



San Gil, Veintinueve (29) de Mayo de Dos Mil Veinte (2020)

Sentencia No. 022 Radicado 2020-00022-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibídem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora **ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO**, identificada con la Cedula de Ciudadanía número 1.100.974.070 expedida en la San Gil - Santander en contra de **JUAN SEBASTIAN ACEVEDO PORTILLA**, Representante Legal de la **SERVITECA SAN GIL PLAZA**

I. ANTECEDENTES

La prenombrada ciudadana interpone acción de tutela en contra de la empresa particular anteriormente mencionada, buscando la protección del Derecho Fundamental a la subsistencia, vida, al trabajo, derecho a recibir un trato digno y derecho a la seguridad social.

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual sustenta el amparo impetrado, se resume de la siguiente manera:

- Según la accionante desde el día 18 de febrero de 2020, labora para la Serviteca San Gil Plaza, cuyo Representante Legal es el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, con un contrato inicial de 3 meses, el cual fue prorrogado sucesivamente, sin que haya existido solución de continuidad, por lo que considera que hora es un contrato a término fijo por un año.
- Sostiene la demandante que debido a la pandemia Covid 19, el día 20 de marzo terminando la jornada laboral el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le manifestó que debía ejercer teletrabajo a partir del día 21 de marzo debido a la emergencia sanitaria
- Cuenta que para el día 23 de marzo, el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le dijo que debía estar en la empresa a las 8:00 am del día 24 de marzo, para alistar lo que necesitara en su casa para laborar y que de ese día en adelante debía ejercer teletrabajo.
- Asevera que teletrabajó desde el día 24 de marzo en adelante, pero que también se desplazaba a la empresa para realizar facturas manuales, nómina y cotizaciones cuando se lo solicitaban; dice que el día 31 de marzo la citaron para cancelar nomina, pero sobre las 6:00 pm recibió una llamada del señor Víctor Portilla, Contador de la empresa, quien le manifestó que debido a la situación de la pandemia los empleados debían colaborar con la empresa, proponiéndole llegar al acuerdo de seguir pagando prestaciones sociales pero no sueldos.
- Dice la demandante que el día 01 de abril le escribió al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla para plantearle su forma de colaborar a la empresa, que consistía en que se efectuara el pago de quinientos mil pesos (\$500.000) de sueldo mensual y que no pagaran prestaciones sociales, por lo que el día dos (02) de abril en la empresa, habló con el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, quien según la accionante accedió a la propuesta.



- Menciona la tutelante que el día 03 de abril recibió la orden de llamar al Ministerio de Trabajo para realizar la solicitud de suspensión de contratos, pero después de realizar la llamada le comunicó que no estaban autorizando suspensiones, que si se enviaba la solicitud esta podría demorarse aproximadamente dos meses para dar respuesta y que la empresa debía agotar todas las opciones aconsejadas por el Ministerio de Trabajo para evitar suspender o despedir a los trabajadores; según la accionante el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le dijo que no realizara ninguna solicitud y le impartió ordenes sobre otros trabajadores.
- Asegura la peticionaria que los días posteriores realizó teletrabajo con normalidad acatando lo que le indicaba el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla y adelantando la documentación del proceso del SENA, pero el día 17 de abril el señor Juan Sebastián le indicó que trasladara a la empresa las cosas que había llevado a la casa para teletrabajo, que a partir de ese día no haría teletrabajo y que tampoco debía ir a la empresa a cumplir horario laboral, por lo debía estar disponible para cuando la necesitara; según la accionante estuvo colaborando con cotizaciones, procesos de pagos y facturación que le requerían los clientes y a su vez todo lo que le indicaba su jefe el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla.
- Afirma la suplicante que el día 30 de abril, por indicaciones de su jefe, tuvo que ir a la empresa a realizar algunos documentos, en últimas para firmar un preaviso con fecha de enero de 2020, en donde se le indicaba que su contrato terminaba el 18 de febrero de 2020, pero según la trabajadora le dijo a su empleador que solo firmaría ese documento si él le entregaba un contrato nuevo que empezara desde el día 18 de febrero de 2020, a lo que el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le dijo que mejor le iba a pasar una suspensión ya que no quiso colaborar firmando el preaviso y que él no le va firmar otro contrato.
- Alega que el 20 de abril de 2020, llegó a su correo la suspensión, por lo que el día 04 de mayo se comunicó con el Ministerio de Trabajo para comentar su caso; posteriormente por correo certificado y correo electrónico envió al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla la carta de no aceptación de la suspensión, planteándole alternativas de solución para poder conservar su trabajo como sustento económico para su supervivencia. Como prueba de lo enunciado dice allegar audio AUD-20200517-WA0023.
- Arguye que el día 06 de mayo de 2020, a raíz de su manifestación escrita de no aceptar la suspensión, el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, Representante Legal – Serviteca San Gil Plaza le envió una citación a audiencia de descargos, endilgándole actuaciones que no son ciertas y otras que son de exclusiva responsabilidad de él. Asistió y contestó las preguntas que le formularon, pero a la hora de firmar observo que ya tenían elaborada dentro de la misma acta la imputación de cargos por las supuestas faltas cometidas, sin que se le corriese traslado de dicha actuación para poder controvertir y poder defenderse de una forma adecuada.
- Asevera que desde el 01 de mayo de 2020 no ha percibido salarios, lo que le está afectando su mínimo vital, ya que no ha podido comprar alimentos para su subsistencia y que no se encuentra afiliada al régimen contributivo.
- Dice que el Gobierno Nacional en su página oficial ha manifestado que las empresas deben garantizar el acceso al teletrabajo, además ha establecido el subsidio de nómina para las empresas y que es un hecho irrefutable que el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, Representante Legal – Serviteca San Gil Plaza, realizó una suspensión arbitraria e ilegal de su trabajo, sin autorización por parte del Ministerio de Trabajo, sin explorar otras alternativas antes de tomar dicha decisión y que al no estar abiertos los juzgados laborales no tiene otro mecanismo de protección de sus derechos, en forma expedita.



