionales.

Que el fallo fue cumplido por el accionado en enero de 2016 siendo reintegrada y sus prestaciones pagadas así como los aportes al SGSS hasta el presente año.

Que a comienzos de mayo del presente año, el accionado decidió suscribir otro sí al contrato de trabajo modificando la jornada laboral reduciendo el salario a \$438.901 lo cual desmejoraba sus condiciones salariales por lo que no accedió a esas pretensiones lo cual fue la causa para que el 26 de mayo se decidiera terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

Que la precitada decisión fue adoptada sin existir una justa causa, sin solicitar autorización al Ministerio del Trabajo, sin tener en cuenta su estado de debilidad manifiesta derivada de sus patologías, las cuales no han tenido mejoras lo cual la ha afectado no solo en su columna sino en las piernas y le ha generado problemas de índole psiquiátrico y psicológico pues ha presentado eventos de estrés, insomnio y fuertes dolores de cabeza.

Que el accionante le depositó en su cuenta bancaria una suma de dinero aduciendo que allí se encuentran las acreencias laborales que devienen de la terminación del contrato y la indemnización sin embargo, considera que eso no restablece los derechos que le están siendo vulnerados ya que afronta quebrantos de salud, deudas y compromisos que no ha podido cumplir aunado a que por sus patologías es difícilmente contratada en otra empresa.

PETICIÓN DE TUTELA

La accionante solicitó como pretensiones las siguientes:

“TUTELAR mis derechos al Trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, a la salud en conexidad el derecho fundamental a la vida, a la dignidad humana: en consecuencia, ORDENAR al señor PABLO GIOVANNI GARCIA LATORRE representante legal del RESTAURANTE DULCE CAPRICHIO:

PRIMERO: Que sea restablecido mi contrato laboral y la reintegración al mismo cargo que venía desempeñando.

SEGUNDO: Se realice el pago de los salarios dejados de percibir a causa del despido sin justa causa, se paguen las respectivas prestaciones sociales y el cubrimiento de la seguridad social, como si nunca hubiera dejado de laborar.

TERCERO: Ordenar al señor PABLO GIOVANNI GARCIA LATORRE representante legal del RESTAURANTE DULCE CAPRICHIO abstenerse de hacer tratos discriminatorios a mi persona por mis condiciones de salud.”

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

La acción fue radicada el día 5 de junio de los corrientes, mediante auto de 8 de junio siguiente, se dispuso su admisión y el decreto de las pruebas.

Integrado el contradictorio y transcurrido el término de traslado, ingresó la acción para proferir la sentencia.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Notificada la demandada, se pronunció de la siguiente manera:

Pablo Giovanni García Latorre propietario del Establecimiento de Comercio Restaurante Dulce Capricho

Manifestó que en efecto suscribió un contrato con la accionante en el mes de enero de 2014 por el término de 10 meses y nunca se dispuso la renovación, que el contrato al que se refiere la demandante tuvo como fecha de inicio el 29 de enero de 2015 es decir tres (3) meses después de la culminación del primer acuerdo.

Que no es cierto que la accionante haya sufrido el accidente en la fecha que señala en la demanda pues en efecto ésta informó de un evento que según comunicación de 21 de julio de 2015 ocurrió el 8 de septiembre de 2014, es decir, lo informó a la empresa 10 meses después de su presunta ocurrencia pues incluso sus compañeras nunca refirieron esa circunstancia o un testigo que así lo acredite de tal forma que la extemporaneidad en el reporte no es atribuible al restaurante sino a la accionante quien comunicó hasta esa fecha la ocurrencia del mismo.

Que la trabajadora nunca indicó de sus dolencias subsecuentes no obstante sí allegó unas recomendaciones que le fueron expedidas y que la remisión de ese documento fue el 24 de julio de 2015 fecha desde la cual se les dio cumplimiento, las cuales fueron reiteradas en comunicación del 6 de agosto de mismo año sin que desde ese momento se volvieran a comunicar oficios médicos que dejaran ver que las restricciones hayan continuado vigentes hasta la fecha lo cual en interpretación armónica con la ausencia de incapacidades recientes deja ver que su condición de salud actualmente es totalmente diferente a aquella que ostentaba en el año 2015.

