

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2020-064
Accionante: Aida Janeth Ballén González
Accionado: empresa Tempo Enlace
Decisión: Concede Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **AIDA JANETH BALLÉN GONZÁLEZ**, quien obra en nombre propio, en contra de la empresa Tempo Enlace, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La accionante, interpone tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que es auxiliar de enfermería, trabajando en un hogar geriátrico desde febrero de 2019; en febrero de 2020, se terminó el contrato y le renovaron el contrato con una empresa temporal llamada Tempo Enlace, siendo la misma empresa con la que estaba antes, pero con otra razón social. Inició labores con esta nueva empresa el 06 de marzo de 2020.
2. Agrega que en abril del presente año, se detectó unos nódulos en el seno derecho, solicito a la EPS una serie de exámenes y le dijeron sobre la posibilidad de realizarle una cirugía. Le informo a su jefe inmediato la señora **LUZ MIRIAM RUSSI**, de manera verbal, sobre la situación y de la cirugía, que pediría las citas médicas en los días de descanso para que no afectara su trabajo. El 24 de junio tuvo su primera cita con el mastólogo,

quién le informó que la remitiría con oncología, ya que, uno de los nódulos había crecido alarmantemente y necesitaba la opinión del oncólogo para posible quimioterapia antes de la cirugía. El 26 de junio de 2020, su jefe inmediato la mandó a llamar en su oficina y le entregó la carta de terminación de su contrato laboral; preguntándole la accionante que si tenía alguna queja de su trabajo, respondiéndole que no, entonces le indicó que si era por la situación de salud y le dijo que en parte si porque se iba a incapacitar y no había quien la cubriera y porque estaban recortando personal por la situación de la pandemia, terminando el contrato el 30 de junio de 2020.

3. Indica que quedó sin trabajo, sin seguridad social y sin la posibilidad de encontrar otro trabajo, por lo que se encuentra en tratamiento médico; que la empresa accionada le terminó su contrato laboral, sabiendo de su estado de salud; siendo necesario que su afiliación al sistema de seguridad social este vigente para que la puedan atender y así solicitar el tratamiento con los especialistas que requiere. Actualmente no tiene más ingresos que el de su salario. Que el empleador no solicitó permiso ante el Ministerio de Trabajo, manifestándole que daba por terminada la relación laboral sin justa causa,
4. Indica que tiene suspendido todo lo relacionado con su salud, por no estar afiliada a la EPS, a causa de su despido y desafiliación a salud; se vio forzada a detener su proceso médico que incluye exámenes, citas y tratamiento; no posee ninguna fuente de ingreso económico; no puedo buscar trabajo en otra empresa y tampoco puedo acceder al servicio de salud para continuar con su tratamiento médico. Tiene un hijo de 15 años que depende económicamente de ella y su esposo de 62 años, que también está desempleado y sin acceso a pensiones y subsidios, el único ingreso que tenían era el de su trabajo; aclara que nunca recibió la indemnización correspondiente por despido injustificado.

PRETENSIONES

Peticona la accionante se tutele a su favor, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la empresa Tempo Enlace, a reintegrarle a su trabajo, en igualdad de condiciones al que venía desempeñando, que se le garantice el derecho a la seguridad social en salud, ARL y pensiones para continuar su tratamiento por sus diagnósticos y reubicación mientras se restablece su salud totalmente.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Sociedad Tempoenlace S.A.S.

La representante legal de la empresa en mención, informo al Despacho, que dicha sociedad tiene como objeto social la contratación de servicios con terceros beneficiarios, en este caso, con la usuaria Asociación San Vicente de Paul Bogotá, para colaborar temporalmente, mediante la labor ejecutada con personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Agrega que no le consta con quien laboró la accionante para el año 2019; que la relación laboral con la señora **AIDA JANET**, fue desde el 06 de marzo al 30 de junio de 2020, mediante contrato por obra o labor, para la empresa usuaria la Asociación Sociedad San Vicente de Paul de Bogotá, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería; durante ese tiempo la empleada no tuvo recomendaciones o restricción laboral, su capacidad de trabajo nunca disminuyó o se vio afectada. Que su representada no tenía conocimiento del estado de salud de la accionante, y nunca fueron notificados de su presunto padecimiento; que durante la vigencia del contrato laboral, la accionante no tuvo incapacidades, recomendaciones o restricciones para laborar, o reubicación, que hayan llevado a inferir que la trabajadora padecía de alguna afectación de salud. Que no hubo una terminación de contrato sin mediar justa causa, lo que se presentó fue una terminación de contrato legalmente establecida en la ley, atendiendo que la obra o labor finalizó; la modalidad de vínculo laboral se aplicó acogiendo a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 45. El contrato laboral suscrito por la accionante fue de común acuerdo.