Como soporte de lo dicho allego copia de los siguientes documentos:

- Archivo 2020 acción de tutela mínimo vital zuly.pdf
- Archivo 1100974070.odt
- Archivo AUD-20200517-WA0023.opus
- Archivo CamScanner 05-20-2020 15.13.26.pdf
- Archivo IMG-20200518-WA0002.jpg
- Archivo IMG-20200518-WA0005.jpg
- Archivo IMG-20200518-WA0051.jpg
- Archivo IMG-20200518-WA0052.jpg
- Archivo IMG_20200508_102812.jpg
- Archivo IMG_20200508_102823.jpg
- Archivo respuesta de suspensión de contrato zuly lizcan...
- Archivo VID-20200518-WA0054.mp4
- Archivo VID-20200519-WA0034.mp4

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante es que se ordene en forma inmediata al señor **JUAN SEBASTIAN ACEVEDO PORTILLA REPRESENTANTE LEGAL – SERVITECA SAN GIL PLAZA**, o quien haga sus veces, que proceda a realizar su reintegro, cancelar las sumas de dinero adeudadas por concepto de salario, efectuar los aportes a seguridad social, respetando su dignidad como persona, que cese los actos de acoso laboral, se le dé un trato digno y se le respeten sus derechos laborales.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto¹, este Despacho mediante auto del 20 de mayo de 2020² admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que se pronunciara al respecto y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción.

De la misma manera, se vinculó al **MINISTERIO DEL TRABAJO** y a la **INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE SAN GIL**, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, presentaran las pruebas que consideraran pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción.

Las notificaciones se surtieron en debida forma a través de correo electrónico.³

Mediante mensaje electrónico del 25 de mayo avante, la accionante acuso recibido del auto admisorio de la tutela y manifestó que no observó que se le haya hecho requerimiento a la parte demandada para que aportara los documentos que solicitó como pruebas: Contrato de trabajo, lanillas de pago de nómina de abril, y anexa un pantallazo de la conversación con el funcionario del Ministerio de trabajo el señor Ismael, al número telefónico 3164813898, cuando estuve realizando la consulta de la suspensión que me envió su jefe.⁴

¹ Folio 3 y 12

² Folio 13-14

³ Folio 16-19

⁴ Folio 20



III. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

La **SERVITECA SAN GIL PLAZA-** NIT 901212654-0, a través del señor JUAN SEBASTIAN ACEVEDO PORTILLA, identificado con cédula de Ciudadanía No. 1.095.907.199 de Girón- Santander, Representante Legal de la accionada, frente a los hechos manifestó⁵ que la accionante se encuentra trabajando desde el día 18 de febrero de 2019 y no desde el 28 de febrero de 2020, y que es cierto que se suscribió dicho contrato a término de 3 meses renovándose sucesivamente.

Dice la accionada que en ningún momento se le impartieron órdenes de ejercer teletrabajo y que se le indicó a la trabajadora que llevara el computador y las cosas necesarias para la disponibilidad de sus labores, como electrónicos y elaboración de facturas pendientes de pago, toda vez que ella era la auxiliar contable y administrativa.

Respecto de la llamada efectuada por el señor Víctor Portilla, contador de la empresa, es cierto que ante la situación de la pandemia mundial por Covid-19, se le preguntó cuál sería el acuerdo al que podría llegar con el empleador respecto del pago de sus salarios, pero no se llegó al mismo con la trabajadora, porque ella manifestó que tenía muchos compromisos como arriendo, pagos y que no podía acceder a ningún acuerdo, dice que la intención del empleador nunca fue dejar de pagar sus salarios, como lo pretende hacer ver la trabajadora, que como se evidencia en las pruebas ha cancelado sus prestaciones sociales y que fue la trabajadora la que en abuso de sus funciones se comunicó con Asopagos haciéndose pasar por tercera persona para solicitar el retiro de la misma y que luego de revisar el celular de la empresa en los primeros días de mayo; encontró un audio referente a lo anterior, procediendo a solicitar a Asopagos el reintegro a la seguridad social desde el día 01 de marzo de 2020, cuyo pago se efectuó el día 04 de mayo de 2020, ya que su intención siempre ha sido la de salvaguardar la salud y el bienestar de los trabajadores de la empresa, adjunta las panillas de los pagos correspondientes.

Dice que el día 02 de abril, verbalmente le solicitó a la trabajadora que enviará un correo electrónico al Ministerio del Trabajo para informar la suspensión del contrato laboral; haciendo caso omiso a dicha orden y que es cierto que le indicó que lo hiciera pero la trabajadora le manifestó como evidencia en captura del WhatsApp que no respondían.

Aduce que no es cierto que la trabajadora ejerciera teletrabajo, ya que le indico que debía ir a casa, con el computador, para que hiciera seguimiento de la postulación del SENA, lo que no hizo, impidiendo la II participación en dicho concurso aun a sabiendas de que se le había encomendado tal labor, evidenciando un total desinterés por cumplir las labores encomendada por el empleador, no encontrándose disponible para el empleador para cuando él lo requiriera y que es cierto que le pidió que se dirigiera la empresa porque necesitaba cancelar la nómina de los trabajadores, pero cuando se le solicitó las carpetas de los trabajadores, no se halló la carpeta de la tutelante, siendo ella quien sustrajo la carpeta de la empresa sin su consentimiento.

Asegura que lo del preaviso es falso, sabiendo las condiciones del contrato laboral suscrito, que fuera renovando desde el 18 de febrero de 2019 y que en cuanto a la suspensión se encuentra a la espera de la respuesta del Ministerio del Trabajo.

Que es cierto que se le citó a diligencia de descargos, para salvaguardar el debido proceso a la trabajadora por las actuaciones surtidas respecto del pago de seguridad social, entré otras situaciones presentadas; pero dichas actuaciones fueron revocadas.

Que si se encuentra vinculada a seguridad social y que se no se ha despedido a la trabajadora a quien se le solicitó el día 22 de mayo que se reincorporara a sus labores.

