

República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE  
DE BOGOTÁ - LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE TUTELA** No. 11001-41-89-033-2020-00192-00

**Accionante:** YERSON FABIAN GUAYARA.

**Accionado:** SANTIAGO ABRIL- VINCULADOS – FAMISANAR E.P.S.,  
CAFAM – COLSUBSIDIO.

**Asunto:** Sentencia de Primera Instancia.

**ASUNTO A RESOLVER**

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por el señor SYERSON FABIAN GUAYARA, en la que se acusa la vulneración de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada igualdad, debido proceso, trabajo y al mínimo vital.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. Hechos**

Manifiesta el accionante que, a mediados del año 2019, fue diagnosticado como paciente portador de VIH, por lo que actualmente se encuentra en tratamiento

y tomando los medicamentos “Atazanavir 300Mg, Norvitritonavir 100Mg, Emtricitabina y Tenofovir Disoprxil Fumarato 200Mg + 300Mg”.

Indica que ingresó a trabajar con la empresa SANTIAGO ABRIL en noviembre de 2019 en el cargo de asesor de cobranza, devengando un salario básico mensual de \$877.000 M/Cte mas auxilio de transporte de \$102.854 M/Cte. Por lo anterior, en el mes de diciembre de 2019 informó de manera verbal al señor Franklin Eduardo Bonilla – Coordinador de Cartera de la empresa accionada, la enfermedad diagnosticada.

El 1 de febrero de 2020 la empresa SANTIAGO ABRIL de manera forzosa y malintencionada le hizo suscribir un contrato de prestación de servicios que daba inicio en la misma fecha, con una asignación salarial de \$877.000 M/Cte más el auxilio de transporte de \$102.854 M/Cte; buscando con lo anterior ocultar la verdadera relación laboral que nació en noviembre de 2019 cuando inicio a realizar labores como Asesor de Cobranza dentro de la accionada.

Así las cosas y seguidamente el 1 de abril de 2020 la empresa le hizo firmar un contrato de trabajo por obra o labor con una asignación básica mensual de \$440.000 M/Cte, vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital al haber concertado una disminución sustancial de su ingreso por debajo del 50% del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Desde el mes de marzo de 2020, el empleador Santiago Abril dejó de cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales.

Por lo anterior, el 19 de mayo de 2020 radico derecho de petición ante la accionada, informando su condición de portador de VIH, y además requirió el pago inmediato de los aportes al Sistema General en Salud. Igualmente reclamando la ilegalidad del contrato de fecha 1 de abril de 2020, donde le hicieron firmar un documento con una asignación básica mensual con el 50% menos de lo que devengaba inicialmente.

El 26 de mayo de 2020, esto es, 7 días después de haber radicado el derecho de petición, la empresa SANTIAGO ABRIL decidió dar por terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso, al no haberle dado la oportunidad de ser oído en descargos y/o cualquier otro medio expedito para sustentar su defensa y contradicción frente a los cargos que se le imputaron.

Finalmente solicitó se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por parte de la empresa SANTIAGO ABRIL; se ordene el reintegro a su cargo o a uno superior, sin solución de continuidad; el pago de los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales correspondientes hasta cuando se produzca el reintegro junto con los pagos a pensiones, salud y ARL; se declare la nulidad de la cláusula que define el salario acordado el 1 de abril de 2020 entre la empresa SANTIAGO ABRIL y el suscrito; y se ordene el pago de la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario.

Junto con su demanda aporto:

- Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
- Cuentas de cobro.
- Contrato de prestación de servicios.
- Terminación de contrato.
- Formula médica.
- Derecho de petición.
- Circular No. 0033 del Ministerio del Trabajo.
- Circular No. 0021 del Ministerio del Trabajo.
- Respuesta derecho de petición.

## **1.2. Argumentos de los accionados.**

**SANTIAGO ABRIL**

Durante el tiempo de traslado esta entidad contestó, manifestando que el contrato establecido por prestación de servicios del 1 de enero al 30 de marzo de 2020 con el señor Yerson Cadavid y según lo pactado entre ambas partes se resume a que este puede finalizar sin previo aviso y sin solicitar permiso alguno por otros entes; por lo tanto, de este no se genera ninguna indemnización ni liquidación. Del contrato de obra o labor del 1 al 26 de mayo de 2020 se liquidó según los parámetros establecidos bajo el ministerio del trabajo.

