

República de Colombia



Rama Judicial Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado en segunda instancia: 110013104008202000029

Radicado en primera instancia: 110014009030202000160

Accionante: Alba Sinisterra Maldonado

Accionada: BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., EPS Sanitas, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Riesgos Laborales Equidad.

Objeto

Procede el Despacho a resolver el recurso de impugnación interpuesto por Jorge Alberto Ortiz Bernal, en calidad de apoderado de Alba Sinisterra Maldonado, contra el fallo de tutela proferido el veintisiete (27) enero del año que avanza, por el Juzgado Treinta (30) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, en el que se declaró improcedente el amparo deprecado contra la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., Sanitas EPS, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Riesgos Laborales Equidad.

Solicitud de tutela

De acuerdo a los hechos de la demanda, en mayo de dos mil doce (2012), Alba Sinisterra Maldonado celebró contrato individual de trabajo con la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones.

Durante una reunión promovida por la compañía el nueve (9) de diciembre de ese año, un compañero golpeó a la aludida con una silla en la rodilla, provocándole una luxación en la rótula izquierda, situación que fue comunicada por ésta a la Jefe de recursos humanos de la empresa, a quien también solicitó su traslado a un centro médico, empero aquella se negó, así como a reportar el evento a la ARL, aduciendo que no se trataba de un accidente laboral.

Consecuencia de lo anterior, la gestora del amparo acudió a su EPS, concretamente a Sanitas, donde le diagnosticaron «LUXACIÓN DE RODILLA»,



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

patología por la que fue incapacitada y que derivó en varias sugerencias laborales, que debían cumplirse al finalizar dicho periodo.

En febrero de dos mil trece (2013) y ante el cambio de razón social de la compañía, el Representante Legal le solicitó a la accionante presentar la carta de renuncia, la cual suscribió, así como el nuevo contrato de trabajo.

En julio de ese mismo año y dado que la enfermedad padecida por la accionante empeoró, el médico tratante la incapacitó, por lo que según aseveró el apoderado de aquella, la empresa le pagó la prestación correspondiente, empero no el equivalente al salario que percibía para entonces.

Posteriormente, la trabajadora fue sometida a numerosas cirugías y por ende, debió permanecer retirada de su cargo, situación que se extendió por más de 6 meses; de acuerdo a ello, solicitó al empleador reportar sus incapacidades ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, toda vez que le serían suspendidos los pagos por ese concepto, como en efecto ocurrió el primero (1) de marzo de dos mil quince (2015), cuando, según el representante de los intereses de la mencionada, la empresa accionada omitió cancelar tal prestación así como el salario, vulnerando su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Por lo anterior, presentó acción de tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta Ciudad, despacho que mediante fallo de catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015) concedió el amparo deprecado y en consecuencia, ordenó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir cancelar las incapacidades laborales generadas desde el veinte (20) de febrero de ese año y remitir el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Dado el incumplimiento de la orden, el apoderado de la tutelante presentó incidente de desacato el diez (10) de noviembre de ese año, el cual reiteró el veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017), empero no se obtuvo el acato de la determinación en cita; igualmente, el ocho (8) de abril de dos mil dieciséis (2016) presentó petición ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, entidad que aseguró haber cancelado el pluricitado auxilio hasta agosto de dos mil quince (2015).

El catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S. solicitó, ante el Ministerio de Trabajo, autorización para despedir a la accionante; no obstante, a la fecha de presentación de la demanda de tutela, no había sido resuelta.

Conforme a ello, mediante petición presentada en marzo de dos mil diecinueve (2019) ante la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., la demandante constitucional solicitó se aclarara su situación laboral, a lo cual la



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

compañía le respondió que la mentada determinación estaba en manos del Ministerio del Trabajo.

Bajo ese contexto, el trece (13) de enero del año en curso, el apoderado de la accionante reiteró la solicitud anterior, demandando la reincorporación laboral de ésta, así como que se efectuara el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta entonces, sin que a la fecha de presentación de la demanda de tutela, BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S. hubiese resuelto sobre el particular.