TERCEROS VINCULADOS

Ministerio de Trabajo

El Asesor asignado a la Oficina Asesora Jurídica de la entidad mención, informó al despacho que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es la empleadora de la accionante, lo que implica que no existe un vínculo de carácter laboral entre la demandante y la entidad, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da a lugar a que haya ausencia por parte del Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno. El Ministerio debe ser desvinculado de la presente acción, frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, establece las causales objetivas de terminación del contrato de trabajo, que varían de conformidad con el tipo de contrato que se haya celebrado entre el empleador y el trabajador y las circunstancias o eventos que terminen la relación existente entre estos. La

terminación del contrato se deriva de una descripción objetiva del mismo, señaladas por el legislador, y no de aquellas que conductas que comportan un quebrantamiento en sí a la relación laboral, tal es el caso de las justas causas de terminación del contrato de trabajo (art. 62) y de la terminación sin justa causa (art. 64).

Establece 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. Así es como la legislación laboral establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados una protección especial que atiende a su condición de salud, dando una estabilidad reforzada (fuero de salud), a dichos trabajadores para la permanencia e 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. El Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación; en esta norma se evidencia que la limitación física en un a persona no es motivo justificante para la válida terminación de su contrato de trabajo, razón por la cual ante la terminación 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. Así mismo, la norma indica que para despedir a un trabajador discapacitado se debe contar con la autorización del inspector del trabajo, sin excepción, como quiera que la norma que autorizaba la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada siempre que obrara una justa causa (Artículo 137 del decreto 19 de 2012 que modificaba el artículo 26 de la Ley 361).

Agrega que el sentir de la norma y la jurisprudencia constitucional es el de brindar protección especial al trabajador que se encuentra en esta de evidente discapacidad, representada en una disminución o limitación física o psíquica que le impida al empleado desarrollar su labor, lo cual se traduce en el derecho a conservar el empleo; a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo, y a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz.

Señala que mediante Circular 21 del 17 de marzo de 2020, el Ministerio presentó una serie de lineamientos a los empleadores, los cuales 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. De igual manera, el 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.

Según el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, considera que adicionalmente 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, previsto por el Código Procesal del Trabajo, en su artículo 1. Señala que las funciones administrativas de ese Ministerio no pueden invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral, contenida en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo. Finaliza solicitando al despacho, declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio de Trabajo, y exonerarlo de responsabilidad alguna que se le indilgue, por no existir obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

Sociedad HQ5 S.A.S.

El Representante legal de la sociedad en mención, manifestó al despacho que la accionante tuvo contrato de trabajo, el pasado 27 de febrero de 2019 al 27 de febrero de 2020, finalizando la relación laboral y no ha vuelto a tener un contrato de trabajo con la accionante. Que los hechos con terceros fueron posteriores a la fecha de terminación del contrato que existió. Los servicios de salud los garantiza el estado sin importar si la accionante se encuentra cotizando como empleada o independiente, i es beneficiaria o pertenece al régimen subsidiado; además si ya se inició un proceso con la EPS, es quien debe garantizar la continuidad de los servicios asistenciales, de acuerdo al principio de continuidad de servicios a la salud.

Finaliza indicando que se opone a cada una de las pretensiones de la accionante, ya que, su prohijada no ha vulnerado derechos fundamentales de la misma.

