

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO 44 PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.
Carrera 29 N° 18 45 Bloque E Piso 3°
j44pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

**RADICACIÓN: TUTELA 2020 - 0064
ACCIONANTE: MARIBEL FLÓREZ GARCÉS
ACCIONADA: ORAFA S.A.
DECISIÓN: DECLARA IMPROCEDENTE
FECHA: VEINTISIETE (27) DE JULIO DE DOS MIL VEINTE (2020)**

OBJETO DE DECISIÓN

Resolver la demanda de tutela presentada por MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, mediante apoderado, contra la empresa ORAFA S.A., ante la presunta vulneración de derechos fundamentales.

HECHOS RELEVANTES Y PRETENSIONES

El apoderado de MARIBEL FLÓREZ GARCÉS expuso en la demanda que:

La tutelante tiene 58 años de edad, se encuentra afiliada a la NUEVA EPS S.A. y, a la ARL AXA COLPATRIA, es trabajadora de la empresa ORAFA S.A., desde el 29 de abril de 2010, en el cargo de vendedora con contrato a término Indefinido.

Debido a la situación que se vive con el COVIC 19, el gobierno creó excepciones especiales para tratar de no perjudicar a las empresas y proteger los derechos de los más vulnerables, pero las compañías se están aprovechando de esas excepciones para suspender contratos sin revisar la condición del trabajador vulnerable como la demandante con un concepto médico y persona mayor que quedará indefensa y desprotegida de la seguridad social y sin oportunidad de volver a laborar.

Existe certificado médico de 26 de mayo del 2020 de LA UNIÓN TEMPORAL CLÍNICA NUEVA EL LAGO que da cuenta que MARIBEL FLÓREZ GARCÉS tiene diagnóstico de ESPONDILOLISTESIS, con antecedentes de laminectomía L5 izquierda, quien pre consulta por persistencia de dolor en región lumbar, no puede levantar más de 3 kgs de peso, ni realizar ejercicios que impliquen impacto o vibración, ni hacer flexo extensión forzada del tronco.

La empresa ORAFA S.A., conociendo su enfermedad, suspendió el contrato el 24 de abril del 2020 por fuerza mayor, mediante comunicación enviada a través de correo.

La tutelante a la fecha no ha recibido ningún salario a pesar de que la empresa conoce su situación ya que existen sendos informes de la EPS.

La demandante tiene conocimiento que la empresa no ha dejado de laborar a pesar de estar cerrado el centro comercial, siguió por teletrabajo y produjo muy buenas ventas y en la sección donde ella labora todo el personal fue reintegrado.

Su situación económica es desesperante, tiene que cubrir todos los gastos personales y pago de servicios, que en su estado de salud es más delicado.

En la Carta de Suspensión la empresa dice que esta se hace efectivo a partir del 27 de abril del 2020 y hasta el día en que finalice la cuarentena decretada por el Gobierno Nacional.

Después de tener el contrato suspendido sin pagarle salario desde el 24 de abril del 2020, la empresa la citó para el día 08 de julio de 2020, donde le dicen que firme acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo.

La obligaron a firmar sin explicación del despido, sin tener en cuenta las recomendaciones médicas y su edad, colocando en peligro su seguridad social y su estado de salud psicológico, motriz y social.

La demandante ha quedado con depresión ya que no sabe qué va a pasar con su vida y a esta edad donde va a conseguir trabajo y seguir pagando su seguridad social y mantener sus necesidades básicas.

Pide Se ordene a la empresa ORAFA S.A. el reintegro, al cargo que venía ocupando o a uno de igual o superior categoría u observando las recomendaciones por parte del médico tratante, el pago de salarios dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, así como realizar los aportes al sistema general de seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales), el pago de la suma equivalente a 180 días de salario, como consecuencia del despido injusto, sin contar con el permiso del Ministerio del trabajo, tal como lo establece el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Ordenar a la sociedad ORAFA S.A. se abstenga de realizar actos de acoso laboral en contra de la accionante una vez que se produzca su reintegro.

Aportó, diagnóstico de estado de salud (historia clínica), carta de suspensión laboral transitoria, carta de terminación del contrato, constancia de tiempo de servicio.

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue repartida a este Despacho y admitida a través de auto de 13 de julio de 2020, notificada a la parte accionante, a la accionada empresa ORAFA S.A., para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones. Así mismo, se vinculó a la ARL SEGUROS COLPATRIA, a la NUEVA EPS y al MINISTERIO DE TRABAJO.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA y VINCULADAS

La Representante Legal de la empresa ORAFA S.A, debidamente acreditada, indicó que:

La demandante suscribió un acuerdo en virtud del cual su contrato de trabajo se terminó de manera legal, por mutuo consentimiento en los términos consagrados en el Art. 61 del C.S.T, literal b).