⁵ 21-26



Frente a las pretensiones, solicita que se desestimen por cuanto se le solicitó a la accionante que se reincorpore a sus labores a partir del 26 de mayo de 2020, entendiéndose con lo anterior que existe carencia actual del objeto por hecho superado, ya que se torna innecesaria la pretensión contenida en el amparo constitucional, teniendo en cuenta que no se ha vulnerado, ni amenazado el derecho fundamental argumentado por el accionante, para lo que cita la sentencia T 358 de 2014 y que con respecto al pago de salarios no ha recibido respuesta por el Ministerio del Trabajo respecto de la suspensión; sin embargo estará dispuesto a cancelar dichos salarios, pese a que no cuenta con flujo de caja, no tiene nómina de trabajadores, toda vez que todas las labores de la empresa las ejerciendo como representante legal.

Menciona que con respecto al acoso laboral, nunca ha efectuado acoso alguno, que lo que ha hecho es salvaguardar el debido proceso a la trabajadora y que frente al procedimiento de descargos; se revocaron las actuaciones adelantadas

Como pruebas dice aportar:

- Archivo de pago seguridad social.
- Archivo Soportes de conversaciones por vía WhatsApp.
- Archivo Audio de la trabajadora solicitando el retiro de seguridad social.
- Archivo Constancias de envío por correo certificado y correo electrónico revocando Archivo actuaciones adelantadas en proceso disciplinario administrativo.
- Archivo Correo recibidos por ministerio del trabajo, con radicados.

La INSPECTORA DE TRABAJO DE SAN GIL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, Abogada LUZ ADRIANA ACOSTA CASTRO, manifestó⁶ que no le constan ninguno de los argumentos fácticos manifestados por la accionante, por lo tanto, deberá probarse y que frente a las las peticiones formuladas por la accionante ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO, se hace necesario manifestar que de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 41, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 20, a los funcionarios del Ministerio del Trabajo, no les está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, como quiera que es una competencia atribuida a los Jueces de la Republica; sin embargo, ese Ministerio podría adelantar las actuaciones administrativas correspondientes, acorde con la competencia asignada por el mismo legislador, ante el presunto incumplimiento de las disposiciones laborales a que haya lugar por parte de su empleador.

Indica que durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio, las empresas y trabajadores pueden interponer sus quejas, peticiones o solicitudes mediante la página web www.mintrabajo.gov.co y hacer clic en el link “atención al ciudadano” y seleccionar la opción de peticiones, quejas y reclamos, señalando que en la Dirección Territorial de Trabajo Santander, con sede en la ciudad de Bucaramanga, bajo el radicado numero 05EE2020736800100003902 se encuentra solicitud de suspensión del contrato de la señora ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 1 del Artículo 51 del C.S.T., presentada por correo electrónico el día 06 de Mayo de 2020, petición que fue direccionada a la doctora YANETTE PADILLA DE PINZON para lo de su competencia.

Como fundamento jurídico señala que:

“... de conformidad con el Art. 3 de la Ley 1610 de 2013, son funciones principales de las inspecciones de trabajo; la función preventiva (1), la Coactiva o de

⁶ Folio 26-30



policía administrativa (2), la conciliadora (3), la de mejoramiento de la normatividad laboral (4), así como la de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas laborales del sistema general de riesgos profesionales y pensiones.

Que el artículo 1 de la Ley 1610 de 2013 radica la competencia general de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social de ejercer "(...) sus funciones de Inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional" y conocer "(...) de los asuntos individuales y colectivos del sector privado y de derecho colectivo del sector público". Ello es armónico con los artículos 17 y 485 del C.S.T., que establecen la función de vigilancia y control en el Ministerio del Trabajo y las autoridades administrativas del trabajo, con las normas del C.S.T. y demás disposiciones sociales.

Concordante el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1610 de 2013 establece como función principal de las Inspecciones de Trabajo, una función coactiva o de policía administrativa:

"2. Función Coactiva o de Policía Administrativa: Como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad".

Adicionalmente el numeral 2 del Art. 486 determina:

"Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias".

La función de policía, resaltada por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional por su carácter reglado, requiere "la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este". Esto es, "el ejercicio de competencias concretas asignadas por este a las autoridades administrativas de policía" De acuerdo con la Corte Constitucional, esta función se dirige a hacer cumplir jurídicamente las disposiciones legales a través de actos administrativos y de acciones policivas, como parte de la protección del orden público, la cual tiene varias manifestaciones, bien "en aquellos eventos en los cuales la autoridad administrativa ejerce su relación directa entre administración y administrado, o destinatario de la actuación, como cuando se limita a expedir una licencia" (a) "o a la definición de una situación concreta y precisa" (b), "con la expedición de disposiciones de carácter singular tales como órdenes, mandatos, prohibiciones, etc". (c) y la actividad de policía ejercida por los miembros de la "policía Nacional, que, en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público" y comportada la ejecución coactiva.

Lo anterior exige al Inspector de Trabajo y Seguridad Social adoptar medidas para la vigilancia y control de las normas del C.S.T. y las demás disposiciones en el sentido de los artículos 17 y 485 del C.S.T. En lo que no están facultados, según el numeral 1 del Art. 486 C.S.T. es "(...) para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión este atribuida a los jueces, aunque si para actuar en esos casos como conciliadores". Lo cual resulta armónico con el inciso segundo del artículo 486 C.S.T., que la función policiva laboral no suple ni debe suplir la función jurisdiccional, razón por la cual no define "conflictos jurídicos o económicos interpartes, atribuyendo o negando a cualquiera de los sujetos enfrentados, derechos o prerrogativas. (Manual Inspector de Trabajo).



De otra parte, El CST prevé en el numeral 1 del artículo 51 que la suspensión del contrato de trabajo procede: "por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución". Adicionalmente la segunda parte del numeral 2 del artículo 4072 del Decreto-Ley 2351 de 1965 establece que en "aquellos casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito" existe la obligación del empleador de "dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia".

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que el caso fortuito o fuerza mayor es distinto a la situación prevista en el numeral 3 del artículo 51 CST, referente a la suspensión de actividades o clausura temporal de empresas hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas, económicas u otras independientes de la voluntad del empleador - este es el caso, entre otros, de la suspensión del contrato de trabajo por razón de una grave situación económica de una sociedad-, y que de exceder este lapso deviene en la terminación del vínculo laboral.