El señor Cadavid no notificó a la parte de talento humano la condición de salud actual mediante soporte verídico donde justificara lo que manifestaba; por lo que el motivo de despido se generó por causales completamente diferentes a su estado de salud.

Ahora, el contrato que inició el 1 de abril de 2020 se efectuó a voluntad bajo las diversas modalidades de trabajo ofrecidas a los trabajadores el día 30 de marzo de 2020 por la compañía por motivo del Covid-19, el cual tomo la modalidad de media jornada laboral, el que nunca firmo señalando no tener los medios para hacerlo, pero tampoco presento inconformidad. Ahora, en cuanto al pago de prestaciones sociales en el contrato de obra o labor nunca se negó, solo se implementaron condiciones de recaudo y cumplimiento de metas para el pago de la misma y que cuyas metas el señor Yerson desde sus inicios laborales nunca ha cumplido; aun así, en el periodo de vigencia del contrato de prestación de servicios la compañía asumió el pago de parafiscales sin que el señor Cadavid cumpliera su función y metas al 100%.

Junto con su contestación aporto:

- Certificado de existencia y representación legal.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada.
- Cuentas de cobro.
- Liquidación de contrato de obra o labor.
- Contrato de prestación de servicios.

### **FAMISANAR E.P.S. - Vinculado**

Informan que previa verificación en la base de datos, se pudo establecer que el señor Yerson Fabian Guayara Cadavid no se encuentra registrado en la plataforma de información como afiliado a E.P.S. FAMISANAR S.A.S. Así mismo, verificada la página de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el señor en comento aparece en estado ACTIVO para la E.P.S. SANITAS, régimen contributivo.

Por lo anterior, frente a las pretensiones del accionante, manifiestan que no existe legitimación en la causa por pasiva frente a EPS FAMISANAR S.A.S., toda vez, que los hechos no son atribuibles a la EPS, demostrándose que ni por acción u omisión se ha violentado derecho fundamental alguno del accionante, por lo que se solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, como quiera que no se cumpliera el requisito legal de legitimación en la causa por pasiva frente a EPS Famisanar.

### **CAFAM – Vinculado**

Manifiestan que en el caso de la referencia y de acuerdo a las pretensiones manifestadas por el accionante, informan que no corresponde a la Caja de Compensación Familiar Cafam garantizar los derechos alegados como violados. Igualmente, señalan que el accionante no tiene ningún tipo de vínculo laboral con la Caja de Compensación Familiar Cafam; los hechos que motiva la presente acción de tutela, de acuerdo con la relación laboral entre SANTIAGO ABRIL y el accionante, corresponde a una situación ajena a CAFAM, siendo de exclusiva responsabilidad de la empresa empleadora.

Por lo anterior, consideran que Cafam no ha vulnerado derecho alguno al accionante, motivo por el cual comedidamente solicitan desvincular a la Caja de Compensación Familiar Cafam de la presente acción de tutela.

### **COLSUBSIDIO - Vinculado**

En la consulta realizada en SAP, que contiene la información de atenciones en Salud de la IPS Colsubsidio, el señor Yeison Fabian Guayara Cadavid no registra atenciones en salud en la IPS. En la consulta de la BDUA, el accionante aparece afiliado a la EPS SANITAS.

Por ende, en la relación con las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, Colsubsidio no tiene injerencia alguna sobre lo allí pretendido y deben ser atendidas por la entidad aseguradora a la cual se encuentra afiliado el accionante, esto es, SANITAS E.P.S.

De conformidad con los hechos narrados, concluyen que no existe legitimación por pasiva en cabeza de IPS COLSUBSIDIO, ya que al tener de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela debe dirigirse *contra “la autoridad pública, cuando por acción u omisión, lesione o amenace lesionar los derechos fundamentales de una persona y contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público...”*.