Su retiro fue voluntario, la ex trabajadora no reportó ninguna novedad de salud, tampoco lo hizo al diligenciar la encuesta de salud ordenada por el Gobierno Nacional para determinar enfermedades preexistentes de los trabajadores, que pudieran resultar letales en caso de contraer el COVID 19.

Al momento de su retiro voluntario se le entregó orden para que se practicara el examen médico respectivo, en el cual se evidencia que MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, no registra restricción de salud que pueda sugerir la existencia de algún fuero ocupacional. No se conoce por parte de la empresa el examen referido en la demanda de tutela.

En el último año de servicios la accionante no reportó enfermedad que le impida laborar como vendedora de joyas y relojes. Según los exámenes médicos ocupacionales, no registra ninguna lesión incapacitante.

La trabajadora se desempeñó como vendedora de relojes y joyas por eso no registra restricciones de tipo ocupacional, en ninguno de sus exámenes ocupacionales, ni siquiera en el examen médico de retiro aparecen restricciones de tipo laboral.

El contrato de trabajo terminó por MUTUO CONSENTIMIENTO, ante la grave crisis económica que aqueja a la compañía por los cierres de los centros comerciales donde tiene sus establecimientos de comercio, ante la imposibilidad de que los trabajadores puedan estar en el número habitual, por el sistema de aforo y las normas de distanciamiento social, aceptó terminar el contrato, recibiendo a cambio una suma transaccional.

Nunca la trabajadora presentó objeción relacionada con el hecho de la terminación, por el contrario, acudió a la empresa a firmar los acuerdos e incluso volvió al día siguiente para corregir el cheque de la liquidación que ya le fue cancelada en un monto igual a \$9'722.682.

Mientras el contrato de trabajo estuvo vigente la accionante estuvo afiliada a la NUEVA EPS S.A. y ARL AXA COLPATRIA.

No es cierto que la actora haya sido “desmejorada” por su condición de salud, pues no padece ninguna enfermedad profesional como de manera maliciosa indica.

El revisor fiscal de la empresa certifica las grandes pérdidas económicas registradas por ORAFA S.A., propietaria de la marca “Kevin`s joyeros”, organización que tiene todos sus establecimientos de comercio, incluyendo aquel en el que laboraba la actora en centros comerciales, cerrados por orden del Gobierno Nacional desde el día 20 de marzo y reabiertos, con sistemas estrictos de aforo, desde el día 14 de junio de 2020.

La verificación de fuerza mayor al Ministerio de Trabajo fue presentada en las ciudades de Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cali, Villavicencio, Ibagué, Cartagena, Bucaramanga, Neiva, y el mismo Ministerio confirmó el cierre de establecimientos de comercio en todo el país, como estrategia para contener la pandemia.

Con la accionante se manejaron distintas alternativas remuneradas y no remuneradas, desde el 13 de marzo de 2020 que se iniciaron las restricciones y medidas de aislamiento obligatorio, tales como vacaciones, licencia no remunerada solicitada por la trabajadora y finalmente, cuando ya no fue posible mantener el pago de salarios, la suspensión por fuerza mayor del contrato de trabajo, con el conocimiento y seguimiento por parte del Ministerio de Trabajo.

La demandante solicitó permiso no remunerado, escrito de su propio puño y letra, firmó el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, libre y voluntariamente.

La Gerente de Gestión Humana, atendió a la accionante el día 8 de julio, en acta se acordó la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, a cambio de una suma transaccional, que incluso, la demandante agradeció el tiempo y la oportunidad de haber trabajado en una empresa tan cumplida y hasta propuso ideas para más adelante tenerlas en cuenta, y al día siguiente 9 de julio de 2020 acudió nuevamente para corregir un error que tenía el cheque con el que se le realizó el pago de sus acreencias laborales.

No es cierto, que se presentaron “sendos documentos” sobre supuesta enfermedad profesional porque no existen.

Por el contrario, los exámenes ocupacionales practicados a la actora en 2018, 2019 y el examen médico de retiro en 2020, dan fe de que no padece enfermedad profesional y tampoco posee restricciones de tipo ocupacional.

La empresa cuenta con 23 establecimientos de comercio, ubicados en centros comerciales, no estaba preparada para manejar la operación vía web, como muchos otros empresarios del país.

A la fecha la empresa no ha restablecido la totalidad de contratos suspendidos, en atención a que la gradualidad de la reactivación de actividades económicas a nivel nacional y a nivel de Bogotá y, los protocolos de bioseguridad que se han adoptado en las distintas ciudades donde se cuenta con frentes de trabajo y también en las distintas localidades de Bogotá.