La Asociación Sociedad San Vicente de Paúl de Bogotá

La representante legal de la asociación en mención, indicó al despacho que debido a los aumentos y disminuciones en el volumen de trabajo en su asociación, ha requerido temporalmente la contratación de trabajadores en misión, mediante empresas de servicios temporales; por lo que la accionante como trabajadora en misión de la empresa de servicios temporales HQ5 SAS, en

el año 2019; y este año fue requerida nuevamente para laborar desde el 06 de marzo finalizando el 30 de junio de 2020, mediante la empresa de servicios temporales Tempoenlace SAS, en el cargo de auxiliar de enfermería, atendiendo que el motivo por el cual fue contratada ya había finalizado.

Agrega que mientras la accionante laboró en sus instalaciones, no tuvo conocimiento de algún diagnóstico médico, o alguna posible cirugía, ni posterior a la terminación del contrato, tampoco se le indicó algo sobre la posible cirugía o condición de salud; laborando hasta el 30 de junio de 2020, con las plenas capacidades laborales, nunca se ausentó por motivo de incapacidad, por lo que desconocen su estado de salud. Que la accionante puede acceder a los servicios de salud, mediante el régimen subsidiado de salud, además la EPS debe garantizar la continuidad del proceso médico que tenga. En cuanto a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no se evidencia que en este momento la capacidad laboral haya disminuido, tampoco se observa alguna prueba de soporte que su mínimo vital se está afectando, en cuanto a la desmejora de su salud, la llamada a garantizar el acceso a los servicios es la EPS y no su representada. Considera que no han vulnerado derecho alguno a la accionante, solicitando la desvinculación de la presente acción de tutela.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela se allegaron fotocopia de los siguientes documentos:

- La cédula de ciudadanía de la accionante.
- Partes de la historia clínica, de fechas 15 de julio de 2020, 11 de mayo de 2020, 13 de mayo de 2020, a nombre de la accionante, expedidas por la Clínica Oncológica, y Colsubsidio.
- Carta de terminación contrato por obra o labor, de fecha 30 de junio de 2020, dirigido a la accionante, expedido por el departamento de operaciones de la empresa Tempoenlace SAS.
- Historia clínica ocupacional, con fecha 06 de julio de 2020, a nombre de la accionante.

Por su parte la empresa Tempoenlace S.A.S., allego Fotocopia del certificado de cámara y comercio, contrato laboral, planilla de aportes a la Seguridad Social de la accionante, copia carta terminación contrato por obra o labor; la empresa HQ5, no allegó documento alguno de respaldo a su respuesta; El Ministerio de Trabajo, no aportó documento alguno que sirviera de respaldo a su respuesta.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, que dispone las reglas de

reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular respecto del cual el accionante tenía una relación de subordinación y que adicionalmente se aduce una situación de indefensión.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio del accionante y la accionada es Bogotá, y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política señala 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 u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados. También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reintegro laboral.

La tutela es un medio preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales que resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o, excepcionalmente, de los particulares. Acción que se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo que implica que sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste no sea efectivo, o cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

Sin embargo, de manera excepcional, la jurisprudencia Constitucional también ha admitido que es procedente la acción de tutela para proteger derechos laborales, como es el caso del reintegro de las personas en estado de debilidad manifiesta o de aquellas que, por mandato constitucional, gozan de una estabilidad reforzada, cuando de su amenaza se deriva la vulneración de derechos fundamentales y, por las circunstancias fácticas, se requiere de su salvaguarda urgente. Es decir, es procedente como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable, o cuando el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para su protección resulta inocuo, ineficaz o no es lo suficientemente efectivo para ofrecer una protección adecuada de los derechos. En este sentido, esta Corporación en la Sentencia T-341 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, indicó:

“La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, (...) salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada¹, a saber, los menores de edad, las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia y, como se verá a continuación, el trabajador discapacitado.