La suspensión por fuerza mayor o caso fortuito, por el contrario, en el sentido del numeral 1 del mismo artículo 51 no tiene un término establecido. Sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha estipulado que no basta con que el hecho constitutivo de fuerza mayor y caso fortuito sea imprevisible, sino que además le coloque en la imposibilidad absoluta de atender las obligaciones contractuales o legales y el que sea temporal o pasajera y no indefinida, "de tal manera que cesadas las circunstancias que le dieron origen a la suspensión, pudiera reanudarse a la prestación del servicio por parte del trabajador". Además, de conformidad con la Sala de Casación Laboral, si bien la suspensión del nexo laboral no extingue el vínculo, ni lo modifica per se, se interrumpen es por el plazo previsto en la ley, las obligaciones principales de las partes de prestación de servicio y su retribución. Del mismo modo, teniendo presente que al estar suspendido el contrato de trabajo no hay una prestación efectiva del servicio, ni remuneración, no hay lugar a realizar cotizaciones al sistema general de pensiones y riesgos laborales. A contrario sensu, en cualquiera de los eventos contemplados en el artículo 51 CST de la suspensión del contrato, permanece de conformidad con el artículo 71 del Decreto 806 de 199878 la obligación por parte del empleador de cotización al sistema general de seguridad social integral, independientemente de que no haya lugar al pago de aportes por parte del afiliado. La Sentencia T-162 de 2004 de la Corte Constitucional reiteró la obligación de mantener las garantías mínimas para el trabajador en los casos de suspensión del contrato de trabajo, planteando que "al declararse la suspensión de los contratos laborales, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y como consecuencia de ello deja de percibir el salario que le corresponde, razón más que suficiente para afirmar entonces, que es el patrono quien tiene la obligación de continuar con la prestación del servicio en salud, ya que a consecuencia de la suspensión, el trabajador no se puede ver afectado en sus garantías laborales mínimas que se encuentran reconocidas en las normas laborales vigentes pues este ordenamiento jurídico busca proteger a la parte débil de la relación laboral que puede verse afectada en sus derechos e intereses". De igual forma, la Sentencia C-1369 de 2000 de la misma corporación estableció que "las consecuencias que según el artículo 53 del C.S.T., se derivan de la suspensión de los contratos de trabajo plantea problemas de orden constitucional, en atención a que como lo asevera el demandante, del ejercicio legítimo del derecho no se pueden derivar consecuencias negativas para su titular, como lo son el no pago de salarios, de ciertos derechos laborales que solo se causan por la prestación efectiva del servicio, y la posible afectación de los derechos derivados de la seguridad social". Por tanto, durante la suspensión del contrato de trabajo cesa la obligación del empleador de cancelar los salarios correspondientes, el trabajador queda cesante y se encuentra en circunstancias temporales similares a las que se ocasionan con la terminación del contrato de trabajo, debido a la imposibilidad de contar con los ingresos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, por lo que en virtud del artículo 13 constitucional y en aras de garantizar el derecho a la igualdad, se expidió el Decreto 1508 de 2014 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2852 de 2013 y se dictan otras disposiciones" el cual se encuentra hoy en día compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 del Sector Trabajo, a través del cual se estipuló que el mecanismo de protección al cesante cobija en los mismos términos previstos por la Ley 1636 de 2013 a los trabajadores que se encuentren en suspensión temporal



involuntaria del contrato de trabajo por las causales de fuerza mayor o caso fortuito y por la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, hasta por 120 días, previa autorización del Ministerio del Trabajo. El empleador que se encuentre en suspensión del contrato de trabajo por las causales de Ley deberá remitir certificación a la Caja de Compensación Familiar a la que se encuentre afiliado cada trabajador, en la cual informe la causal de suspensión y el periodo de esta, para los fines previstos por los artículos 46 y 47 del Decreto número 2852 de 2013.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social deberá verificar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito en los casos previstos en la ley. En el acta que se levante de la diligencia, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social se limitará a describir lo que observe sobre los hechos objeto de la comprobación y a dejar las constancias que considere procedentes. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia estableció en la Sentencia del 28 de noviembre de 200179 que, ante el caso fortuito o fuerza mayor, en el evento del numeral 1 del artículo 51 y en el del artículo 466 CST, es indispensable analizar y ponderar en cada caso o acontecimiento todas las circunstancias que rodearon el hecho de este fenómeno” (Manual del Inspector de Trabajo, pag. 152, 153, 154).

El Ministerio del Trabajo expidió las Circulares 021, 022 y 033 de 2020, y la Resolución No. 803 de 2020 que contempla medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del covid-19 y de la declaración de emergencia sanitaria en el país. Las circulares contienen las siguientes medidas:

NÚMERO	FECHA	DETALLE
Circular 0021	17/03/2020	<p>MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL EMPLEO CON OCASIÓN DE LA FASE DE CONTENCIÓN:</p> <p>1 - TRABAJO EN CASA: No exige los requisitos del numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, debe existir acuerdo entre el empleador y el trabajador.</p> <p>2 - TELETRABAJO</p> <p>3 - JORNADA LABORAL FLEXIBLE: Con el máximo de 48 horas semanales puede ser variable el diario mínimo 4 y máximo 10 en la jornada de 6 a.m. a 9 p.m.</p> <p>4 - VACACIONES ANUALES, ANTICIPADAS Y COLECTIVAS: Pueden concederse antes de causar el derecho, para las colectivas el empleador puede dar aviso con el fin de contrarrestar las bajas de producción o ingresos o si se ordena el aislamiento por el Gobierno.</p> <p>5 - PERMISOS REMUNERADOS Y SALARIO SIN PRESTACIÓN DEL SERVICIO.</p>
Resolución 0803	19/03/2020	<p>El Ministerio del Trabajo informa que hará uso del poder preferente para evaluar las solicitudes de autorización de despidos colectivos o suspensión temporal de actividades hasta por 120 días, a raíz de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19. Las solicitudes de empleadores para suspensiones de contratos o despidos colectivos que lleguen a las Direcciones Territoriales del país y oficinas Especiales, serán remitidas a la</p>