Que una vez conocido el evento del presunto accidente, informó a la ARL SURA quien llevó a cabo un análisis de puesto de trabajo oportunidad en la que el restaurante se limitó a atender los requerimientos que le fueron solicitados siendo estas personas quienes llenaron en su totalidad los documentos relacionados con el estudio.

Que en esa oportunidad de acuerdo con las facultades del empleador, decidió terminar el contrato por lo que la accionante acudió al Ministerio de Trabajo en donde se estableció que se había hecho uso objetivo y razonable de la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo al cumplirse la vigencia del mismo el día 29 de septiembre de 2015.

Que no es cierto que se le haya indicado que se iba a realizar otro sí al nuevo contrato de trabajo, que lo ocurrido tuvo directa relación con la situación económica que están atravesando muchas empresa debido a la emergencia sanitaria por lo que se dispuso concertar con los empleados una reducción temporal de la jornada laboral para mantener los puestos de trabajo ante lo cual la accionante no estuvo de acuerdo aún cuando se les estaba cancelando el salario sin exigirles la prestación personal del mismo.

Que no era necesario solicitar autorización al Ministerio de trabajo para dar por terminado el contrato sin justa causa toda vez que desde el 21 de febrero de 2020 la accionante no ha presentado ninguna incapacidad y que no hay elementos de juicio que permitan señalar que se encuentra con afectaciones de salud pues valga anotar que esa incapacidad fue por el término de 1 día y que para presentar un panorama general de la situación es necesario indicar que la totalidad de las incapacidades de los seis meses anteriores a la contestación de la tutela, incluida la que se relaciona no superan los 5 días.

Que desde la ocurrencia del presunto accidente a la fecha, en condiciones de normalidad no se vio que la trabajadora estuviese afectada por condiciones de salud que limitan el desarrollo ordinario de sus funciones por lo que era imposible ver para el empleador que ella estuviera enfrentando alguna condición de salud especial por lo que puede deducirse que tal como es el objetivo de los tratamientos médicos, la trabajadora logró de forma notable la curación de la afectación que en algún momento le impidió cumplir con sus funciones luego la terminación la laboral no tiene relación con su condición de salud.

Que no es cierto que se le haya consignado una suma de dinero en su cuenta bancaria, que por el contrario el 26 de mayo como anexo a la carta de terminación laboral se notificó que estaba a su disposición el cheque No. 17226-3del Banco Davivienda que contenía el valor relacionado con las

acreencias laborales generadas incluida la indemnización por despido sin justa causa por valor de \$12.181.944, lo cual equivale a más de un año de salarios.

Que en el año 2015, se profirió una sentencia de tutela que en su parte resolutive señalaba la protección de los derechos fundamentales de la demandante y su reintegro al trabajo con una vigencia de 4 meses siempre y cuando la accionante pusiera en marcha la acción judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral lo cual no hizo, por lo cual fue potestativo del empleador continuar disponiendo de los servicios de la accionante hasta la fecha en la cual le fue terminado su contrato de trabajo en razón a las consideraciones de tipo financiera y empresarial que ya se indicaron es decir, que esa decisión tuvo efecto transitorio 5 años atrás y requería para su consolidación que el juez ordinario se pronunciara lo cual no ocurrió de manera que no puede utilizarse hoy como fundamento del reintegro.

Que lo anterior, demuestra la buena fe del establecimiento en tanto la accionante no acudió al juez ordinario pero le garantizó su vinculación hasta cuando fue posible dadas las vicisitudes propias de la actualidad que ha traído la necesidad de adoptar lamentables decisiones plenamente avaladas por la ley y que en ningún caso constituyen un proceder discriminatorio por parte de la empresa.

Finalizó diciendo que la acción es improcedente y que la estabilidad laboral tiene unos límites que deben reconocerse.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

En criterio del despacho, el problema jurídico se concreta a determinar si el comerciante accionado ha incurrido en vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la demandante, al dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito el 29 de enero de 2015, sin tener en cuenta su estado de salud y las recomendaciones ocupacionales que le habían sido expedidas.