Dicho criterio proviene de la necesidad de un mecanismo célere y expedito para dirimir esta clase de conflictos cuando el afectado es un sujeto que amerite la estabilidad laboral reforzada, que es distinto al medio breve y sumario dispuesto para los trabajadores amparados con el fuero sindical o circunstancial, que facilita el inmediato reestablecimiento de sus derechos”

Por otro lado hay que tener presente en primer lugar, que la característica esencial de la acción de tutela es la subsidiariedad, la que se encuentra expresamente delimitada en el inciso 3 del artículo 86 de la Carta Política, cuando reza :

“esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

Norma que tiene desarrollo legal en el inciso 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que los atentados contra los derechos constitucionales o legales por parte de los particulares o de las autoridades públicas, deben ser protegidos mediante el ejercicio de las acciones ordinarias, con la observancia del procedimiento propio para cada caso concreto y ante la autoridad competente por cuanto en estos eventos, el mismo ordenamiento legal ha brindado los instrumentos jurídicos para su protección a los que debe recurrirse y no a la acción de tutela, puesto que:

*“Tiene, pues, esta institución, como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (Art. 86 inciso 3 Const. Nac.); el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza. **En otros términos la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios**, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico que el propio*

¹ Sentencias T-011 de 2008 y T-198 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-661 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce²” (Sentencia T.001 de abril 3 de 1992).” (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, la jurisdicción laboral fue instituida para resolver las controversias jurídicas que se originan directa o indirectamente de una relación laboral derivada de un contrato de trabajo y por tanto, de manera natural y especial, es la vía idónea, eficaz, adecuada para demandar el reconocimiento del citado vínculo, sus efectos y consecuencias, la acción ordinaria laboral, garantiza a las partes su derecho de defensa y contradicción frente a la posibilidad de que se surta un amplio debate probatorio; y en caso de definirse la situación a favor del trabajador por comprobarse la existencia del derecho, la protección que se le brinda es integral y completa, ya que sus efectos se reconocen y ordenan desde el momento en que se acreditó su reconocimiento, por lo tanto, este es el medio idóneo para buscar la protección de los derechos laborales, cuando estos se consideran afectados.

No obstante la EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE hace viable la acción de amparo, así se ha accedido al amparo por vía de tutela en los casos por ejemplo de violación del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas o de la igualdad de oportunidades para los trabajadores; en el derecho del trabajador a una remuneración mínima vital y móvil; o a una estabilidad reforzada en el empleo como lo es el caso de la mujer en estado de maternidad o del trabajador menor de edad, por lo tanto las controversias que se presenten en las relaciones entre trabajadores y empleadores que no tengan la debida incidencia Constitucional, quedan sujetas a la reclamación ante la jurisdicción competente.

*“Ha de reafirmar la Corte su jurisprudencia en el sentido de que, **salvo en los casos de perjuicio irremediable, o en los que no exista medio judicial idóneo para defender los derechos fundamentales de la persona afectada -como cuando están de por medio el mínimo vital o necesidades básicas inaplazables de personas pertenecientes a la tercera edad-, no procede la acción de tutela para resolver conflictos entre patronos y trabajadores.** En cuanto a tales asuntos existen normalmente vías judiciales aptas para la protección de los derechos violados o amenazados, lo cual implica que es la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de proferir fallo de mérito sobre el particular.”³ (Negrillas y Subrayas del Despacho).*

² Sent. T.001 de abril 3 de 1992.

³ Sentencia SU-667 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. “La jurisprudencia de la Corte ha admitido que excepcionalmente procede la tutela aun en materia laboral cuando, mirada la situación específica en que se halla el solicitante, se vislumbra la total ineficacia del medio judicial para la protección de derechos fundamentales violados o amenazados, o cuando se configura la inminencia de un perjuicio irremediable que amerite el amparo transitorio. Del primer género son los casos en que esté comprometido el mínimo vital del accionante y en que los derechos en juego lo son de una persona de la tercera edad, cuya urgencia e indefensión no admiten el trámite procesal normal. Del segundo, los eventos en que la resolución judicial ordinaria sea tardía y carente de utilidad para la defensa del derecho fundamental afectado de manera irreversible”.

Por lo tanto, en razón de la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la misma no es el mecanismo judicial principal para definir un debate litigioso sobre una relación laboral, porque existen consagrados procesos y procedimientos idóneos y eficaces para el efecto, que deben utilizarse en forma prevalente y entonces, sólo procede el amparo en materia laboral por la vía de tutela, cuando se establezca en el caso concreto el supuesto de falta de idoneidad del mecanismo ordinario, o frente a la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en que se prodigará de manera transitoria.