		<i>Unidad de Investigaciones Especiales de la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) del Ministerio del Trabajo en Bogotá, quien será la única autorizada para estudiar peticiones</i>
<i>Circular 0022</i>	<i>19/03/2020</i>	<i>FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA A LAS DECISIONES LABORALES DEL SECTOR PRIVADO: El empleador debe valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas</i>
<i>Circular 0033</i>	<i>17/04/2020</i>	<i>Medidas de protección al empleo en la fase de mitigación del nuevo Medidas de protección al empleo en la fase de mitigación del nuevo coronavirus covid-19, como es licencia remunerada compensable, modificación de la jornada laboral y concertación de salarios, modificación y suspensión de beneficios extralegales y, por último, concertación de beneficios convencionales.</i>

Para tal efecto, los documentos anteriores recogen el ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral, en el que exponen alternativas como: el trabajo en casa, el teletrabajo, la jornada laboral flexible, las vacaciones anuales, anticipadas y colectivas y los permisos remunerados, entre otras, pero no ordena el cierre de las empresas o imposibilita que los contratos de trabajo puedan ejecutarse de forma alternativa y creativa.

En relación a la Resolución 803 de 2020, el Ministerio del Trabajo no está dando vía libre para que los empleadores procedan a suspender los contratos o a efectuar despidos colectivos, este acto administrativo está centralizando la atención de estas peticiones por parte de los empleadores de las Direcciones Territoriales al Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, con sede en Bogotá D.C., con el fin de evitar la destrucción del empleo en la que se alegue la existencia de una fuerza mayor, situación que no le corresponde determinar su existencia, sino que ésta sigue siendo una potestad exclusiva del Juez del Trabajo.

Es pertinente tener en cuenta que, si el procedimiento de suspensión del contrato se adelantó conforme a los parámetros fijados en el Código Sustantivo del Trabajo y normas reglamentarias, no le es aplicable los pormenores fijados en las circulares y actos administrativos relacionados con el COVID-19...”.

En virtud de lo anterior, señala que como quiera que la petición **se funda en el reintegro, reconocimiento y pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir por razón de la suspensión**, carece ese ente ministerial de competencia para declarar derechos individuales o definir controversias, siendo atribuida esta función únicamente a los jueces de la república y considera que no existió vulneración por parte de ese Ministerio de derechos fundamentales de la accionante, por lo que pide que se le desvincule.

MEMORIAL ACCIONANTE, a través de correo electrónico del 27 de mayo avante, la tutelante manifestó que mediante oficio fechado el 22 de mayo de 2020, recibido el 25 de mayo de 2020, a través de correo electrónico se le informó por parte de su empleador, que a partir del 26 de mayo debía reintegrarse a laborar, orden que acató, pero indica que le retiraron todos sus implementos de trabajo, además de que se le ordenó a los trabajadores no compartir con ella, lo que considera que constituye otra forma de acoso



laboral para obligarla a renunciar, ocasionándole problemas de salud física y mental, por lo que solicita en forma adicional que se ordene una visita de la oficina de trabajo, o funcionario público adscrito al ministerio de trabajo o ministerio público, para que verifique en la empresa las condiciones bajo las cuales me tiene mi empleador trabajando.

CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando **al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:**

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado



no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LAS PARTES

La señora **ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO**, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.100.974.070 expedida en la San Gil – Santander, se encuentra legitimada por activa para instaurar la presente acción en contra de la empresa **SERVITECA SAN GIL PLAZA**, cuyo Representante Legal actual es el señor JUAN SEBASTIÁN ACEVEDO PORTILLA, en atención a que busca la protección de sus derechos fundamentales.

De igual manera, se encuentran legitimadas por pasiva la Sociedad **SERVITECA SAN GIL PLAZA**, cuyo Representante Legal actual es el señor JUAN SEBASTIÁN ACEVEDO PORTILLA, dada su condición de empleadora de la accionante y a quien se le atribuye la presunta afectación de derechos fundamentales de la accionante, y las vinculadas **MINISTERIO DEL TRABAJO** y de la **INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE SAN GIL**, por ser las autoridades Gubernamentales con competencia administrativa según el escenario de derechos en discusión, en especial de las medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del covid-19 y de la declaración de emergencia sanitaria en el país.

D. DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO

Invoca la tutelante, la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Subsistencia, Vida, al Trabajo, Derecho a recibir un trato digno y Derecho a la Seguridad Social.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer, si la Sociedad **SERVITECA SAN GIL PLAZA**, cuyo Representante Legal actual es el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, conculcó o no los Derechos Fundamentales de su empleada, ahora accionante, a la Subsistencia, Vida, Trabajo, Derecho a recibir un trato digno y Derecho a la Seguridad Social, conforme a los hechos de la demanda y el acervo probatorio recaudado, o si por el contrario la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para resolver tal predicamento.

V. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los hechos expuestos por el tutelante y donde la Corte Constitucional en lo atiente al principio de subsidiaridad, sostuvo:

“...Subsidiariedad

18. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y



extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹⁷¹: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el 168 Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo. 169 Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. 170 Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. 171 Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 45 examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos¹⁷². 19.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva...⁷.

VI. CASO EN CONCRETO

Mediante escrito la señora **ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO**, instaura acción de tutela en contra de **JUAN SEBASTIAN ACEVEDO PORTILLA**, Representante Legal de la **SERVITECA SAN GIL PLAZA**, buscando la protección del Derecho Fundamental a la Subsistencia, Vida, al Trabajo, Derecho a recibir un trato digno; Derecho a la Seguridad Social, por lo que en principio solicitó que se ordenara a la accionada que procediera a realizar su reintegro, cancelar las sumas de dinero adeudadas por concepto de salario, efectuar los aportes a seguridad social, respetándole su dignidad como persona, que cesara los actos de acoso laboral, se le diera un trato digno y se le respetaran sus derechos laborales.