Previo a resolver este interrogante, el despacho tendrá que ocuparse de establecer si la acción impetrada es procedente o no.

CONSIDERACIONES:

DE LA NATURALEZA Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Carta Política, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial,

salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

El ejercicio de este dispositivo procesal, así establecido por el constituyente, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, precisando en su artículo 2º, que los derechos objeto de protección, son aquellos consagrados como fundamentales en la Constitución Política, o los que por su naturaleza permitan su amparo en cada caso concreto.

Entre tanto, el artículo 6º ibídem, señala que la Acción de Tutela no procede en los siguientes casos: (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un perjuicio irremediable; (iii) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (iv) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Pues bien, en el caso concreto la demandante solicita la protección de los fundamentales a la estabilidad laboral reforzada (sic), a la seguridad social, a la salud en conexidad el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana por lo que procede el juzgado a analizar sobre la procedencia de la acción.

Legitimación por activa

En efecto, la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

La accionante informa ser la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actúa por sí misma al haberse dado por terminado el contrato de trabajo que suscribió con el comerciante Pablo García propietario del establecimiento Dulce Capricho el 29 de enero de 2015.

Legitimación por pasiva

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que hayan violado o amenacen violar un derecho fundamental.

En el sub judice, la acción de tutela se dirige contra Pablo García propietario del establecimiento Restaurante Dulce Capricho quien actuó como empleador de la accionante.

En consecuencia, se reúne el requisito de legitimación por pasiva pues los hechos en que se fundamenta la acción se concretan en la terminación del contrato de obra o labor suscrito el 29 de enero de 2015 y que fue dado por terminado por el empleador sin justa causa el 26 de mayo de 2020.

Inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador.

En este caso, se observa que la demandante fue desvinculada el 26 de mayo hogaño y presentó la acción de tutela, el 5 de junio de 2020 por lo que resulta del caso indicar que transcurrió un tiempo mínimo entre la actuación que a su juicio le causa el perjuicio y la solicitud de amparo por lo que a juicio del despacho, y conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, éste resulta ser un término razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo.

Subsidiariedad

Respecto de las acciones interpuestas para obtener el reintegro de un trabajador, la Corte Constitucional ha sido iterativa en señalar que en principio, la tutela no es la vía judicial idónea para resolver este tipo de controversias al existir los mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, de acuerdo con la forma de vinculación; sin embargo, también ha señalado la Corporación, que el examen de procedencia debe ser menos estricto cuando se encuentran comprometidos los derechos de sujetos de **especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta**.

En efecto, en la sentencia T-151 de 2017 se indicó que: *“la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, [...] de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”*. (Subrayas del despacho).

En esa misma sentencia, la Corte precisó que circunstancias como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta.

En el mismo sentido, en sentencia T-405 de 2015 se sostuvo que la regla que desarrolla el principio de subsidiariedad no es absoluta, ya que excepcionalmente y con carácter extraordinario la acción de tutela se muestra como el mecanismo apto para la protección inmediata, *“cuando quiera que se involucren los derechos de sujetos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o de aquellos que tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada*. Lo mismo si se tratara el asunto de grupos históricamente discriminados.

Así mismo, en la sentencia T-442 de 2017 consideró que *“en los eventos en los que las circunstancias particulares del caso constituyen un factor determinante, es posible que la acción de tutela pase a otorgar directamente el amparo pretendido, ya sea de manera transitoria o definitiva, a pesar de existir mecanismos ordinarios de protección a los que sea posible acudir.”*

También, en sentencia T-317 de 2017 destacó la Alta Corporación, que: *“en aquellos casos en los que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta y sea desvinculado de su empleo sin autorización de la oficina del trabajo o del juez constitucional, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección principal”*.

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

Consecuencia de lo anterior, este despacho debe ocuparse de verificar si la señora Leidy Yohanna Montaña Hernández, es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada o hace parte de un grupo poblacional de especial protección para que la acción impetrada resulte procedente.

En este punto, en sentencia T-041 de 2019 entre otras, la Corte Constitucional refirió lo siguiente:

“El derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución, constituye un principio que rige todas las relaciones laborales; dicho mandato se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como justa”.