Por último, en la sentencia T -467 de 2010, con ponencia del Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, se refirió la Corte al alcance de la protección especial cuando el trabajador se encuentre en estado de disminución:

*“Además la jurisprudencia ha dado una interpretación más amplia y favorable en el entendido que la estabilidad laboral reforzada aplica no sólo para quienes tienen un grado de calificación porcentual sino también para quienes han sufrido una disminución, **en su salud como consecuencia del desarrollo de sus funciones.***

“Se observa que la normatividad vigente contenida en el derecho interno e internacional sobre la materia propugna una real protección de las personas con limitaciones para que éstas permanezcan en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada reintegración social. Sin embargo, cabría preguntarse qué sujetos deben estar protegidos por estas disposiciones. En este sentido, algunos podrían considerar que la estabilidad laboral reforzada sólo se aplica a aquellos que sufren algún grado de invalidez, tal y como lo sostuvo el accionado; sin embargo, resulta necesario definir con claridad quiénes están por éstas amparados, toda vez que la normatividad internacional y la jurisprudencia constitucional propugnan por un concepto de discapacidad más amplio. La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. Nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.”⁴ (Negrillas fuera del texto).

4. Debilidad Manifiesta o Disminuidos Físicamente

En este orden de ideas resulta pertinente señalar que la Corte Constitucional en

⁴ Ver sentencia T-198 de 2006

Sentencia C–531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso:

“(. . .)” Segundo.-Declarar EXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. “(. . .)”

Bajo el entendimiento que la Corte Constitucional le da a la referida disposición, incumbe a la parte accionante, como carga probatoria suya, acreditar, en el trámite procesal, en primer lugar, su condición de persona limitada y por tanto, amparada por las previsiones de ley 361 de 1997.

Sobre este requisito legal, resulta importante señalar que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de marzo de 2009, proferida dentro del Radicado 35.606, siendo Magistrada Ponente la Doctora ISAURA VARGAS DIAZ, citando a su vez la 32532 del 15 de julio de 2008, se pronunció en el siguiente sentido:

“(. . .)” “La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T...”

En la misma providencia se retomó, que en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, indicaron:

*“que los principios que la fundamentan están en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política. Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados y que está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º; al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a **quienes padecen una minusvalía significativa.** (...)”*

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los

parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.

5. Derecho a la estabilidad reforzada

La jurisprudencia constitucional, tanto en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad como el campo del control concreto, ha tenido oportunidad de referirse al derecho a la estabilidad reforzada, fijando algunas reglas que determinan su alcance y ámbito de aplicación.

Inicialmente, a través de diversos pronunciamientos⁵ ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se encuentra estrechamente vinculado a varios mandatos constitucionales, a saber: (i) en primer lugar, al artículo 53 superior el cual consagra el derecho a la “estabilidad en el empleo”, como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que dé estricto cumplimiento a un procedimiento previo”; (ii) en segundo lugar, al artículo 47 que le impone al Estado el deber de adelantar una política de “previsión, rehabilitación e integración social” a favor de las personas en situación de discapacidad; (iii) En tercer lugar, al artículo 13 que, al consagrar el derecho a la igualdad, le atribuye al Estado el deber de proteger “especialmente” a aquellas personas que por su condición económica, física o mental “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; y finalmente, (iv) al artículo 95 que le impone a la persona y al ciudadano el deber de “obrar conforme al principio de solidaridad social”, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud.

En desarrollo de los precitados preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997⁶ “Por la cual se establecen los medios de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

⁵ Sentencia T- 077 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), T- 320 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T- 064 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T- 317 de 2017 (Antonio José Lizarazo Ocampo), T- 589 de 2017(M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

⁶ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

Mediante dicho ordenamiento legal se adoptaron medidas de protección especial en favor de las personas que son desvinculadas laboralmente con ocasión de sus afecciones, previendo sanciones frente a cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos.

En ese orden, el artículo 26 de la referida ley consagró la prohibición de la terminación del contrato laboral de un trabajador por razón de su limitación física o mental, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo. A la par, estableció que ante la ausencia de tal aprobación, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado⁷.