La situación actual sigue siendo crítica en atención a las medidas de aislamiento obligatorio que se han venido implementando, en las distintas ciudades en donde ORAFA S.A. cuenta con establecimientos de comercio y también por los cierres parciales que se vienen registrando en la ciudad de Bogotá. Significa lo anterior que nada tuvo que ver la edad o la supuesta condición de salud de la actora (no conocida, ni diagnosticada) con la suspensión del contrato de trabajo y que no es cierto que la empresa haya desplegado actuaciones discriminatorias que puedan dar lugar a la prosperidad de sus peticiones.

Para este momento, sólo ha sido posible reactivar a 145 trabajadoras y quedan por reactivar 97 contratos de trabajo, se registran pérdidas económicas que superan con corte a Mayo 31 \$ 852.952.514, pérdidas que, con corte a julio del presente año va a ser mucho mayor teniendo en cuenta que los puntos de venta estuvieron cerrados de marzo 20 a junio 14 y a la fecha de ese informe volvieron a cerrar nuevamente otros puntos de venta con motivo de las nuevas medidas de cuarentena por sectores incluyendo el Centro Comercial Andino.

Es claro que vienen adelantando múltiples esfuerzos para evitar el cierre de la empresa como fuente de empleo de casi 200 trabajadores, en todo el país.

Por la pandemia relacionada con el COVID 19, la orden impartida por la autoridad de cerrar establecimientos de comercio, las medidas de aislamiento obligatorio, que han dado lugar a la imposibilidad total de ejercer la actividad de comercio de la cual derivan sus ingresos, se constituye un hecho imprevisible e irresistible de FUERZA MAYOR que justifican la aplicación del numeral 1 del Art. 51 del C.S.T.

Allegan, los pagos realizados durante el primer semestre del 2020, aclarando que desde marzo de 2020 y en atención a solicitudes de la misma actora, se registraron tiempos de suspensión por licencia no remunerada, vacaciones anticipadas, la suspensión por fuerza mayor del contrato de trabajo y finalmente LA TERMINACIÓN LEGAL POR MUTUO CONSENTIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Nunca hasta ahora la actora había argumentado su condición de salud o su interés de reactivar labores.

Según lo señalado por el Ministerio de Trabajo no corresponden a esta entidad declarar la existencia de fuerza mayor, tampoco autorizar la suspensión del contrato por fuerza mayor, conforme a lo consagrado en el Art. 51 numeral 1 del C.S.T., sin embargo, se avisó al Ministerio y solicitó la verificación de las condiciones de fuerza mayor que dieron lugar a la suspensión del contrato de trabajo de la actora entre el 27 de abril de 2020 y el 8 de julio de 2020.

El trámite de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, de conformidad con lo dispuesto en el art 53 numeral 1 del C.S.T, no requiere de autorización del

Ministerio de Trabajo, pero sí de aviso a este ente solicitando la verificación de las circunstancias fuerza mayor, trámite que se cumplió para este caso.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela, porque no es el medio para discutir los hechos que rodearon la terminación por mutuo consentimiento y con el pago de una suma transaccional a la actora.

La trabajadora no se encuentra en estado de debilidad manifiesta, tampoco es discapacitada, por tanto, no se demuestran las condiciones requeridas para acudir a la tutela como un mecanismo residual y transitorio.

Aportó:

- Contrato de trabajo.
- Nómina 6 meses
- Aportes a la seguridad social, últimos 6 meses.
- Informe Andrea Betancourt
- Comunicación suspensión enviada a la actora
- Comunicación radicada 08SE202074110000008118 ante Ministerio de Trabajo, informando la suspensión de contratos de trabajo y solicitando verificar las razones de fuerza mayor que dieron lugar a esa decisión
- Documentos remitidos por ORAFA S.A. ante lo requerido por el Ministerio de Trabajo
- Respuesta dada por Ministerio de Trabajo
- Encuesta de salud
- Exámenes médicos ocupacionales y examen médico de retiro
- Liquidación final de prestaciones sociales
- Comprobante de pago de la liquidación con suma transaccional
- Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo
- Examen médico ocupacional del 26 de febrero de 2018, en donde se señala que MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, no registró “NI LIMITACIONES, NI RESTRICCIONES PARA EL CARGO”
- Encuesta de salud en donde la actora reportó que no padecía NINGUNA enfermedad
- Examen médico de retiro, en donde no se registran restricciones laborales
- Carta comunicando a la actora la suspensión del contrato de trabajo, por fuerza mayor, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 53 numeral 1 del C.S.T.