Por las consideraciones expuestas, solicitan declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de la IPS COLSUBSIDIO, puesto que la institución no le ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante.

#### **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

Solicitan desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como consulados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsable de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a “...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad

y rehabilitación de sus secuelas”, lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

## **MINISTERIO DE TRABAJO**

Solicitan declarar improcedente la acción de tutela de la referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que la entidad no es ni fue el empleador de la accionante, lo que implica que no existe ni existió vínculo de carácter laboral entre la demandante y la entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte del Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

De tal manera, si el Despacho Judicial busca con la vinculación que la entidad se pronuncie sobre los hechos que originaron la solicitud de tutela, es evidente que el Ministerio del Trabajo, no es el llamado a rendir un informe sobre el particular, por tanto, debe ser desvinculado de la presente acción, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **1.3. Trámite Procesal**

En providencia que data del 5 de junio de 2020, este Despacho admitió la presente acción constitucional, ordenando notificar a la entidad accionada, y así mismo procedió a vincular a FAMISANAR E.P.S. Y CAFAM – COLSUBSIDIO para que se pronunciara sobre los hechos.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

#### **2.1. Legitimación por activa**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente:

*“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*

(...)” (Subrayado por fuera del texto original).

En esta oportunidad, la tutela fue presentada por la persona que fue despedida, razón por la cual se encuentra legitimado para actuar en esta causa.

## **2.2. Legitimación por pasiva**

Legitimación en la causa por pasiva. El mismo artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, entre ellos, los “encargados de la prestación de un servicio público”. Así, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, cuando alguna resulte demostrada.

En el caso objeto de análisis, se advierte que la solicitud de amparo se dirige en contra de un particular, con la cual se estuvo en situación de subordinación, en consecuencia, se cumple el requisito de legitimación por pasiva.

## **2.3. Inmediatez**

El requisito de inmediatez impone la obligación de interponer la acción de tutela dentro de un plazo razonable y proporcional respecto al momento del acto que generó la presunta vulneración de derechos. Así, dado que no es posible establecer un término exacto para fijar su cumplimiento, en su

estudio deben valorarse las circunstancias específicas de cada caso a efectos de constatar la existencia de elementos suficientes que justifiquen la interposición de la acción de tutela en un momento determinado.

Así las cosas, al estudiar el cumplimiento de dicho requisito con relación al expediente de la referencia, el despacho lo encuentra acreditado pues entre la fecha en que fue despedido (26 de mayo de 2020) y la fecha en que acudió a la tutela (8 de junio de 2020), transcurrió menos de mes, por lo que se considera que es razonable.

#### **2.4. Subsidiariedad**

La acción de tutela es un mecanismo que resulta procedente cuando no existe en el ordenamiento jurídico otro medio de defensa al cual se pueda acudir. Sin embargo, dicha regla contiene una excepción que viabiliza el mecanismo de amparo aun cuando exista un procedimiento judicial ordinario diseñado para resolver la contingencia, siempre que el recurrente acredite que se encuentra en una situación que lo expone a padecer un perjuicio irremediable que no podrá contenerse a través de los procedimientos ordinarios, ya porque no son idóneos ni eficaces para salvaguardar las garantías fundamentales en peligro, ya porque no son expeditos para evitar la consumación del daño.

En ese sentido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto en el que se alega la afectación del mínimo vital por parte de una persona que padece VIH, y por tanto, sujeto de especial protección constitucional, sumado al hecho de que se alegan actos de discriminación por esa causa, se tienen elementos que hacen que la tutela constituya el procedimiento idóneo en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **PROBLEMA JURIDICO.**

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde al despacho responder los siguientes problemas jurídicos:

***¿Un empleador vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de una persona que padece VIH Positivo, al terminar su contrato a término, con justa causa y sin acudir al Ministerio de Trabajo, aun cuando conocía el estado de salud del trabajador?***

Para resolver este problema jurídico se establecerá el derecho a la estabilidad laboral reforzada en personas que tienen VIH.