Según la accionante desde el día 18 de febrero de 2020, labora para la Serviteca San Gil Plaza, cuyo Representante Legal es el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, con un contrato inicial de 3 meses, el cual fue prorrogado sucesivamente, sin que haya existido solución de continuidad, por lo que considera que hora es un contrato a término

⁷ Sentencia T-239 de 2018, Corte Constitucional.



fijo por un año, al respecto la **SERVITECA SAN GIL PLAZA- NIT 901212654-0**, a través del señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, manifestó⁸ que la trabajadora se encuentra trabajando desde el día 18 de febrero de 2019 y no desde el 28 de febrero de 2020, y que es cierto que se suscribió dicho contrato a término de 3 meses renovándose sucesivamente

Sostiene la demandante, que debido a la pandemia Covid 19, el día 20 de marzo el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le manifestó que debía ejercer teletrabajo a partir del día 21 de marzo debido a la emergencia sanitaria; **asevera la accionante que teletrabajó** desde el día 24 de marzo en adelante, pero que también se desplazaba a la empresa cuando se lo solicitaban para realizar facturas manuales, nómina y cotizaciones; dice que el día 31 de marzo la citaron para cancelar nomina, pero sobre las 6:00 pm recibió una llamada del señor Víctor Portilla, Contador de la empresa, quien le manifestó que debido a la situación de la pandemia los empleados debían colaborar con la empresa, proponiéndole llegar al acuerdo de seguir pagando prestaciones sociales pero no sueldos.

Dice la demandante que el día 01 de abril le escribió al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla para plantearle su forma de colaborar a la empresa, que consistía en que se efectuara el pago de quinientos mil pesos (\$500.000) de sueldo mensual y que no pagaran prestaciones sociales, por lo que el día dos (02) de abril le indicaron que debía ir a la empresa, donde hablo con el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla y quien según la accionante accedió a la propuesta.

En contraposición, el Representante Legal de la accionada refiere que con respecto a la llamada efectuada por el señor Víctor Portilla, contador de la empresa, es cierto que ante la situación de la pandemia mundial por Covid-19, se le preguntó cuál sería el acuerdo al que podría llegar con el empleador para el pago de sus salarios, pero que en ningún momento se llegó a algún acuerdo con la trabajadora, porque la misma manifestó que tenía muchos compromisos como pagos, arriendos y que no podía acceder a ningún acuerdo.

Según la empresa, la intención del empleador nunca fue dejar de pagar sus salarios, como lo pretende hacer ver la trabajadora, que como se evidencia en las pruebas, se ha cancelado sus prestaciones sociales y que fue la trabajadora la que en abuso de sus funciones, se comunicó con Asopagos haciéndose pasar por tercera persona para solicitar el retiro de la misma y que luego de revisar el celular de la empresa en los primeros días de mayo; encontró el audio referente a lo anteriormente, procediendo a solicitar a Asopagos el reintegro a la seguridad social desde el día 01 de marzo de 2020, por lo que efectuó el pago el día 04 de mayo de 2020, pues su intención siempre ha sido la de salvaguardar la salud y el bienestar de los trabajadores de la empresa. Como soporte de lo anterior adjunta las panillas de los pagos correspondientes.

Por otra parte, afirma la suplicante que el día 30 de abril, por indicaciones de su jefe tuvo que ir a la empresa a realizar algunos documentos, en últimas para **firmar un preaviso** con fecha de enero de 2020, donde se le indicaba que su contrato terminaba el 18 de febrero de 2020; menciona la trabajadora que le dijo a su empleador que solo firmaría ese documento si él le entregaba un contrato nuevo que empezara desde el día 18 de febrero de 2020, sin embargo, el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla le dijo que mejor le iba a pasar una suspensión ya que no quiso colaborar firmando el preaviso y que él no le va a firmar otro contrato.

Alega la señora **ZULY KATHERINE** que el 20 de abril de 2020, llegó a su correo la suspensión, por lo que el día 04 de mayo se comunicó con el Ministerio de Trabajo para comentar su caso; posteriormente por correo certificado y correo electrónico envió al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla la carta de no aceptación de la suspensión, planteándole alternativas de solución para poder conservar su trabajo como sustento

⁸ 21-26



económico para su supervivencia. Como prueba de lo enunciado dice allegar audio AUD-20200517-WA0023.

La Demandante arguye que el día 06 de mayo de 2020, a raíz de su manifestación escrita de no aceptar la suspensión, el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, Representante Legal – Serviteca San Gil Plaza **le envió una citación a audiencia de descargos**, endilgándole actuaciones que no son ciertas y otras que son de exclusiva responsabilidad de él; dice que asistió y contestó las preguntas que le formularon, pero a la hora de firmar, observó que ya tenían elaborada dentro de la misma acta la imputación de cargos por las supuestas faltas cometidas, sin que se le corriese traslado de dicha actuación para poder controvertir y poder defenderse de una forma adecuada. Asevera que desde el 01 de mayo de 2020 no ha percibido salarios, lo que le está afectando su mínimo vital, ya que no ha podido comprar alimentos para su subsistencia y que no se encuentra afiliada al régimen contributivo.

En lo suyo, el señor Juan Sebastián Acevedo Portilla afirmó que el día 02 de abril verbalmente le solicitó a la trabajadora que enviará un correo electrónico al Ministerio del Trabajo para informar la suspensión del contrato laboral, haciendo caso omiso a dicha orden y que es cierto que le indicó que lo hiciera pero la trabajadora le manifestó que no respondían; sostiene además que no es cierto que la trabajadora ejerciera teletrabajo ya que lo que se le indicó fue que debía ir a casa, con el computador, para que hiciera seguimiento de la postulación al SENA, lo que no hizo impidiendo la II participación en dicho concurso, aun a sabiendas de que se le había encomendado tal labor, evidenciando un total desinterés por cumplir las labores encomendada por el empleador y que es cierto que le pidió que se dirigiera la empresa para cancelar la nómina de los trabajadores, pero cuando se le solicitó las carpetas de los trabajadores, no se halló la carpeta de la tutelante, siendo ella quien sustrajo la carpeta de la empresa sin consentimiento.

El Accionado asegura que lo del **preaviso es falso**, sabiendo las condiciones del contrato laboral suscrito y renovando desde el 18 de febrero de 2019 y que en cuanto a la **suspensión**, se encuentra a la espera de la respuesta del Ministerio del Trabajo; **que es cierto que se le citó a diligencia de descargos, para salvaguardar el debido proceso a la trabajadora por las actuaciones surtidas respecto del pago de seguridad social, entré otras situaciones presentadas; pero dichas actuaciones fueron revocadas, que se no se ha despedido a la trabajadora a quien se le solicitó el día 22 de mayo que se reincorporara a sus labores a partir del 26 de mayo de 2020, que si se encuentra vinculada a seguridad social**, y que nunca ha efectuado acoso alguno, ya que ha salvaguardado el debido proceso a la trabajadora y que frente al procedimiento de descargos; se revocaron las actuaciones adelantadas.