11. Ahora bien, con fundamento en la interpretación armónica de al menos cuatro preceptos constitucionales, la protección general a la estabilidad en el empleo se refuerza cuando el trabajador “es un sujeto susceptible de discriminación”, o cuando por sus condiciones particulares “puede sufrir grave detrimento de una desvinculación abusiva”

En primer lugar, del artículo 13 superior se extrae que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, quienes merecen una especial protección “con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad”.

Por su parte, los artículos 47 y 54 constitucionales establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; en cuarto lugar, el artículo 95 establece el deber de obrar conforme al principio de solidaridad ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas.

Así mismo, diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han consagrado esta garantía; verbigracia, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(...)

13. Pero ¿quiénes pueden ser considerados como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud? Al respecto, esta Corporación ha establecido que un trabajador que: “i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’.” (Negritillas originales, subrayas fuera de texto).

En este orden, el presente análisis parte de la existencia de un contrato laboral entre las partes, que data del 29 de enero de 2015 el cual tuvo una duración inicial de 4 meses hasta el 28 de mayo de 2015 el cual se vino prorrogando hasta el pasado 26 de mayo de 2020, cuando el empleador, hoy accionado, decidió darlo por terminado sin justa causa.

En este punto valga mencionar que esta relación laboral terminó el 29 de octubre de 2015 no obstante dicha terminación fue dejada sin efecto en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de esta ciudad el 24 de noviembre de 2015 dentro del radicado No. 2015-373, decisión que fue confirmada por el superior funcional el 13 de enero de 2016. Esta decisión en su parte resolutive indicó:

TERCERO: La presente decisión tendrá una vigencia inicial de cuatro (4) meses, tiempo durante el cual la accionante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, para reclamar aquellos derechos laborales que considere afectados en razón de la conducta asumida por su empleador. La orden de tutela se mantendrá vigente con posterioridad a los cuatro (4) meses únicamente si la accionante pone en marcha la acción judicial ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Es decir, que los efectos de la protección constitucional irrogada en esa oportunidad, tenían como extremo temporal hasta el 24 de marzo de 2026 **si y solo si**, la interesada acudía a la jurisdicción ordinaria laboral a impetrar la acción correspondiente para determinar la legalidad del despido pues la protección solamente lo fue como mecanismo transitorio al haberse acreditado la protección por el fuero de estabilidad laboral.

La accionante, nada indica sobre la interposición de la precitada acción ordinaria, por su parte, el accionante hace saber que dicha acción no fue intentada sin que la demandante se oponga a tal manifestación y tampoco advierte este juzgado elementos de juicio que permitan señalar que la afirmación del empleador no corresponda a la verdad, luego partirá este juzgado del supuesto de que la demandante no intentó la acción ordinaria luego la protección constitucional otrora concedida, quedó sin efecto el día señalado 24 de marzo de 2016.

No obstante, en dicha oportunidad, la accionante se hallaba vinculada laboralmente como se desprende de la probanza y ella misma informa en la demanda, percibiendo su salario y prestaciones con normalidad hasta el 26 de mayo anterior cuando el empleador le comunicó la terminación sin justa causa evento al cual se concreta esta nueva acción constitucional.

Partiendo de este análisis, se tiene conforme a la probanza que la accionante el 26 de mayo de 2020 no se hallaba incapacitada ni tenía en curso procesos relacionados con el área de medicina laboral pese a que sí se advierte que otrora fue diagnosticada con *trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía*.

En efecto, la accionante aportó copia de varias atenciones médicas las cuales consisten en exámenes de aptitud laboral de 8 de febrero de 2016 y 5 de abril de 2016 ambos con recomendaciones y constancias de atención y exámenes de diagnóstico de fechas 28/5/2015; 28/6/2015; 27/7/2016; 4/8/2016 y 24/8/2016.

Después de esta fecha, no aparece en el expediente ningún medio de convicción que permita afirmar que la accionante se encuentra atravesando un proceso de tratamiento o de determinación de origen de su enfermedad o de análisis de pérdida de capacidad laboral, mucho menos, se itera, que para la fecha del despido estuviera incapacitada.