Mediante Sentencia C-531 de 2000⁸, La Corte Constitucional, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la referida disposición. En dicho fallo, este Tribunal consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta “(...) presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”.

Bajo esa perspectiva, la Sala Plena de la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, bajo el entendido de que “*el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria*”⁹.

Por otra parte, mediante el comentado fallo, la Corte se ocupó de identificar a los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Al respecto, no realizó distinción alguna entre quienes se hallan en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y quienes gozan de la condición de invalidez. De allí que estableciera como titulares del derecho a las “*personas con limitación física, sensorial y mental*” entre los cuales se enlistaron a quienes pertenecen a grupos vulnerables como: (i) las mujeres embarazadas; (ii) las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) los aforados sindicales; y (iv) las madres cabeza de familia.

Ahora bien, en el ámbito del control concreto de constitucionalidad, la Corte ha sido pacífica en reconocer que el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada adquiere mayor relevancia cuando el trabajador es un sujeto que se encuentra en condición de invalidez o en situación de debilidad manifiesta por su situación física, síquica o sensorial. Ello, por cuanto son sujetos que han sido tradicionalmente discriminados y marginados debido a “(...) *la estrecha relación que guarda este asunto con el principio constitucional de igualdad material y*

⁷Artículo 26, inciso 2 de la Ley 361 de 1997.

⁸M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Sentencia C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*prohibición de la discriminación, de solidaridad y del derecho a la estabilidad en el empleo*¹⁰.

Bajo esa línea, la Corte se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada como: “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”¹¹.

Sin embargo, ha precisado la jurisprudencia en la materia que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se predica exclusivamente de las personas que, producto de una declaración efectuada por autoridad competente en el marco de un dictamen de invalidez, obtienen la calidad de sujetos en condición de discapacidad. Al contrario, “(...) *aquel se hace extensivo a quienes, como consecuencia de una afectación en su salud -debidamente certificada por el médico tratante, se encuentran en situación de debilidad manifiesta y son desvinculados por tal circunstancia*”¹².

En ese orden, la Corte mediante distintos pronunciamientos, ha reconocido la procedencia del amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada ordenando el reintegro de personas con deteriorado estado de salud, así como de aquellas que se encuentran incapacitadas, sin que medie una calificación que declare la invalidez. Lo anterior, por cuanto, en palabras de la Corte, “*dar un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las personas calificadas como discapacitados, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, esté o no calificada*”¹³.

En suma, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la luz de la Constitución, la Ley y la jurisprudencia constitucional, se concreta en obligación que tiene el empleador de respetar el procedimiento preestablecido para dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, ha sostenido la Corte que si el empleador no procede conforme lo establecido recae sobre él una *presunción de despido sin justa causa* y por ende discriminatorio. Todo eso, por cuanto “(...) *se sospecha que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del trabajador y se traslada al empleador la carga de la prueba, correspondiéndole*

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ver Sentencias T-337 y T-791 de 2009, T-118 de 2010, T-002 de 2011 y T-320 de 2016, T-589 de 2017, T-064 de 2017, entre otras.

¹² Ver Sentencias T-784 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-064 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-589 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

¹³ Ver sentencias T-040 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), T-064 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-589 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

*demostrar que la desvinculación no se dio con ocasión de la disminución física, sensorial o síquica del empleado y, por ende, se ajustó al ordenamiento jurídico*¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que el trabajador tiene el deber de informar al empleador sobre su situación de salud, pues en el supuesto de omitir comunicar tal información no opera la presunción de discriminación que recae en cabeza del empleador. En palabras de la Corte:

*“Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas*¹⁵.

Ahora bien, una vez delimitado el alcance de este derecho, cabe mencionar que la Corte se ha encargado de establecer las reglas a aplicar por parte del juez constitucional, en el supuesto en que pretenda conceder la protección del mismo a través de acción de tutela, así: *“(i) que el peticionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor*¹⁶. Así las cosas, de verificarse la configuración de tales requisitos, el juez constitucional podrá ordenar el reintegro del trabajador que ha sido desvinculado, sin que el empleador haya considerado la limitación física o mental que lo aqueja.