El Representante Legal de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., debidamente acreditado, indicó que:

La accionante estuvo afiliada por última vez a la Administradora de Riesgos Laborales de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., como trabajador dependiente de la empresa ORAFA S.A. desde el 16 de abril de 2009 y hasta la presente fecha dicha afiliación se encuentra vigente.

La afiliación de la actora a la ARL de AXA COLPATRIA ampara en los términos de Ley, sólo las contingencias derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral.

La afiliación de la demandante a la ARL de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., se extendió a amparar en los términos de ley, la cobertura de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de un accidente de 27 de junio de 2016.

La ARL de AXA COLPATRIA DE SEGUROS DE VIDA S.A., no ha vulnerado derecho fundamental, pues la solicitud en esta acción constitucional **está encaminada al reconocimiento de derechos emanados de la relación laboral**, evento totalmente ajeno a la esfera de la ARL, motivo por el cual, pide **DESVINCULAR** a la ARL de la acción de tutela.

El apoderado especial de la NUEVA EPS, debidamente acreditado, indicó que, en la base de afiliados de la NUEVA EPS, se determinó que MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, se encuentra en estado ACTIVO en el Régimen Contributivo, categoría A, sin presentación de solicitud de desvinculación.

La EPS no es sujeto pasivo de la presente actuación, toda vez que el asunto versa respecto de temas contractuales de los que la entidad no tiene conocimiento, por ello pide DENEGAR O DESVINCULAR a la NUEVA EPS de la acción de tutela.

La Asesora de la oficina Asesora Jurídica, del Ministerio del Trabajo, debidamente acreditada, indicó que:

Se debe declarar improcedente la acción de tutela en contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es ni fue el empleador de la accionante, lo que implica que no existe ni existió un 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.

La Constitución Política contempla el derecho a la estabilidad laboral en su artículo 53 como principio fundante de la normatividad laboral, y éste principio de estabilidad es aplicable a todas las relaciones laborales.

La legislación laboral establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados una protección especial que atiende a su especial condición de salud, dando una estabilidad reforzada (fuero de salud) a dichos trabajadores para la permanencia en sus trabajos, que obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador discapacitado o incapacitado, frente a los demás trabajadores, toda vez que no se encuentran en las mismas condiciones físicas y/o psíquicas, para el desarrollo de las funciones o tareas para las que han sido contratados; consiste entonces ese fuero en la protección especial de la que gozan los trabajadores que padecen: i) deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad, permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; u) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito normal del ser humano; ii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, que impide o limita el desempeño de una función normal de la persona, (disminución en la salud) que lo pone en condiciones de desigualdad ante los demás trabajadores.

El Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones dispone:

“ARTICULO 26, NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar, Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a 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.”

En la norma se evidencia que la limitación física de una persona no es motivo justificante para la válida terminación de su contrato de trabajo, razón por la cual ante el finiquito del vínculo contractual laboral con causa o con ocasión de la discapacidad o incapacidad del trabajador, dará lugar al reconocimiento y pago de indemnización equivalente a 180 días de salario.

En caso de proceder la reubicación se entenderá que, para dar cumplimiento a esta obligación, el trabajador debe poner en conocimiento al empleador de su estado de salud, mediante los dictámenes y recomendaciones médicas, a fin de obtener la reubicación en un cargo diferente al que ocupaba, siempre que sea compatible con sus capacidades y aptitudes. No obstante, deberá tenerse claro que en ningún caso la reubicación laboral puede comportar el desmejoramiento de las condiciones salariales inicialmente pactadas.

Mediante Circular 21 del 17 de marzo de 2020, el Ministerio presentó unos lineamientos a los empleadores que tienen por objeto proteger el empleo y la actividad productiva, considerando que se trata de un fenómeno temporal y que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional es un derecho y una obligación social, y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

El empleador tiene la facultad de reducir o ampliar la jornada laboral establecida dependiendo de las necesidades del servicio o necesidades especiales sin que este término sea contabilizado como horas extras.

De igual forma, puede optar por realizar turnos de trabajo con duración no superior a seis (6) horas diarias y treinta y seis (36) a la semana, los cuales se pueden realizar en cualquier horario o día de la semana, sin que esta situación genere recargo alguno (Literal c) artículo 161 CST).

Dados los acontecimientos de salud pública señalados, los empleadores pueden modificar su jornada laboral con la intención de proteger a sus trabajadores acortando sus jornadas laborales o disponiendo de turnos sucesivos que eviten la aglomeración de los trabajadores en sus instalaciones, en una misma jornada o en los sistemas de transporte masivo.