No pasa desapercibido el despacho que en el expediente obra copia de la comunicación emanada de CAFESALUD acerca de la determinación del origen de la patología de la accionante como **enfermedad común** de fecha 30

de junio de 2016, sin embargo no obra documento o elemento de juicio que indique que esta determinación fue objeto de apelación o que se siguió el procedimiento para la determinación o asunción de las prestaciones asistenciales o económicas que pudieran corresponder a los actores del sistema de seguridad social entiéndase EPS, ARL o AFP.

De otra parte, no obra en el expediente que la accionante tenga alguna condición como la de adulto mayor, mujer cabeza de hogar, hijos menores o discapacitados o a cargo, desplazada, afrodescendiente u otra que flexibilice el análisis del requisito de subsidiariedad, valga anotar en este punto que además de las situaciones de salud la accionante afirma que el monto de la liquidación laboral no es suficiente para atender sus deudas y otros compromisos que no ha podido atender, sin embargo, estas circunstancias no son atribuibles al empleador pues la asunción de deudas y/o compromisos competen únicamente a la esfera personal de la accionante, para lo que interesa al tema constitucional, es que a la accionante le fue entregada una suma superior a los doce millones de pesos que a juicio de este despacho dado el salario que devengaba la demandante mensualmente, puede garantizar su subsistencia básica que es lo que corresponde al mínimo vital.

Ahora, es de resaltar que este juzgado ordenó oficiar a la EPS MEDIMÁS para establecer sobre el registro de incapacidades de la demandante y si su patología se maneja o ha manejado por el servicio de medicina laboral ante lo cual se obtuvo la siguiente información:

Motivo Direccionamiento: GENERAR RESPUESTA Comentario Gestión: NO PRESENTA SOPORTE DE LA HISTORIA CLINICA ACTUALIZADA. (LA HISTORIA CLINICA ANEXA CORRESPONDE AL AÑO 2015 Y 2016) EN DONDE SE EVIDENCIE LA EVOLUCION, LOS TRATAMIENTOS PLANTEADOS, LAS SOLICITUDES REALIZADAS POR MEDICO, NI REGISTRO DE ANTECEDENTES QUE PUEDAN DEMOSTRAR EL TIEMPO DE EVOLUCION DE LA ENFERMEDAD NI QUE PROCESOS LE HAN REALIZADO EN EL PASADO PARA JUSTIFICAR OTRAS POSIBILIDADES DIAGNOSTICAS, ESTUDIOS Y TRATAMIENTOS QUE HAYA RECIBIDO. NO SE REGISTRAN LOS SOPORTES DE LOS MEDICAMENTOS ORDENADOS, TAMPOCO LOS SOPORTES DE LAS AYUDAS DIAGNOSTICAS Y ALGUN CONCEPTO DE MEDICINA LABORAL. POR LO TANTO, NO SE ENCUENTRA PERTINENCIA EN LA SOLICITUD LA SOLICITUD NO ES PERTINENTE PORQUE DENTRO DE LAS FUNCIONES DE LA EPS NO ESTA EL CUSTODIAR LA HISTORIA CLINICA DE LOS AFILIADOS. LA PRINCIPAL FUNCION ES PROMOVER LA AFILIACION Y REGISTRO DE LAS PERSONAS AL SISTEMA DE SALUD CON EL RECAUDO DE LAS COTIZACIONES. ADEMAS ORGANIZAR LOS MECANISMOS A TRAVES DE LOS CUALES LOS AFILIADOS PUEDAN ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD, LO CUAL ES PRINCIPALMENTE REALIZANDO CONTRATOS CON LAS IPS PARA QUE SEAN ATENDIDOS. SON ESTAS ULTIMAS LAS ENCARGADAS DE LA CUSTODIA DE LA HISTORIA CLINICA Y A QUIEN SE LE DEBE SOLICITAR A LA FECHA SE VALIDA EN LOS APLICATIVOS DE MEDIMÁS EPS CONSULTA INTEGRAL HABILITAR WEB. LA SEÑORA SE ENCUENTRA EN ESTADO DE AFILIACION RETIRADO TRASLADO A OTRA EPS. DE ACUERDO CON LO ESTIPULADO POR LA RESOLUCIÓN 2379 DEL 15 DE MAYO DE 2020 QUE ANUNCIO LA REVOCATORIA PARCIAL DE FUNCIONAMIENTO DE NUESTRA EPS DONDE MEDIMAS EPS DEBERA ENTREGAR AL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y SUPER INTENDENCIA DE SALUD DE ACUERDO A LA NOTIFICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ESTA RESOLUCION LAS BASES DE DATOS DE LOS AFILIADOS DE LOS DEPARTAMENTOS DE ARAUCA, ATLANTICO, BOLIVAR, CAUCA, CUNDINAMARCA, GUAINIA, LA GUAJIRA Y MAGDALENA, RAZÓN DEL TRASLADO DEL USUARIO