En la Sentencia **T-426/17**, la corte señaló:

***4. Estabilidad laboral reforzada para trabajadores portadores de VIH/SIDA. Reiteración de jurisprudencia***

*4.1. Para garantizar la igualdad consagrada en el artículo 13 Superior, el Estado está obligado a adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Igualmente, para conseguir que todas las personas gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades, deberá prohibir todo tipo de discriminación y proporcionar un trato igualitario para aquellas personas que por sus condiciones se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta, como ocurre con los pacientes del Virus de Inmunodeficiencia Humana y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.<sup>[30]</sup> De otra parte, el artículo 53 de la Constitución Política contempla la protección de la población trabajadora del país enfocada, entre otros aspectos, en la estabilidad en el empleo, siendo entonces un principio que debe gobernar de manera general las relaciones laborales.*

*En criterio de esta Corporación, la garantía de la estabilidad laboral reforzada consiste en que "(...) la desvinculación de las mujeres embarazadas, los trabajadores aforados, las personas en situación de discapacidad y, las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como producto de un deterioro en su salud, no puede presentarse sin la previa autorización de la autoridad competente".<sup>[31]</sup> Este derecho impone al empleador la obligación de mantener en el empleo o reubicar a los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, como consecuencia de la disminución de su capacidad física, psíquica o sensorial, sin importar si existe o no calificación de la pérdida de capacidad, "conforme a unas funciones congruentes con su estado de salud, lo cual debe incluir la capacitación para*

*el adecuado cumplimiento del nuevo cargo y, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.”<sup>[32]</sup>*

*Respecto de las personas que padecen VIH, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de una especial protección y su titularidad de derechos proclamados en textos constitucionales e internacionalmente, por cuanto “su enfermedad los hace altamente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte ha erigido parámetros y mecanismos para garantizarles un trato digno, además del derecho a la intimidad, la salud, la seguridad social y la estabilidad laboral”.<sup>[33]</sup>*

*4.2. En cumplimiento de este mandato de protección y con el fin de evitar la discriminación en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el laboral, el Estado ha generado una serie de herramientas dirigidas a establecer un trato diferencial positivo para las personas portadoras de VIH/SIDA. Así, a través del Decreto 1543 de 1997<sup>[34]</sup> reglamentó el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida y las otras enfermedades de transmisión sexual, prohibiendo la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana para acceder a un empleo y permitiendo que los portadores de dicho virus, ya sean empleados públicos o privados, no estén obligados a informar a sus empleadores su condición. En el evento de hacerlo, esto no puede ser causal de despido.<sup>[35]</sup>*

*A través de la Ley 361 de 1997,<sup>[36]</sup> el legislador buscó fortalecer la garantía de la estabilidad laboral de personas que se encontraran en alguna situación de discapacidad, supeditando su despido a una autorización previa del Ministerio de Trabajo y señalando en su inciso segundo que, en caso de incumplimiento de esta condición, se genera una sanción de pago de 180 días de salario al trabajador.<sup>[37]</sup> Esta Corporación, en sentencia C-531 de 2000,<sup>[38]</sup> declaró la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del citado artículo, precisando que la sanción no hace eficaz jurídicamente el despido o terminación de contrato sin que medie autorización del Ministerio de Trabajo sino que “constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos”. En este contexto, con esta sanción indemnizatoria el legislador buscó evitar despidos o desvinculaciones laborales de personas que a causa de su situación de discapacidad o enfermedad, se encuentren en debilidad manifiesta.*

*Por otra parte, la Ley 972 de 2005<sup>[39]</sup> protegió la dignidad de las personas portadoras de VIH/SIDA señalando en su artículo segundo que: “en ningún caso se pueda afectar la*

*dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna”.*

*4.3. Este derecho a la estabilidad laboral reforzada también encuentra sustento en los distintos instrumentos internacionales sobre la materia que integran el bloque de constitucionalidad.<sup>[40]</sup> Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en su artículo 23;<sup>[41]</sup> el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 6;<sup>[42]</sup> la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas de 1975;<sup>[43]</sup> la Observación General N° 5 del Comité DESC de 1994 relativa a las personas con discapacidad;<sup>[44]</sup> la Observación General No. 18 del Comité DESC de 2005 sobre derecho al trabajo;<sup>[45]</sup> el Convenio No. 159 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas con discapacidad) de 1983;<sup>[46]</sup> la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de Diciembre de 2006<sup>[47]</sup> entre otros.<sup>[48]</sup>*