Asimismo, pueden otorgar vacaciones a los trabajadores antes de causar el derecho, lo cual se conoce como vacaciones anticipadas. De otra parte, los empleadores pueden fijar vacaciones colectivas de sus trabajadores, inclusive sin que ellos hayan cumplido el año de servicios

El pasado 19 de marzo, el Ministerio expidió la Circular 22, mediante la cual recordó el llamado que hace la Organización Internacional del Trabajo a todos los gobiernos del mundo, para proteger a los trabajadores, estimular la economía y el empleo, y sostener los puestos de trabajo y los ingresos en la crisis por la que atraviesa el planeta con la pandemia del COVID-19. En este mismo documento, el Ministerio aclaró que la configuración o no de una fuerza mayor corresponde valorarla al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración por las partes.

Por vía administrativa el Ministerio no puede resolver un conflicto surgido de una relación laboral, de esta manera lo indica el Manual del Inspector del Trabajo y Seguridad Social que indica en su página 241: *“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 (...)”*

Resulta claro que no corresponde al Ministerio del Trabajo determinar la legalidad de la terminación o suspensión de un vínculo laboral, o cualquier otra medida

tomada por parte de un empleador en plena emergencia sanitaria, pues ello lleva consigo la valoración particular de las condiciones de la empresa, el desarrollo de su objeto social y el impacto del COVID-19, valoraciones que son de la órbita exclusiva de los jueces en consonancia con lo señalado en el artículo 486, del Código Sustantivo del Trabajo.

En virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela y sin perjuicio de la decisión constitucional, el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de lo previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral.

Las funciones administrativas del Ministerio no pueden invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral, contenida en el artículo 20, del Código Procesal del trabajo y esta es la razón, para que al funcionario administrativo le esté vedado el pronunciamiento de juicios de valor que califiquen los derechos de las partes, función que es netamente jurisdiccional.

Pide declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el inciso 3° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para decidir en sede constitucional de primera instancia la acción de tutela ejercida mediante apoderado por MARIBEL FLÓREZ GARCÉS contra la empresa ORAFA S.A., ante la presunta vulneración de derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Carta Política y el canon 1 del Decreto 2591 de 1991, establecen que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión (...)”*.

A su vez, el artículo 37 del aludido Decreto, prevé que *“Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.”*

Procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, consagra la tutela como mecanismo breve y sumario para que los ciudadanos acudan ante los jueces en busca de protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de los funcionarios públicos y en algunos casos por los particulares.

Así mismo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha afirmado que la acción pública de tutela, es un medio jurídico que permite a cualquier persona, sin requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando con las circunstancias concretas de cada caso y ante la ausencia de otro medio de orden legal, permita el amparo de los

derechos amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos previstos en la ley.

CASO CONCRETO

En el sub examen, considera el apoderado de MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, se le vulneran los derechos fundamentales a la salud, estabilidad laboral reforzada y mínimo vital, por parte de la empresa ORAFA S.A., porque al momento de la terminación del contrato de trabajo, no tuvo en cuenta su estado de salud.

La empresa **ORAFA S.A.**, indicó que, la terminación de la relación laboral con la demandante se hizo de mutuo consentimiento mediante la suscripción de un acuerdo en virtud del cual su contrato de trabajo se terminó de manera legal, en los términos consagrados en el Art. 61 del C.S.T, literal b), la trabajadora no presentó objeción relacionada con el hecho de la terminación, por el contrario, acudió a la empresa a firmar los acuerdos e incluso volvió al día siguiente para corregir el cheque de la liquidación que ya le fue cancelada en un monto igual a \$9'722.682.

Resaltó que, la ex trabajadora no reportó ninguna novedad de salud, tampoco lo hizo al diligenciar la encuesta de salud, ordenada por el Gobierno Nacional para determinar enfermedades preexistentes de los trabajadores que pudieran resultar letales en caso de contraer el COVID 19, y que, al momento de su retiro se le entregó orden para que se practicara el examen médico respectivo, en el que no se registró restricción de salud, que pueda sugerir la existencia de algún fuero ocupacional, ni se conocen por parte de la empresa el examen referido en la demanda de tutela.

Adujo que, la trabajadora se desempeñó como vendedora de relojes y joyas por eso no registra restricciones de tipo ocupacional, en ninguno de sus exámenes ocupacionales, ni siquiera en el examen médico de retiro aparecen restricciones de tipo laboral.