Así las cosas y en procura de sus derechos fundamentales a la salud, vida, integridad personal, igualdad, trabajo, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada, solicitó se ordene a BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., Sanitas EPS, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Riesgos Laborales Equidad, cancelar los salarios dejados de percibir, así como las prestaciones e incapacidades generadas del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015) hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018); de igual forma, que se dispusiera la remisión de copias contra la empresa empleadora ante la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Trabajo para que se investiguen las conductas de fraude a resolución judicial que a su juicio incurrió, se disponga su reintegro al cargo que venía desempeñando o uno de mejor jerarquía al que venía desempeñando y que la entidad promotora de salud diligencie los formatos correspondientes para la calificación de pérdida de capacidad laboral, así como que asegure su remisión al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

Competencia

Le asiste competencia a este Estrado constitucional para resolver la discrepancia propuesta, conforme lo disponen los artículos 228 y subsiguientes de la Carta Política, en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Actuación Procesal

El catorce (14) de enero del año en curso, el Juzgado Treinta (30) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, avocó conocimiento de la acción de tutela y en consecuencia, corrió traslado de la demanda a la entidad accionada, para que en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones.

El veintisiete (27) del mismo mes y año, emitió fallo de primera instancia declarando improcedente la acción de tutela invocada.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dentro del término de ley, el accionante impugnó la decisión y el dieciocho (18) de febrero siguiente, se avocó por esta Judicatura Constitucional el conocimiento de la alzada.

Decisión recurrida

Tras referir ampliamente los presupuestos normativos y jurisprudenciales relacionados con el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, el *a quo* declaró improcedente el amparo de tutela aduciendo que el juez constitucional no es el competente para pronunciarse sobre el objeto de controversia, pues la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa idóneos para la protección de sus prerrogativas al interior de la jurisdicción ordinaria o a través del trámite previsto en la Ley 1438 de 2011, mediante la cual se otorgaron funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud.

Aunó a ello, que la parte interesada tampoco acreditó la existencia de un perjuicio irremediable y que para rematar, los hechos datan de 2014 y en ese contexto, se omitió la aplicación del principio de inmediatez.

Medio de gravamen

Jorge Alberto Ortiz Bernal, apoderado de Alba Sinisterra Maldonado – accionante, tras reiterar los hechos de la demanda de tutela, señaló que desde el primero (1) de marzo de dos mil quince (2015), la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., ha omitido el pago del salario y los auxilios de incapacidad generados entre el veinte (20) de febrero y el veinticuatro (24) de agosto de ese año, tras el accidente laboral sufrido por aquella en 2012, sumado a la renuencia de reportarlo ante la ARL como tal, trasgrediendo su derecho al mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Añadió, que si bien el Ministerio del Trabajo no se ha pronunciado en torno a la solicitud efectuada por la empresa accionada, atinente a la autorización de despido, de acceder a la misma, la accionante quedaría desamparada no solo económicamente sino en cuanto a la prestación del servicio de salud, el cual requiere para atender la patología que la aqueja.

Consideró que el despido de la actora, proviene de un acto de discriminación dado su estado de salud, por lo que procede el amparo constitucional para garantizar la estabilidad laboral reforzada.

Sostuvo que el juez de primer grado, aplicó e interpretó erradamente las normas que se ajustan al caso de su poderdante, aunado a que omitió efectuar una



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

valoración eficiente de los hechos y las pruebas adosadas con la demanda; eludió solicitarle a la empresa accionada responder las peticiones elevadas, no se pronunció en torno a la indemnización de los 180 días, ni dispuso lo necesario para que la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizara el dictamen solicitado.

A su juicio, en la demanda de tutela se consignó en forma clara y suficiente los hechos y pretensiones que se persiguen con la misma y «*las garantías que fueron desconocidas por la actuación ilegítima del JUZGADO TREINTA (30) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS, (sic) DE BOGOTÁ D.C.*», actuación que en su criterio, vulnera los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los que es titular.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción constitucional de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991.