*4.4. En relación con personas con VIH/SIDA, la Organización de las Naciones Unidas profirió las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, con el fin de establecer algunas líneas para guiar y adecuar el comportamiento de los Estados en orden a respetar y proteger los derechos humanos. En la sentencia T-277 de 2017, se destaca la Quinta Directriz frente a la protección en el trabajo citando que “respecto al asunto de la protección en el trabajo la QUINTA DIRECTRIZ establece: ‘Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a las poblaciones clave de mayor riesgo, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles pronto y eficaces’.<sup>[49]</sup> En el mismo documento, sobre esta directriz se señala que ‘d) Deberían aprobarse leyes, reglamentos y convenios colectivos para garantizar los siguientes derechos en el lugar de trabajo: (...) iv) la seguridad laboral de los trabajadores que viven con el VIH mientras puedan seguir trabajando, con la posibilidad de acuerdos laborales alternativos y razonables; (...) xi) la protección contra la estigmatización o la discriminación por parte de colegas, sindicatos, empleadores o clientes.’”<sup>[50]</sup>.*

De otro lado la corte en situaciones de solicitud de amparo ante despidos de personas con VIH, ha señalado que esta condición por sí sola no ofrece la garantía del reintegro.

En la sentencia **T-051 del 2018**, se dijo:

“35. Ahora bien, esta Corte ha considerado que las personas infectadas con VIH tienen la calidad de sujetos de especial protección constitucional, **pero no que por ese solo hecho, la acción de tutela resulta procedente para resolver cualquier tipo de pretensión. En efecto, como se indicó anteriormente la calidad de sujetos de especial protección constitucional impone al juez constitucional un análisis menos estricto del cumplimiento de los requisitos de procedencia, pero no exime al tutelante de su cumplimiento.**

36. **Con relación a las situaciones en las que se pretende el reintegro de un empleado, la jurisprudencia de esta Corte ha indicado reiteradamente que la acción de tutela no puede desplazar a los mecanismos ordinarios<sup>[18]</sup>. En lo relativo a personas con VIH que han sido desvinculadas de sus empleos, se ha sostenido la regla de evaluación del caso concreto y sobretodo, se ha dicho que “en tratándose de casos en los que se discute la salvaguarda del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada en favor de un trabajador diagnosticado con VIH/SIDA (...) el juez de tutela se encuentra abocado, sobretodo, a dilucidar si la desvinculación laboral no está precedida de una motivación distinta a la condición médica del trabajador<sup>[19]</sup>”.**

37. Esta regla, se ha sostenido en diferentes sentencias<sup>[20]</sup> de esta Corte en las que se ha declarado la improcedencia de la acción de amparo cuando no puede predicarse a simple vista un ánimo discriminatorio por parte del empleador en la desvinculación de un empleado. Así, ha establecido la Corte que “la simple desvinculación unilateral de una persona que presenta una enfermedad o una discapacidad, por parte del empleador, no es suficiente para que prospere la protección vía tutela, pues para ello es necesario además que esté demostrado **el nexo de causalidad entre la condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral, de forma tal que pueda extraerse la existencia de un trato discriminatorio, violatorio, entonces, del ordenamiento constitucional**”<sup>[21]</sup>.

38. Teniendo esto presente, debe indicarse que cuando se busca resolver una cuestión de raigambre laboral, consistente en establecer si la terminación de un contrato de trabajo a término fijo se dio conforme al ordenamiento jurídico y si debía aplicarse una estabilidad

laboral reforzada en favor del trabajador, es claro que existe un mecanismo judicial principal, a saber, el proceso ordinario laboral, en el cual se deben ventilar las pretensiones y se puede desplegar todo el debate probatorio necesario para determinar si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de empleador<sup>[22]</sup>. Así pues, en el caso concreto, constató el Tribunal la existencia de un mecanismo judicial idóneo, por lo que corresponde como se indica a continuación analizar si, pese a ello, existe una situación urgente de vulnerabilidad o amenaza que implique la intervención inmediata del juez constitucional.