Explicó que, con la accionante se manejaron distintas alternativas remuneradas y no remuneradas, desde el 13 de marzo de 2020, que se iniciaron las restricciones y medidas de aislamiento obligatorio, tales como vacaciones, licencia no remunerada solicitada por la trabajadora y finalmente, cuando ya no fue posible mantener el pago de salarios, la suspensión por fuerza mayor del contrato de trabajo, con el conocimiento y seguimiento por parte del Ministerio de Trabajo.

Advirtió que, por la pandemia relacionada con el COVID 19, la orden impartida por la autoridad de cerrar establecimientos de comercio, las medidas de aislamiento obligatorio, que han dado lugar a la imposibilidad total de ejercer la actividad de comercio de la cual derivan sus ingresos, se constituye un hecho imprevisible e irresistible de FUERZA MAYOR que justifican la aplicación del numeral 1 del Art. 51 del C.S.T.

Concluyó que, la trabajadora no se encuentra en estado de debilidad manifiesta, tampoco es discapacitada, por tanto, no se demuestran las condiciones requeridas para acudir a la tutela como un mecanismo residual y transitorio.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., indicó que, la accionante estuvo afiliada por última vez a la Administradora de Riesgos Laborales de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., como trabajador dependiente de la empresa ORAFA S.A. desde el 16 de abril de 2009 y hasta la presente fecha dicha afiliación se encuentra vigente, y que, la ARL de AXA COLPATRIA DE SEGUROS DE VIDA S.A., no ha vulnerado derecho fundamental, pues la solicitud en esta acción constitucional **está encaminada al reconocimiento de derechos emanados de la relación laboral**, evento totalmente ajeno a la esfera de la ARL.

La NUEVA EPS, indicó que, en la base de afiliados se determinó que MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, se encuentra en estado ACTIVO en el Régimen Contributivo,

categoría A, sin presentación de solicitud de desvinculación, y que, la EPS no es sujeto pasivo de la presente actuación, toda vez que el asunto versa respecto de temas contractuales de los que la entidad no tiene conocimiento.

El Ministerio del Trabajo, indicó que, se debe declarar improcedente la acción de tutela en contra del Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es ni fue el empleador de la accionante.

Indicó que, la Constitución Política contempla el derecho a la estabilidad laboral en su artículo 53 como principio fundante de la normatividad laboral, y éste principio de estabilidad es aplicable a todas las relaciones laborales.

Explicó que, mediante Circular 21 del 17 de marzo de 2020, el Ministerio presentó unos lineamientos a los empleadores que tienen por objeto proteger el empleo y la actividad productiva, considerando que se trata de un fenómeno temporal, y que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado y que, el pasado 19 de marzo, expidió la Circular 22, mediante la cual recordó el llamado que hace la Organización Internacional del Trabajo a todos los gobiernos del mundo, para proteger a los trabajadores, estimular la economía y el empleo, y sostener los puestos de trabajo y los ingresos en la crisis por la que atraviesa el planeta con la pandemia del COVID-19. En este mismo documento, el Ministerio aclaró que la configuración o no de una fuerza mayor corresponde valorarla al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración por las partes.

Afirmó que, no corresponde al Ministerio del Trabajo determinar la legalidad de la terminación o suspensión de un vínculo laboral, o cualquier otra medida tomada por parte de un empleador en plena emergencia sanitaria, pues ello lleva consigo la valoración particular de las condiciones de la empresa, el desarrollo de su objeto social y el impacto del COVID-19, valoraciones que son de la órbita exclusiva de los jueces en consonancia con lo señalado en el artículo 486, del Código Sustantivo del Trabajo.

Concluyó que, en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela y sin perjuicio de la decisión constitucional, el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de lo previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral.

Bajo este contexto, verificados los elementos materiales de prueba que hacen parte de este trámite constitucional, tanto los allegados por el demandante, como los aducidos en la respuesta por la accionada y vinculadas, el problema jurídico planteado a resolver, se dividirá en cuatro inferencias, a saber; **(i)** comprobación de la legitimación por activa y pasiva en la causa **(ii)** acreditación de requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción de tutela, de un lado, **inmediatez**, que consiste en verificar si la acción se ejerció de manera oportuna y de otro, **subsidiariedad**, establecer si la tutelante cuenta con un mecanismo judicial principal, idóneo y eficaz; **(iii)** si el accionante dado su estado de salud se incluye dentro de los sujetos con protección de estabilidad laboral reforzada, **(iv)** por último, si se acredita una situación de vulnerabilidad.

De superarse estas etapas se entrará al análisis de la controversia de fondo para verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados, de lo contrario, corresponde la declaratoria de improcedencia.