Dilucidado lo anterior, debe señalar el Despacho que si bien la accionante solicitó el amparo de sus derechos a través de apoderado, el mentado profesional no desarrolló en forma clara los hechos y pretensiones de la demanda y la impugnación, comprende este Juzgado, que el problema jurídico trabado entre las partes en el presente asunto, se circunscribe a determinar si se cumplen los requisitos de procedibilidad para garantizar la protección de los derechos fundamentales invocados a través del presente amparo constitucional, o si por el contrario, se debe acudir a los mecanismos de defensa establecidos en la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, se tiene en primer lugar, que tras efectuar un extenso recuento de los hechos que motivaron el presente trámite y que datan desde 2012, el apoderado de la accionante solicitó el pago de las incapacidades generadas con ocasión del presunto accidente de trabajo que sufrió ésta en un evento realizado por la empresa en diciembre de ese año.

Al respecto y de acuerdo a las propias manifestaciones del profesional del derecho, el incumplimiento en el pago de dichos auxilios, derivó en la interposición de una demanda de tutela que le correspondió al Juzgado Séptimo (7) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta Ciudad, donde se concedió el amparo deprecado.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En esa oportunidad, el citado estrado judicial estableció que la demandante fue incapacitada desde el ocho (8) de agosto de dos mil trece (2013), en razón de la patología «*TRASTORNO DE LA ROTULA NO ESPECIFICADO*», que dicha enfermedad fue catalogada de origen común, que el veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014) Sanitas EPS remitió el concepto de rehabilitación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y que correspondía a ésta última, asumir la prestación desde el día 181, así como determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con la finalidad de establecer la viabilidad de reconocer la pensión por invalidez.

Igualmente, destacó que la EPS efectuó el pago del auxilio hasta el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), cuando se cumplió el día 180 y que dado que el referido fondo de pensiones se rehusó a cubrir tal prestación, la misma fue asumida por BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S. hasta el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), aunque no estaba obligada a ello.

En ese contexto y tras precisar que el pago de la incapacidad sustituye el salario, el Juzgado en cita, concedió el amparo de tutela y en consecuencia, ordenó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, cancelar los auxilios generados desde el veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015) y las que se causaran hasta cuando se realizara la calificación de pérdida de capacidad laboral y remitir el caso a la Junta de Calificación de Invalidez, mientras que a Sanitas EPS le correspondió resolver la petición impetrada el dieciocho (18) de marzo de ese año y reiterada el diecinueve (19) de junio siguiente.

De otra parte, señaló que en torno a la pretensión de reajuste del valor de la incapacidad, debía dirimirse al interior de la jurisdicción ordinaria y negó la petición de reintegró comoquiera que la accionante no había sido desvinculada laboralmente.

De acuerdo a las aseveraciones del representante de los intereses de la tutelante, la entidad accionada no acató la orden de amparo, por lo que el diez (10) de noviembre dos mil quince (2015), presentó el incidente de desacato, empero, a la fecha no se ha cumplido la orden de tutela en mención.

Por ello, invocó el amparo constitucional que concita la atención de este estrado judicial en sede de impugnación, solicitando en la demanda de tutela, el pago de las incapacidades generadas desde el veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015) hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018), mientras que en el libelo de la censura, sostuvo que se adeudaban los auxilios otorgados del veinte (20) de febrero al veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015).

Corrido el traslado de la demanda por el Juzgado Treinta (30) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad al que correspondió por reparto, la Directora de Litigios de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbct@cendoj.ramajudicial.gov.co

Porvenir S.A. informó que en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento se procedió al pago de las incapacidades concedidas entre el veinte (20) de febrero y el veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015).

Igualmente, indicó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció en el caso de la accionante, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 47.24%, con fecha de estructuración veinticinco (25) de julio de dos mil quince (2015) y enfermedad de origen común y por lo tanto, no tiene derecho a la pensión de invalidez.