Es decir, que la EPS a donde se encontraba afiliada la accionante tampoco pudo remitir información relacionada con la historia clínica -distinta a los años 2015 y 2016- e incapacidades expedidas específicamente al mes de mayo de 2020 luego no obran elementos probatorios que permitan ubicar a la demandante por motivo de salud, como beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.

De otra parte, no pasa desapercibido el despacho que en lo que tiene que ver con los servicios de salud, la accionante y su núcleo familiar se encuentran amparados por los servicios de salud de la siguiente manera conforme al Decreto 2353 de 2015 que en su artículo 66 establece:

“ARTÍCULO 66. Período de protección laboral. Cuando el empleador reporte la novedad de terminación del vínculo laboral o cuando el trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad, el cotizante y su núcleo familiar gozarán del período de protección laboral hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del período o días por los cuales se efectuó la última cotización.

Durante el período de protección laboral, el afiliado cotizante y su núcleo familiar tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios por el período de un {1} mes cuando haya estado inscrito en la misma EPS como mínimo los doce (12) meses anteriores y de tres (3) meses cuando haya estado inscrito de manera continua durante cinco (5) años o más.

Cuando durante el período de protección laboral al afiliado se le otorgue el Mecanismo de Protección al Cesante previsto en la Ley 1636 de 2013 y en el Capítulo 1, del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el período de protección laboral cesará.”

No pasa por alto tampoco el despacho que a la EPS MEDIMÁS le fue revocada parcialmente su autorización de funcionamiento entre otros en el Departamento de Cundinamarca razón por la cual la accionante fue trasladada a la EPS, como se desprende de la base de datos de la ADRES y de lo informado por MEDIMÁS, a partir del 1 de junio anterior¹:

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNA 1	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NUMERO DE IDENTIFICACIÓN	35537206
NOMBRES	LEYDI YOHANNA
APELLIDOS	MONTANO HERNANDEZ
FECHA DE NACIMIENTO	04/04/99
DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA
MUNICIPIO	FACATATIVA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACION EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACION DE AFILIACION	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	COMPENSAR E.P.S.	CONTRIBUTIVO	01/06/2020	31/12/2999	COTIZANTE

Lo anterior, no implica tampoco desprotección pues para estas situaciones se estableció la continuidad del servicio de salud en el Decreto 780 de 2016

1
https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=Cx+tlqXPL84Na+Ydeg8nMg==

mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social que en lo pertinente señala:

“ARTÍCULO 2.1.11.6 Obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud receptoras. Además de las obligaciones propias de la organización del aseguramiento, las EPS que reciban los afiliados a través del mecanismo de asignación previsto en el presente título, a partir del primer día hábil siguiente a la recepción de los afiliados, deberán:

1. Disponer, a través de su página web y de un medio de comunicación de amplia circulación: a) Los números telefónicos; b) Las direcciones electrónicas; c) El sitio web; d) La dirección de las sedes de la EPS donde pueden contactarse los afiliados; e) La fecha a partir de la cual la entidad se hará responsable de la prestación de los servicios de salud; y f) El derecho que le asiste al usuario de hacer uso de la libre elección después de noventa (90) días calendario contados a partir de la efectividad de la asignación.