Por otro lado, cabe señalar que mediante sentencia T-521 de 2016¹⁷ la Corte concretó las reglas jurisprudenciales relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada con independencia de la vinculación laboral y la presunción de discriminación en la terminación de la relación laboral, en los siguientes términos:

¹⁴ Sentencia T-589 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁵ Sentencias T-029 de 2016 y T-589 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁶ Sentencia T-111 de 2012 (María Victoria Calle Correa), reiterada en sentencia T-877 de 2014, T-077 de 2014 T-064 de 2017, T-317 de 2017, SU-040 de 2018, entre otras.

¹⁷ Sentencia T-521 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza y Gloria Stella Ortiz, recientemente reiterada en la sentencia SU-040 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

En primer lugar, mediante la aludida providencia se advirtió que existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada *“siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales”*. Así, luego de analizar varias providencias en las que los accionantes, personas incapacitadas o con una discapacidad o problema de salud que disminuía su posibilidad física de trabajar, alegaban haber sido despedidos sin autorización del inspector de trabajo, la Corte consideró que *“con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”*.

(ii) En segundo lugar, se precisó que se entiende activada la garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador retirado¹⁸.

Sin embargo, respecto de este requisito cabe advertir que mediante sentencia T-029 de 2016¹⁹ la Sala Octava de Revisión de la alta Corporación declaró que de manera excepcional y sólo cuando las circunstancias del caso lo ameriten, el juez de tutela podrá ordenar el reintegro así el empleador no tuviera conocimiento de la situación de salud del trabajador. Ello, no para efectos de evitar una posible discriminación en cabeza del afectado, sino para garantizar la continuidad en el tratamiento de salud y la eficacia del principio de solidaridad, el cual, en el marco del referido fallo, les impone a ciertas personas la obligación de adoptar determinadas conductas de auxilio y colaboración frente a otras.

En otras palabras, Consideró la Corte en dicha oportunidad que *“(...) el juez constitucional está investido de la facultad de interceder en procura de la realización de actos de entes privados, encauzados a superar una situación problemática en la que se advierte una amenaza a garantías iusfundamentales”*.

Bajo esa línea, mediante la aludida sentencia se precisó la dimensión del principio de solidaridad en el campo de las relaciones laborales, reconociendo la asimetría propia de las mismas. En Palabras de la Corte *“(...) la desigualdad entre las partes –patrono y trabajador– se acrecienta significativamente cuando el segundo se encuentra en una situación de vulnerabilidad, como son las mujeres embarazadas o en licencia de maternidad, quienes padecen alguna discapacidad y las personas enfermas y/o convalecientes”*²⁰.

¹⁸ Al respecto, se hace referencia a la sentencia T-420 de 2015 (MP.(e)Myriam Ávila Roldán) en la cual se estableció como un presupuesto necesario para la protección de la estabilidad laboral reforzada, la exigencia de que el empleador conociera de los padecimientos de salud sufridos por el trabajador. Para la Corte *“(...) la garantía del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador que presenta alguna limitación física, sensorial o psíquica implica la constatación de los siguientes presupuestos: (i) que el trabajador presente una limitación física, sensorial o psíquica (ii) que el empleador tenga conocimiento de aquella situación (iii) que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo”*.

¹⁹ MP. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2016 (MP. Alberto Rojas Ríos)

Así las cosas se concluyó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de que son titulares los trabajadores que se hallen en condiciones de vulnerabilidad en razón de su estado de salud, “(...) *apareja para los empleadores el deber insoslayable de actuar con solidaridad*”. De allí que el juez constitucional tenga la facultad de amparar el referido derecho, aun cuando el empleador desconozca el estado de salud del trabajador. Ello, en aras de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de cuidado médico que se estiman imprescindibles para el tratamiento de una enfermedad.

(iii) En tercer lugar, la estabilidad laboral reforzada se aplica “*frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante*”.

Respecto del último de los parámetros la Corte ha estimado que cuando el trabajador es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, lo es con independencia del tipo de vinculación laboral en que se encuentre²¹, esto es, contrato a término fijo, indefinido, por duración de la obra²². Es decir, pese a la existencia de causas objetivas para la terminación del vínculo laboral (art. 61 C.S.T), las mismas no son suficientes para terminar la relación laboral si no se cumplen con las cargas contenidas el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al cual se hizo mención en precedencia²³.