Frente al primer punto, legitimación por activa, el artículo 10 del Decreto reglamentario 2591 de 1991, advierte que, *“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera 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.”, este requisito se acredita, la señora MARIBEL FLÓREZ GARCÉS acude mediante apoderado, abogado titulado, para reclamar acción constitucional para la protección de derechos fundamentales. De igual forma, la legitimidad por pasiva se encuentra demostrada por cuanto es a la empresa ARAFA S.A., a quien se le atribuye la terminación de un contrato laboral con la demandante, vínculo contractual y pretensiones que permiten establecer que existe legitimidad en la causa por pasiva.

En relación al segundo punto, la inmediatez corresponde a que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración, pese a que en el artículo 86 superior, no se cuenta con un término de prescripción respecto a los hechos generadores de la solicitud del amparo constitucional, debe existir correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna, en el caso particular se tiene que, la finalización del contrato laboral, fue el 8 de julio de 2020, la formulación del amparo de protección el 13 del mismo mes y año, la accionante, no dejó transcurrir más de cinco días para ejercer la acción constitucional, la jurisprudencia constitucional ha colocado un límite perentorio de seis meses, el cual no se excedió.

En cuanto a la **subsidiaridad**, se tiene que, en consonancia con las pretensiones de la actora, el mecanismo principal e *idóneo* para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de la terminación del vínculo laboral es el procedimiento ordinario laboral, que regula el Capítulo XIV del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), en la medida en que, producto de su ejercicio, es posible que, de tener derecho la accionante al reintegro, se acceda a sus pretensiones, y se ordene el pago a su favor de los salarios y prestaciones dejados de percibir, de la sanción por despido sin justa causa y de aquella especial que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en los términos del artículo 48 del CPTSS, modificado por el artículo 2 de la Ley 1149 de 2007, **mecanismo judicial idóneo, eficaz**, que contiene un procedimiento expedito para su resolución.

Respecto al tercer planteamiento, si la accionante dado su estado de salud se incluye dentro de los sujetos con protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario precisar.

La estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (miembro de sindicato, **persona en situación de discapacidad física o mental**, o mujer en estado de embarazo). Dicha protección, entonces, no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de *“un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”*¹. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se predica únicamente de las personas en situación de invalidez, *“sino de todos aquellos que (i) tengan una afectación en su salud; (ii) esa circunstancia les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”; y se tema que, (iii) en esas condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho”*².

Tratándose de trabajadores con problemas de salud, sin que cuenten con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, corresponde

¹ Sentencias T-899 de 2014 y T-106 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Sentencia T-784 de 2009, en esta ocasión la Corte afirmó que *“la protección laboral reforzada no sólo se predica de quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez. Esta protección aplica también para aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo”*.

al juez constitucional verificar que esta afectación **le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.**

En Sentencia SU-049 de 2017, el Alto Tribunal Constitucional al respecto, concluyó:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Es decir, no toda afectación en la salud del trabajador puede enmarcarlo en una situación de protección laboral reforzada, se debe establecer que este padecimiento tenga repercusiones de tal magnitud que permitan inferir que el desempeño de sus labores se vea diezmado por su estado de salud, caso que no ocurre con la señora FLÓREZ GARCÉS, porque **NO** soporta una pérdida de capacidad laboral, además, su situación no afectaba sus labores diarias hasta la terminación del contrato, lo que permite concluir, que el padecimiento que soportaba no le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, de ahí que no sobrelleva incapacidades médicas recientes.

Si bien figuran en consulta de 26 de mayo de 2020, recomendaciones laborales, consistentes en no levantar más de 3 kilos de peso, evitar hacer ejercicios que impliquen impacto o repeticiones y no hacer flexo extensión forzada de tronco, para la labor de vendedora que ejercía en la empresa accionada no se antepone al desarrollo de sus actividades laborales.

En cuanto al último planteamiento, acreditación de una situación de vulnerabilidad, la cual supone la acreditación de tres condiciones; **(i)** pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, **(ii)** hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo negativa) y **(iii)** carecer de resiliencia, esto es, capacidad para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva).

La primera condición supone la constatación de que la accionante pertenece a una de las categorías de especial protección constitucional, situación que con anterioridad ya fue definida, no es beneficiario de estabilidad laboral reforzada.

No se encuentra en situación de riesgo, de la valoración de los elementos fácticos de la acción de tutela y los elementos de pruebas aportados, se deduce que su situación personal no es precaria, veamos por qué:

Si bien es persona de 58 años de edad, al verificar el Link de acceso público certificaciones COLPENSIONES figura afiliada desde el 16 de junio de 1978, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado, por la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que permite inferir que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Tiene en su haber la liquidación que ya le fue cancelada en un monto de \$9'722.682, como liquidación de su contrato incluyendo indemnización, dinero que le permitirá satisfacer sus necesidades básicas, hasta tanto decida agotar la vía

judicial ordinaria para la protección de sus derechos que reclama por amparo constitucional.