2. Informar a los aportantes, a través de un medio de comunicación de amplia circulación: a) Los lugares en que asumirá las funciones de aseguramiento; b) Las direcciones de las sedes de la EPS y direcciones electrónicas de contacto; y c) Los números telefónicos de contacto a través de los cuales se ofrecerá atención e información sobre los afiliados asignados.

3. Informar a los pacientes con patologías de alto costo y madres gestantes, la red prestadora de servicios de salud disponible, responsable de garantizar la continuidad en la atención en salud.

4. Adelantar de forma previa a la efectividad de la asignación, los procesos de contratación necesarios a fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a la población que le fue asignada.

(..)

ARTÍCULO 2.1.11.10 Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Las EPS receptoras de afiliados a quienes las EPS de donde provienen les hubiesen autorizado servicios o tecnologías en salud que a la fecha de asignación no hayan sido garantizados, deberán prestarlos dentro de los 30 días calendario siguientes a la efectividad de la asignación, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención.

En el caso de servicios y tecnologías autorizados no financiados con cargo a la UPC, la EPS receptora garantizará la continuidad del tratamiento. Así mismo deberá continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales. En ningún caso se podrán requerir trámites adicionales al afiliado.

A los pacientes con patologías de alto costo, madres gestantes y afiliados hospitalizados, la EPS deberá garantizar la oportunidad y la continuidad en la atención en salud de manera inmediata.”
(Subrayas del despacho).

Como se observa, la EPS receptora de los afiliados, en este caso COMPENSAR EPS, cuenta con un término para prestar los servicios que requiera la demandante a partir del día hábil siguiente a la efectividad de la asignación **siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente**, en el caso, ya se dijo, la formalización de la asignación según la BDUA de la ADRES ocurrió el 1 de junio de 2020.

Así las cosas, a juicio de este despacho, no se configuran los requisitos de la estabilidad laboral reforzada en la situación de la accionante de manera que se encuentra en posibilidad de soportar la carga del trámite del proceso ordinario en la jurisdicción Ordinaria Laboral para establecer la legalidad de la terminación de su contrato de trabajo.

En este punto, es necesario indicar que en la actualidad los términos judiciales se hallan suspendidos, no obstante mediante Acuerdo PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura, estableció que éstos serán restablecidos a partir del 1 de julio del presente año en todas las especialidades, es decir, en cuatro días hábiles después de proferida esta sentencia de tal forma que la accionante podrá acudir a la vía ordinaria en un corto lapso para que allí, se decida por el juez natural, la legalidad del despido pues es evidente que tiene a disposición ese mecanismo judicial el cual resulta ser efectivo e idóneo máxime cuando a su acción no le están afectando los términos de caducidad o de prescripción dada la fecha de ocurrencia del despido, mismos que en todo caso, dado el estado de excepción por emergencia sanitaria, han sido dejados a salvo por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, ante la ausencia de la presunción de estabilidad laboral reforzada, la acción impetrada se declarará improcedente al no agotarse el examen de subsidiariedad quedando la demandante en libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para definir el fondo del asunto, carga que este juzgado encontró le resulta posible soportar.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta por Leidy Yohanna Montaña Hernández contra Pablo Giovanni García Latorre propietario del establecimiento de comercio Restaurante Dulce Capricho, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Comunicar por medios electrónicos a las partes la determinación adoptada en este fallo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Lo anterior en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 según el cual se debe preferir el uso de las tecnologías de la información a disposición del despacho para cumplir con las actuaciones procesales.

TERCERO: Contra el presente fallo de tutela procede la impugnación, dentro de los 3 días siguientes a la notificación, como lo estipula el artículo 31 ídem.

La impugnación, en caso de ser propuesta se recibirá por medios electrónicos a la cuenta jcmpalfac@cendoj.ramajudicial.gov.co conforme a los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura, el trabajo presencial no se encuentra habilitado en la sede judicial.

CUARTO: En firme esta sentencia y una vez se levante la suspensión de términos para selección de tutelas, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**YUDI MIREYA SANCHEZ MURCIA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE FACATATIVA**

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:

2d713f2c670985ff27fcb9fd464f11607670ab3133e90fb42ad8c43056234314

Documento generado en 23/06/2020 11:50:38 AM