Atinente a lo que precede, la accionante a través de correo electrónico del 27 de mayo avante, manifestó que en efecto mediante oficio fechado el 22 de mayo de 2020, enviado a través de correo electrónico, recibido el 25 de mayo de 2020, su empleador le informó que a partir del 26 de mayo debía reintegrarse a laborar, orden que acató, pero indica que le fueron retirados todos sus implementos de trabajo, además de que se le ordenó a los trabajadores no compartir con ella, lo que considera que constituye otra forma de acoso laboral para obligarla a renunciar, ocasionándole problemas de salud física y mental; por lo que solicita en forma adicional que se ordene una visita de la oficina de trabajo, o funcionario público adscrito al ministerio de trabajo o ministerio público, para que verifique en la empresa las condiciones bajo las cuales la tiene trabajando su empleador.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho observa que las pretensiones encaminadas a que se ordenara a la empresa SERVITECA SAN GIL PLAZA que procediera a hacer el reintegro de la trabajadora, la cancelación de las sumas de dinero adeudadas por concepto de salarios, efectuara los aportes a seguridad social, todo en beneficio de la señora **ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO**, han sido atendidas por la accionada sin necesidad de orden judicial, panorama que la propia accionante



reconoció cuando informó a este despacho que se reintegró a su trabajo a partir del 26 de mayo del cursante y que está laborando actualmente, lo que desestima la presencia de un **perjuicio irremediable, que tampoco fue alegado por la tutelante** (*La jurisprudencia ha enfatizado en que éste debe caracterizarse por: "(i) la inminencia del daño, es decir que se trate de una amenaza de un mal irreparable que está pronto a suceder, (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales"*). Adicionalmente, el peticionario tiene a su cargo sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que según ha señalado la jurisprudencia constitucional, la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela⁹ como para dar vía a una resolución constitucional transitoria en aras de proteger los derechos fundamentales de la accionante¹⁰. En lo que atañe a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela la Corte Constitucional explico:

"...2.1. 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^[13]. (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^[14]. (iii) Inmediatez. No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo^[15]. (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^[16] o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable^[17] y se usa como mecanismo transitorio..."

En tal sentido, teniendo en cuenta el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar en el sub judge, este despacho considera que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar por subsidiariedad, por la inexistencia de un perjuicio irremediable y debido a que ya se activaron las competencias de la autoridad administrativa del trabajo encargada de intervenir de manera **preventiva y conciliatoria**, lo que determina la ausencia de problema de orden superior por afectación de derechos fundamentales que obliquela conlleve la necesaria intervención del Juez Constitucional, quedando en el escenario situaciones de carácter legal que deberán ser atendidas por la autoridad del trabajo en el marco de sus competencias.

Sabiendo ya las resultados del presente asunto, como en el correo electrónico del 27 de mayo, la tutelante manifiesta que le fueron retirados todos sus implementos de trabajo y que se le ordenó a los trabajadores no compartir con ella, lo que considera que constituye **otra forma de acoso laboral** para obligarla a renunciar, y que todo ello le está ocasionando problemas de salud física y mental, por lo que solicita en forma adicional que se ordene una visita de la oficina de trabajo, o funcionario público adscrito al ministerio de trabajo o ministerio público, para que verifique en la empresa las condiciones bajo las cuales la tiene trabajando su empleador y en vista de que según lo informado por la **INSPECTORA DE TRABAJO DE SAN GIL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO**, Abogada LUZ ADRIANA ACOSTA CASTRO, ese Ministerio podría adelantar las actuaciones administrativas correspondientes, acorde con la competencia asignada por el mismo legislador, ante el presunto incumplimiento de las disposiciones laborales a que haya

⁹ Ver las Sentencias T-309 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa; y T-521 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo

¹⁰ Sentencia T-071 de 2018, Corte Constitucional "...



lugar por parte de su empleador y como quiera que según su propio argumento, durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio, las empresas y trabajadores pueden interponer sus quejas, peticiones o solicitudes mediante la página web www.mintrabajo.gov.co y hacer clic en el link “atención al ciudadano” y seleccionar la opción de peticiones, quejas y reclamos, plataforma en la que ya existe el radicado número 05EE2020736800100003902, solicitud de suspensión del contrato de la señora ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 1 del Artículo 51 del C.S.T., presentada por correo electrónico el día 06 de Mayo de 2020, petición que fue direccionada a la doctora YANETTE PADILLA DE PINZON para lo de su competencia; por ende, hilando con la improcedencia de la presente acción y en atención que de conformidad con el Art. 3 de la Ley 1610 de 2013, son funciones principales de las inspecciones de trabajo; **la función preventiva (1), la Coactiva o de policía administrativa (2), la conciliadora (3), la de mejoramiento de la normatividad laboral (4),** así como la de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas laborales del sistema general de riesgos profesionales y pensiones, para tal efecto se **remitirá copia de la presente decisión a dicha autoridad ministerial para lo de rigor.**

En cuanto a los presuntos actos de acoso laboral que posiblemente se están suscitando al interior de la empresa Serviteca San Gil Plaza en detrimento de la señora **ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO, se prevendrá** al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, para que como Representante Legal de la Serviteca San Gil Plaza y jefe de la empleada accionante, intervenga positivamente en aras de que cesen las presuntas circunstancias, que según el dicho de la tutelante, están afectando su ambiente de trabajo y que podrían configurar acoso laboral.

En tal sentido la accionante deberá tener en cuenta que toda discusión de carácter laboral, contractual y de controversia que se puedan suscitar con su empleador, deberá acudir ante la autoridad judicial competente o administrativa gubernamental.¹¹

¹¹ Sentencia T-882 de 2006, Corte Constitucional, principio de subsidiaridad y la procedencia frente a los mecanismos establecidos en el Ley 1010 de 2006.