También sostuvo que las incapacidades que se extiendan por más de 540 días, deben ser canceladas por la EPS y que no es procedente efectuar un nuevo proceso de calificación, teniendo en cuenta que la EPS no ha emitido un nuevo concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable.

Por su parte, la Representante Legal para temas de Salud y Acciones de Tutela de Sanitas EPS, indicó que la accionante se encuentra activa en calidad de cotizante dependiente, que esa entidad ha validado y expedido incapacidades durante el periodo comprendido entre el ocho (8) de marzo de dos mil trece (2013) y el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), tras lo cual corroboró las afirmaciones del Fondo de Pensiones y Cesantías.

Asimismo, indicó que en comunicación telefónica sostenida con el abogado de la accionante, le solicitó allegar las incapacidades otorgadas después de los 540 días, a la vez que le informó que serían reconocidas y canceladas las otorgadas después del primero (1) de agosto de dos mil diecisiete (2017), fecha en la que se le atribuyó tal obligación

Adujo que en atención a la solicitud efectuada por el Ministerio de Trabajo dentro del caso de la gestora de la tutela, reiteró la información suministrada con antelación y referida por Porvenir, a lo que añadió que aquella no objetó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y que esa entidad solo evidencia incapacidades trascritas hasta dos mil quince (2015).

Así, no resultan claros los hechos y menos las pretensiones del amparo deprecado; nótese en primer lugar, que en la demanda de tutela solicitó el pago de los auxilios surgidos en un periodo distinto al que reclamó en la impugnación, sumado a que de las respuestas emitidas tanto por la EPS como por el Fondo de Pensiones y Cesantías, se colige que se le otorgaron incapacidades hasta agosto de dos mil quince (2015) y que ésta última entidad efectuó su pago, dando cumplimiento a la orden emitida por el Juzgado Séptimo (7) Penal Municipal con Función de Conocimiento.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Si bien, dentro de los elementos probatorios adosados con la demanda, se evidencian dos constancias de incapacidad, las mismas corresponden a los períodos del diecinueve (19) de mayo y al seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018) por diez (10) y dos (2) días respectivamente, no demostró por ningún medio la existencia de otras incapacidades como en ese sentido se pronunció la EPS, entidad que ante las indagaciones del Ministerio de Trabajo, aseguró que las presentadas y transcritas corresponden a dos mil quince (2015).

Aunado a ello y si en gracia de discusión se admitiera que el apoderado de la tutelante acreditó la existencia de las incapacidades y en ese orden, el incumplimiento en el pago de las mismas, la tutela no resulta procedente comoquiera que se advierte carencia de inmediatez.

Ciertamente, conforme al artículo 86 de la Constitución Política traído a colación líneas atrás, la acción de tutela puede interponerse «*en todo momento*», de lo que se desprende que no tiene término de caducidad, tampoco se puede desconocer que lo que se persigue es evitar la consumación o continuación de la vulneración de un derecho fundamental, por lo que se le exige a su titular, que gestione el amparo constitucional dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario se desvirtuaría su carácter apremiante.

Bajo ese contexto, por vía jurisprudencial se estableció el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, cuya finalidad es preservar la seguridad jurídica, que no se afecten derechos de terceros y por supuesto, que no se desnaturalice la acción; en consecuencia, corresponde al juez de tutela verificar si entre la interposición de la demanda y la trasgresión que se alega, transcurrió un lapso moderado, pues de lo contrario, deberá declararse improcedente.

No obstante el paso del tiempo, se viabiliza la interposición del amparo constitucional cuando se acredita:

«(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que 'el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.»

Descendiendo al caso concreto, observa el Despacho que desde la concesión de las incapacidades, ya sea el veinte (20) de febrero, el veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015) o el treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018) hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela, no se evidencia actuación alguna desplegada por la parte actora, orientada a garantizar la protección de sus derechos fundamentales.