39. En este sentido, de manera excepcional, la jurisprudencia de la Corte 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**<sup>[23]</sup>. En este escenario, previo análisis de la situación particular que rodea al peticionario, se debe verificar que las circunstancias impidan que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, concluyéndose solo en dicho caso 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”.

También la corte constitucional, ha diseñado otras subreglas, así:

4.5. Para materializar la estabilidad laboral reforzada para personas que se encuentren en esta condición (portadoras de VIH/SIDA) y que debido a su enfermedad están en una situación de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha fijado varias subreglas encaminadas a garantizar su permanencia en el empleo, indicando que el empleador está obligado a (i) demostrar una causal de despido objetiva y (ii) acudir al Ministerio de Trabajo para que autorice la desvinculación laboral de los trabajadores portadores del virus.<sup>[53]</sup> No obstante, esta garantía no aplica de manera automática por el simple hecho de la existencia de dicho virus, ni impone al empleador una carga exorbitante. No se consideran vulnerados los derechos fundamentales de las personas portadoras de VIH, si se prueba que el empleador no tenía conocimiento de la enfermedad o que la desvinculación obedeció a circunstancias objetivas, ajenas a la dolencia del empleado.<sup>[54]</sup> En estos casos, es obligatorio “probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho”,<sup>[55]</sup> de lo contrario, el amparo solicitado sería negado la acción de tutela sería improcedente.<sup>[56]</sup>

Complementando lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte, con el fin de proteger al trabajador, fijó otro criterio en este tema de la estabilidad laboral de las personas portadoras de VIH, trasladando la carga de la prueba en cuanto al nexo entre el despido y la condición del empleado, al empleador, ya que “resulta más apropiado desde el punto de vista constitucional, imponer al empleador la carga de probar que el despido tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en la discapacidad.”, toda vez que, “exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar la estabilidad laboral reforzada.”<sup>157</sup>. **T-426/17**.

Y en un caso, en donde un enfermero con VIH, presenta una tutela, la corte señala en sentencia **T-620/19**:

.....

Sin embargo, la Corte también ha enfatizado, con relación a la estabilidad laboral reforzada, que la misma depende de que en el caso se acrediten los siguientes factores:

- (i) que se establezca que el trabajador tiene un estado de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación resulta suficiente para considerarlo sujeto de especial protección constitucional;
- (ii) que se acredite que el estado de debilidad manifiesta fue conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente,
- (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación.

Por tanto, ante la acreditación de los supuestos previos, le corresponde al empleador acreditar con suficiencia la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato.

En consecuencia, cuando se comprueba que el empleador desvinculó a un sujeto titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada sin obtener la autorización de la oficina del Trabajo, y no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, entonces el juez tiene el deber *prima facie* de reconocer a favor del trabajador: (i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral (con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el interregno); (ii) el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones similares a las del empleo desempeñado por él hasta su desvinculación, y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud, sino que esté acorde con su situación; (iii) el derecho a recibir capacitación para

*cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso, y (iv) el derecho a recibir “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.*

## **CASO CONCRETO.**

En primer lugar este despacho acredita la condición de paciente con VIH, de acuerdo con la formula medica del accionante en donde se describe el diagnostico B 24 X, que, de acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades -CIE, se refiere a la “Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), sin otra especificación”.

De acuerdo a lo que muestra el proceso, se puede evidenciar que la infección del accionante se encuentra controlada a través de medicación y atención médica, siendo un virus que no afecta la capacidad de trabajo del actor, ni implican un riesgo inminente o padecimiento actual, que le impidan cumplir con sus obligaciones laborales. Mas aun, cuando el accionante inició su vinculación laboral con la accionada luego de su diagnostico de VIH, y desarrolló sus funciones de manera adecuada, que si bien es una enfermedad que a pesar de ser grave, se encuentra en tratamiento, y el accionante no demuestra como el padecerlas, estando controlada, le genere una afectación de tal magnitud que no puede afrontar la carga derivada del agotamiento de las vías judiciales ordinarias.