En comunicación telefónica con empleada de este juzgado (conforme constancia), la señora MARIBEL FLÓREZ GARCÉS, confirmó que vive en inmueble de su propiedad en compañía de sus dos hijos mayores de edad, uno de ellos trabaja, y que adicionalmente tiene otro inmueble en el municipio de Soacha, lo que permite inferir que su mínimo vital no se afecta.

De lo anterior se infiere que, la demandante es resiliente que, en palabras de la Corte Constitucional, es la *“capacidad para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)”*. En consecuencia, en el presente asunto, no se acredita el ejercicio subsidiario de la acción de tutela, en la medida en que la actora cuenta con mecanismo judicial principal, idóneo y definitivamente eficaz, para la garantía de sus derechos.

En cuanto al servicio de salud, este se garantiza por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada, dado que la accionante tiene un período de protección laboral, en el que la aseguradora en salud está obligada a dar continuidad a los tratamientos que tenga en curso el paciente.

Ahora, si pasado dicho periodo de protección laboral, si tiene capacidad económica puede afiliarse como independiente, o en su defecto realizar los trámites pertinentes para ser incluida en el Régimen Subsidiado en Salud conforme lo dispone el Decreto 3047 de 2013 del Ministerio de Salud, que señala que si un afiliado está en el Régimen Contributivo y pierde capacidad de pago, si previamente está clasificado en el nivel I y II del Sisbén, podrá pasar al Régimen Subsidiado con la misma EPS, donde se encuentre afiliado, sin perder la continuidad en la prestación del servicio, y que en el caso contrario, no este clasificado en el nivel I y II del Sisbén, deberá solicitar la aplicación de la encuesta Sisbén a Planeación Municipal o Distrital.

Empero, de necesitar acudir con urgencia al sistema de salud, es obligación del Estado, en este caso, el ente territorial por intermedio de su red de prestadores de servicios del Distrito Capital prestar atención médica, la IPS la atenderá y de acuerdo al estudio socioeconómico que le realicen al momento de la atención definirán el cargo que debe asumir, mientras finaliza el proceso de inclusión en el sistema de salud del régimen subsidiado.

Sin perjuicio del análisis de subsidiariedad anterior, corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral pronunciarse de manera definitiva, acerca de la constitucionalidad y legalidad de la terminación del contrato laboral. En el proceso judicial respectivo, las partes tienen la oportunidad de surtir el correspondiente debate probatorio y argumentativo, que excede el marco procesal que establece el Decreto 2591 de 1991 y sus normas concordantes y complementarias. Esta situación acentúa la importancia del requisito de subsidiariedad, ya que el proceso de tutela no cuenta con los escenarios procesales idóneos que exige un debate y valoración probatoria complejo, entre otras cosas por la informalidad del proceso de amparo y el objeto que persigue la actuación.

Ahora, si la acción de amparo la presentó como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, no lo probó, nada dijo en relación con la inminente, gravedad e irreparabilidad del daño que se generaría de no admitirse la protección, tampoco refirió una situación extrema en cuanto a su mínimo vital, solo afirmó que debía asumir los gastos de alimentación, servicios públicos, pero nada probó, no aportó prueba que diera cuenta de que ella sola asume la carga de su hogar, si hay carencia de entorno familiar, que no pudiera por el principio de solidaridad asumir sus obligaciones personales.

Tampoco informó sobre obligaciones bancarias o personales, elementos necesarios para que el despacho pudiera inferir una verdadera situación que estuviera colocando en peligro su mínimo vital.

Siendo esta acción constitucional un remedio de aplicación urgente para la protección de los derechos fundamentales por lo cual debe ejercerse de acuerdo con tal naturaleza, cuenta con mecanismos de defensa judicial idóneos, y que no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo solicitado se declarará improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 44 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción pública de tutela, presentada por **MARIBEL FLÓREZ GARCÉS**, conforme lo considerado.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación conforme a lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en el evento de que no sea impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación personal, remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y, en su defecto, archivar las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAÚL ALFREDO RIASCOS ORDOÑEZ
Juez

Firmado Por:

RAUL ALFREDO RIASCOS ORDOÑEZ
JUEZ
JUZGADO 044 MUNICIPAL PENAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2e00cd4e7c3b96b7817b112176f782b30f321cb6a027163ba0106c963793441c

Documento generado en 27/07/2020 10:57:58 a.m.