Aunado a ello, el representante de los intereses de la demandante tampoco esgrimió razón alguna por la que haya procedido en ese sentido, si ésta estuvo sometida a una situación de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad que le impidiera a ella o alguno de los miembros de su núcleo familiar presentar la acción de tutela y menos acreditó si se encontraba en una situación de debilidad manifiesta de tal entidad por la que no pudiera desplegar la defensa de sus propios derechos.

Ahora, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el mínimo vital fue definido como el *«ingreso de una persona destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional»*¹, por lo que no se explica el Despacho cómo desde la época de los hechos y sólo hasta ahora, la accionante ha garantizado su subsistencia mínima.

Pero por si lo anterior no fuese suficiente, tal como lo indicó y explicó el Juzgado de primer grado, la actora cuenta con los mecanismos establecidos por la Ley 1122 de 2007, mediante la cual se le atribuyeron funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud y en esa medida, se le facultó para conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS.

A juicio del Despacho, la existencia de tales medidas preventivas, garantizan la protección transitoria de los derechos presuntamente vulnerados; no obstante, la demandante prefirió acudir a la acción de tutela como medio optativo, sin haber demostrado la ineficacia del mecanismo principal, menos la existencia del perjuicio irremediable.

¹ Sentencia T-944 de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tampoco resulta procedente el amparo de tutela para declarar la responsabilidad laboral de la empresa accionada como lo reclamó el togado censor y menos para efectuar denuncias penales o disciplinarias, pues con dicho propósito puede acudir en forma directa ante las autoridades competentes y ejercer los medios idóneos previstos al interior de la jurisdicción ordinaria.

Ahora, en atención a las innumerables imprecisiones en las que incurrió el profesional del Derecho que representa los intereses de la actora, considera el Despacho necesario recordarle que el subsidio de incapacidad **sustituye** el salario como en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

«... el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar...»²

Ello quiere decir, que para de garantizar la subsistencia mínima del trabajador que por razones de enfermedad no puede acudir a trabajar y por ende, recibir el salario, se le otorga el auxilio en mención; o sea, el pago de uno excluye al otro, lo que quiere decir que no pueden ser cancelados ambos al tiempo, como parece entenderlo erradamente el censor.

No es verdad que corresponda la totalidad del pago del auxilio de incapacidad al empleador, pues de acuerdo al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y como también se le explicó al abogado el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento, son responsables del mismo, del día 1 al 3 el patrón, del día 4 al 180 la EPS, del 181 al 360 el Fondo de Pensiones y Cesantías y los siguientes, nuevamente a la EPS.

Por tal razón, en la determinación adoptada por éste último estrado judicial, se ordenó a Porvenir que efectuara el pago de las incapacidades desde el día 181, pues en ese momento le correspondía a tal entidad proceder en ese sentido; luego, se repite, como el subsidio sustituye el salario, no correspondía al empleador cubrirlo, pese a lo cual lo asumió durante un año, esto es, desde el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) hasta el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), en procura de los derechos de la empleada.

En torno al derecho a la estabilidad laboral reforzada, emerge patente resaltar que constituye una garantía que se extiende a todos los trabajadores en estado de debilidad manifiesta y que impide al empleador **la culminación del vínculo laboral** sea cual sea la naturaleza de éste, por su estado de salud o porque presenta dificultades para desempeñar las actividades del trabajo, aún si no cuenta con calificación de invalidez.

² Sentencia de Tutela 161 de 2019



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En ese orden, resulta viable garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada a través de la acción de tutela, siempre y cuando se acredite que existe nexo de causalidad entre los siguientes eventos:

- «(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, en estado de debilidad manifiesta o sujeto de especial protección;
- (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y
- (iii) Que la terminación del contrato o la desvinculación laboral se lleve a cabo sin permiso de la autoridad laboral competente.» **(Entre otras sentencias T-039 de 2010 y T-269 de 2010).**

Adversamente a ello, corresponde al empleador demostrar que no tenía conocimiento de la enfermedad padecida por el trabajador y qué razones diversas a tal situación, constituyeron la causa del despido y por ello, no solicitaron el permiso correspondiente ante la autoridad competente.