“...Un examen sobre la procedencia de la acción de tutela en casos de acoso laboral debe iniciar por analizar los contenidos de la Ley 1010 de 2006, Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones laborales”.

En tal sentido, la mencionada ley persigue como objetivos definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo que se ejercen contra los trabajadores en los contextos de las relaciones laborales privadas o públicas.¹²

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos expresamente el legislador mencionó los siguientes: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra, la salud mental de los trabajadores, así como la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral.¹³

Luego de definir las conductas que constituyen acoso laboral, determinar los sujetos activos y pasivos del mismo, la ley viene a establecer un conjunto de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias para quienes incurran en dicha práctica.

Así pues, en lo que concierne a las medidas preventivas y correctivas, el legislador dispuso las siguientes: (i) los reglamentos de trabajo de las empresas e instituciones deberán prever mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo; (ii) **la víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral; la denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos; la autoridad que reciba la denuncia en tales términos conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa;** (iii) **quien se considere víctima de una conducta de acoso laboral bajo alguna de las modalidades descritas en el artículo 2 de la presente ley podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral. De igual manera, la ley precisa que la denuncia podrá acompañarse de la solicitud de traslado a otra dependencia de la misma empresa, si existiera una opción clara en ese sentido, y será sugerida por la autoridad competente como medida correctiva cuando ello fuere posible.**

Así las cosas, las medidas preventivas y correctivas de que trata la Ley 1010 de 2006 no son mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario, se trata simplemente de instrumentos de carácter administrativo.

En lo que concierne al régimen sancionatorio, se tiene que la Ley 1010 de 2006 dispone ciertas medidas contra quienes incurran en prácticas de acoso laboral distinguiendo para ello entre los sectores público y privado. Así, para el primero, se tiene que el funcionario incurrirá en una falta disciplinaria gravísima, pudiendo ser suspendido del cargo, e igualmente, durante el trámite del proceso el sujeto pasivo de la conducta podrá intervenir ¹⁴; por el contrario, en el ámbito de lo privado, el acoso laboral puede ser sancionado de la siguiente forma (i) como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo; en tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere; (iii) con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas



En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Gil - Santander, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA POR SUBSIDIARIDAD, por ausencia de perjuicio irremediable, de la acción de tutela instaura por por la señora ZULY KATHERINE LIZCANO APARICIO, identificada con la Cedula de Ciudadanía número 1.100.974.070 expedida en la San Gil - Santander en contra de la SERVITECA SAN GIL PLAZA, Representada Legalmente por el señor JUAN SEBASTIAN ACEVEDO PORTILLA, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. COMPULSAR COPIA de la presente decisión ante la INSPECTORA DE TRABAJO DE SAN GIL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, Abogada LUZ ADRIANA ACOSTA CASTRO para que por su intermedio sea dirigida a la Abogada YANETTE PADILLA DE PINZON, en aquiescencia de lo anteriormente considerado.

TERCERO. PREVENIR al señor Juan Sebastián Acevedo Portilla, para que como Representante Legal de la Serviteca San Gil Plaza y jefe de la empleada accionante, intervenga positivamente en aras de que cesen las presuntas circunstancias, que según el dicho de la tutelante, están afectando su ambiente de trabajo, y que podrían configurar acoso laboral.

CUARTO. Por el Centro de Servicios para Adolescentes notifíquese esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

originadas en el acoso laboral; (iv) con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo; y (v) como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

En lo que concierne al procedimiento sancionatorio se tiene que la ley prevé que el Ministerio Público impondrá la sanción disciplinaria correspondiente, de conformidad con el procedimiento previsto en el Código Disciplinario Único; por el contrario, cuando el sujeto activo sea un particular, la normatividad dispone la citación a una audiencia ante el juez laboral, la cual tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la solicitud. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que cuando el acoso laboral tiene lugar en el sector público, la víctima del mismo cuenta tan sólo con la vía disciplinaria para la protección de sus derechos, mecanismo que no sólo es de carácter administrativo y no judicial en los términos del artículo 86 Superior, sino que no resulta ser eficaz para el amparo del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas. Aunado a lo anterior, como se ha señalado, para el caso del sector público el legislador no previó la puesta en marcha de medidas preventivas, como sí su sucede en el ámbito privado. En efecto, no sólo la vía disciplinaria no es tan rápida como la tutela, sino que además, por medio de ella, no se puede lograr el traslado del trabajador, o al menos, la impartición de una orden al superior para que cese de inmediato en su conducta. Aunado a lo anterior, el mencionado mecanismo no tiene efectos frente a particulares, como por ejemplo, las Aseguradoras de Riesgos Profesionales cuando quiera que éstas se nieguen a practicar exámenes médicos para calificar el origen de una enfermedad profesional (estrés laboral).

Así las cosas, la Sala estima que para los casos de acoso laboral que se presenten en el sector público, la vía disciplinaria puede no ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los trabajadores, y por ende la tutela resulta ser el instrumento idóneo en estos casos, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que se le pueda imputar al sujeto activo de acoso laboral.

*Por el contrario, cuando el acoso laboral tenga lugar en el sector privado, la Sala estima que la acción de tutela resulta, en principio, improcedente dado que el trabajador cuenta con una vía judicial efectiva para amparar sus derechos, cual es acudir ante el juez laboral a fin de que éste convoque a una audiencia de práctica de pruebas dentro de los treinta días siguientes, providencia que puede ser apelada. Con todo, se podría alegar que la tutela es vía judicial más efectiva ya que es resuelta en tan sólo 10 días. A pesar de que ello es así, la Sala entiende que el trámite judicial previsto en la Ley 1010 de 2006 es efectivo por cuanto, desde la formulación de la queja "La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento."¹⁵¹...*¹¹



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes
con Función de Control de Garantías de San Gil

j2pmacgsangil@outlook.com

j02pmasgil@cendoj.ramajudicial.gov.co

Telefax: (7) 7242462-7245900

QUINTO. Contra esta decisión procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO. Si no fuere impugnada, una vez superada la emergencia sanitaria y la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

OCTAVO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(ORIGINAL FIRMADO)
CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
Juez

CDBJ/Cacl