Pues, el solo hecho de padecer enfermedades crónicas no implica automáticamente la procedencia de la acción de tutela, de manera similar a lo que ocurre con la calidad de sujeto de especial protección, lo que reitera una flexibilización del análisis de subsidiariedad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia T-051 de 2018.

Adicionalmente, constató que el accionante actualmente se encuentra afiliado a la E.P.S. SANITAS en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo que puede seguir acudiendo al médico tratante para continuar con el tratamiento de la enfermedad del VIH, por lo que en el presente caso no se evidencia una situación del accionante que evidencia una potencial vulneración a su derecho fundamental a la salud. Pues a pesar de sus padecimientos, su atención en salud se encuentra debidamente garantizada, lo que excluye una situación de riesgo derivada de la falta de acceso al sistema de seguridad social en salud o de una indebida atención a su situación de enfermedad.

Ahora y de cara a la enfermedad que padece el accionante, no se puede traducir en un estado de debilidad manifiesta; pues encuentra el despacho que no se encuentran acreditadas probatoriamente, no existe evidencia de un grave estado de salud, que comprometan su bienestar en tal forma que el mecanismo de la tutela se torne idóneo, no se está frente a alguno de los casos que la corte a ha citado como ejemplo, como enfermedades catastróficas, estados de discapacidad, pérdida de la capacidad laboral, etc.

Por lo anterior este despacho **no acredita el primer requisito** señalado atrás: *que se establezca que el trabajador tiene un estado de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación resulta suficiente para considerarlo sujeto de especial protección constitucional;*

De otro lado la empresa conocía de su estado, o por lo menos el accionante le informo de ello en el derecho de petición elevado el día 19 de mayo del 2020, sin que sea de recibo la exigencia de una certificación de la EPS, u otra prueba, por parte de la empresa, como quiera que el accionante goza del derecho a la intimidad y de no tener que manifestar su condición de salud, en particular que tiene VIH, como lo ha señalado la corte constitucional en la sentencia **T-426/17**, al indicar que el derecho a la

intimidad de las personas que padecen VIH se ha protegido legal y jurisprudencialmente, **razón por la que el trabajador que sea portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) no está obligado a notificar este hecho a su empleador ni al inicio de la relación laboral ni durante el transcurso o ejecución de sus labores** y en caso de hacerlo, tal situación no faculta al empleador a dar por terminado el vínculo laboral. Esta protección, se ha extendido a aquellas personas en condición de debilidad manifiesta como consecuencia de algunas enfermedades que puedan afectar el desarrollo normal de sus actividades laborales o sean incompatibles con los cargos a desempeñar, **por lo que se acredita el 2 requisito: que se acredite que el estado de debilidad manifiesta fue conocido por el empleador en un momento previo al despido.**

En tercer lugar la empresa manifiesta que dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Como lo ha señalado la jurisprudencia “***el juez de tutela se encuentra abocado, sobretodo, a dilucidar si la desvinculación laboral no está precedida de una motivación distinta a la condición médica del trabajador<sup>[19]</sup>***”, y recordando que la carga de la prueba de la no discriminación corre por cuenta del empleador.

En este asunto encuentra el despacho que la empresa ha esgrimido causas justas para dar por terminado el contrato de trabajo, incluso apporto una serie de pruebas que dan cuenta según él, del bajo desempeño del actor, por lo que dadas la particularidades de este asunto, ponen en duda la conexidad entre el despido y la condición de portador del VIH del actor, no acreditándose con certeza *que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación.*

Por ultimo en relación con las demás pretensiones, se negaran en la medida que pueden ser tramitadas en la jurisdicción laboral, ya que ellas tampoco derivan de una discriminación laboral por ser paciente con VIH.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela incoada por el señor **YERSON FABIAN GUAYARA CADAVID**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITIR** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**FERNANDO MORENO OJEDA**

**Juez**