Para el caso concreto, se tiene que en atención a los referidos presupuestos, ciertamente y con la finalidad de acreditar su estado de salud, el apoderado de la demandante adosó algunos certificados de incapacidad procedente de la Clínica Colsanitas, en la que aparece consignado que padece: «*Codromalacia de la rótula*»; situación que indudablemente conlleva a que Alba Sinisterra Maldonado deba ser considerada una persona de especial protección y en tal medida, que el empleador garantice de manera reforzada, su trabajo o vínculo laboral.

«Esta protección constitucional, implica que “aquellas personas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad manifiesta deben ser protegidas y no pueden ser desvinculadas sin que medie una autorización especial”. Si bien todos los trabajadores tienen el derecho a no ser despedidos de manera abrupta, esa estabilidad adquiere el carácter de reforzada cuando se trate de, entre otros, personas en condición de discapacidad o en general con limitaciones físicas y/o psicológicas para realizar su trabajo. A estos sujetos se les debe respetar “la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que esta garantía constitucional, es predicable de aquellos sujetos con limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades laborales. Cobija a quienes padecen algún tipo de problema en su estado de salud que les impide realizar sus funciones.»³

Igualmente, de las manifestaciones de las partes se desprende que en razón de tal patología, se le han otorgado numerosas incapacidades de lo que se colige que el empleador conoce plenamente su estado de salud.

Pese a lo anterior, no puede desconocer el Despacho que se omitió demostrar si en la actualidad persiste la enfermedad, si la accionante se encuentra incapacitada y mucho menos, que haya sido despedida, pues de acuerdo a las manifestaciones de su representante, el fundamento de la presente acción se

³ Sentencia T-041 de 2014.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

circunscribió a la suposición que sería despedida, empero, omitió acreditar por algún medio tal aseveración.

Contrario a ello, se estableció que la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S. solicitó autorización para efectuar el despido de la actora ante el Ministerio de Trabajo, sin que a la fecha de presentación de la demanda de tutela se haya pronunciado al respecto; luego, se colige que la relación laboral permanece vigente.

En ese orden, resulta ilógico ordenar el reintegro, el pago de los salarios y prestaciones presuntamente dejados de percibir y mucho menos, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, la cual procede siempre que la terminación del contrato se haya efectuado por razón de la discapacidad padecida por el trabajador y sin el permiso de la oficina de trabajo, lo que en el *sub examine* palpablemente no se patentiza.

En cuanto al derecho de petición, debe señalarse que de acuerdo al artículo 23 de la Constitución Política, el cual hace parte del capítulo «*De los derechos fundamentales*»:

«Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales».

En desarrollo de la precitada disposición constitucional, el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, estableció que la entidad ante la cual se presenta la petición, dispone de 15 días hábiles, a partir de su presentación, para dar respuesta a la misma y que si en principio no es posible resolver de fondo en dicho lapso: «*la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto*»

Asimismo, el artículo 21 de dicha obra, consagra que si la autoridad ante quien fue presentada la solicitud carece de competencia para pronunciarse:

«...informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los diez (10) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario. Los términos para decidir se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente»

Bajo las premisas normativas referenciadas, la Corte Constitucional ha sido clara en resaltar a lo largo de su amplia jurisprudencia que la respuesta al derecho fundamental de petición debe cumplir con los siguientes cánones:



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

« (...) la respuesta a una solicitud debe cumplir los siguientes parámetros: (i) ser pronta y oportuna; (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente la situación planteada por el interesado; (iii) y, finalmente, tiene que ser puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estos ingredientes conllevará a la vulneración del goce efectivo de la petición, lo que en términos de la jurisprudencia conlleva a una infracción seria al principio democrático. El derecho fundamental de petición propende por la interacción eficaz entre los particulares y las entidades públicas o privadas, obligando a éstas a responder de manera oportuna, suficiente, efectiva y congruente las solicitudes hechas por aquellos. Faltar a alguna de estas características se traduce en la vulneración de esta garantía constitucional»⁴.

En el caso concreto, se tiene que de acuerdo a las manifestaciones esgrimidas por el apoderado de la tutelante, en marzo de dos mil diecinueve (2019), presentó petición ante la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., orientada a obtener información acerca de la situación laboral de ésta, solicitud que reiteró el trece (13) de enero del año que avanza.

El mismo togado, aseguró que la compañía respondió la misma indicando que dicha determinación se encontraba en manos del Ministerio de Trabajo, solución que a su juicio no es completa ni de fondo, razón por la que impetró el presente amparo constitucional.

Bajo ese contexto, advierte el Despacho en primer lugar, que no se allegó soporte alguno de la petición impetrada, ya sea de forma escrita ora de manera verbal, aunado a que ciñó los hechos y pretensiones de la demanda y la impugnación a cuestionar la respuesta emitida.

De acuerdo a ello, debe recordársele una vez más, que si bien la acción de tutela es el medio idóneo para garantizar el derecho de petición, con el cual se protege el acceso a la información, la referida prerrogativa no implica que la respuesta sea dada en el sentido que desea quien lo ejerce, como así lo ha conceptuado la Corte Constitucional desde sus albores y reiterado en muchos de sus fallos⁵, entre ellos, en la sentencia T-446 de 2012, en la que expuso:

«Sin embargo, se debe aclarar que, el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa»⁶.

En efecto la acción de tutela es un mecanismo flexible, no obstante, quien haga uso de la misma debe acreditar en cuando menos sumariamente, la trasgresión

⁴ Sentencia T-172 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio

⁵ Entre muchas, en las Sentencias T-335 de 1998, T-180 de 2001, T-316 de 2001, T-591 de 2001, T-985 de 2001, T-355 de 2002, T-562 de 2003, T-587 de 2006 y T-920 de 2006.

⁶ 2 de marzo de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de los derechos fundamentales de los que es titular, como en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

«un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.»⁷ Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional».⁸

Tampoco puede el apoderado de la parte actora pretender que por medio del presente mecanismo se disponga una nueva valoración ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que en relación con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de aquella, ya adoptó una determinación que no fue objeto de censura; luego, no es por vía de amparo constitucional que pueda o deba corregir sus falencias, errores y omisiones.

Finalmente, se le recuerda al censor que los argumentos de la impugnación deben orientarse a atacar el contenido de la decisión de primera instancia, por ende, no es posible a través del recurso de alzada, impetrar nuevos hechos, derechos y pretensiones, pues con dicha finalidad podrá presentar una nueva acción de tutela.

Lamenta el despacho profundamente la actuación exhibida por el profesional del derecho, quien abusando del amparo constitucional, planteó un sin número de acontecimientos respecto de los cuales el presente mecanismo o no resulta procedente o debe ser negado como en efecto pasara a resolverse.

Así las cosas, se confirmará el numeral primero del fallo de primer grado, toda vez que no se superó el análisis de inmediatez y procedibilidad en torno al pago de las incapacidades y se adicionará en el sentido de negarlo en cuanto a los derechos a la estabilidad laboral reforzada y petición, comoquiera que no se acreditó la vulneración efectiva de las mismas, como lo dispone el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

⁷ Sentencia T-702 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁸ sentencia T-571 de 2015



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Resuelve:

Primero: Adicionar el fallo de tutela emitido el veintisiete (27) enero del año que avanza, por el Juzgado Treinta (30) Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, dentro de la acción de tutela impetrada por Jorge Alberto Ortiz Bernal, en calidad de apoderado de Alba Sinisterra Maldonado, contra la empresa BHM Soluciones Integrales de Logística en Salud S.A.S., Sanitas EPS, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Riesgos Laborales Equidad.

Segundo. En consecuencia, negar el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada y petición, comoquiera que no se acreditó la vulneración efectiva de las mismas, como lo dispone el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. Confirmar el fallo impugnado en todo lo demás.

Cuarto. Notifíquese esta decisión a las partes, indicándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

Quinto. Remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

A.Ch.R.

Por situaciones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.