De igual manera la Corte ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada no sólo aplica en los contratos celebrados a término indefinido sino también en aquellos de duración específica como los contratos de labor u obra. Por lo tanto, “*cuando una persona goza de estabilidad laboral reforzada, no puede ser desvinculada sin que exista una razón objetiva que justifique la terminación o la no renovación contractual y legalmente sin que tercie la autorización de la oficina del trabajo*”²⁴.

En ese orden de ideas, la sola llegada del plazo pactado por las partes en el contrato de trabajo, “*no es una razón constitucionalmente sostenible para finalizar el vínculo laboral*”²⁵, en tanto implica el desconocimiento del principio a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y de los derechos fundamentales de las personas que tienen algún tipo de discapacidad o limitación, “*al quedar en una situación de total desprotección,*

²¹ Sobre la materia revisar la Sentencia T-449 de 2008 mediante la cual la Corte consideró que “*la estabilidad laboral reforzada, propio de las relaciones jurídicas en las que esté inmersa una de aquellas personas que por razones de orden económico, físico o mental, se encuentre en estado de “debilidad manifiesta”, no es aplicable exclusivamente a aquellos celebrados a término indefinido sino también, a aquellos contratos pactados a un término fijo. (...) es una exigencia acudir a la Oficina del Trabajo para obtener la autorización necesaria para dar por terminado el contrato laboral al vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórrogas, si el trabajador es sujeto de especial protección constitucional ya que, en esos casos la llegada del término no es razón suficiente para darlo por terminado*”. Ver entre otras, las Sentencias: C-016 de 1998, T-040 A de 2001, T-546 de 2006, T-1083 de 2007 y T-864 de 2011.

²² T-589 de 2017 (M.P Alberto Rojas Ríos).

²³ T-589 de 2017 (M.P Alberto Rojas Ríos).

²⁴ Sentencia T-226 de 2012 (M.P Humberto Sierra Porto), reiterada en la sentencia T-521 de 2016 (M.P Alejandro Linares Cantillo), T-589 de 2017 (M.P Alberto Rojas Ríos), entre otras.

²⁵ Sentencia T-819 de 2008 (M.P Clara Inés Vargas Hernández) reiterada en la Sentencia T-547 de 2013 (M.P María Victoria Calle Correa).

*poniendo en vilo uno de los principios estructurantes del Estado Social de Derecho, cual es, la dignidad humana*²⁶.

Finalmente, y a modo de síntesis, es preciso agregar que mediante reciente sentencia SU-049 de 2017²⁷ la Corte concluyó que cuando las personas contraen una enfermedad o sufren un accidente, que les dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares, *“experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo”*.

PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta las afirmaciones de la actora, se procede a analizar, si la actuación realizada por la empresa Tempoelace SAS, vulneró derecho fundamental alguno, que ocasione perjuicio irremediable y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para dirimir este tipo de controversia laboral, asimismo definir si se dan los supuestos legales para considerar a **AIDA JANETH BALLÉN GONZÁLEZ**, sujeto especial de la protección que consagra el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Bajo los anteriores postulados, procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

De las pruebas documentales y lo narrado en el escrito de tutela, se tiene que **AIDA JANETH BALLÉN GONZÁLEZ**, trabajó con la empresa Tempoelace SAS, desde el 02 de enero hasta el 30 de junio de 2020, siendo el cargo por ella ocupado el de auxiliar de enfermería.

La accionante, plantea su inconformidad en el hecho que la empresa accionada terminó su vínculo laboral, sin tener en cuenta su estado de salud, ya que, en el mes de abril de 2020, se detectó unos nódulos en su seno derecho, solicitó cita con su EPS, le realizaron una serie de exámenes y le dijeron de una posible cirugía; que ella le informó a su jefe inmediato; que el 26 de junio de 2020, le entregaron la carta de terminación del contrato laboral; quedando sin trabajo, sin seguridad social y sin la posibilidad de encontrar otro trabajo, por encontrarse en tratamiento médico; que la empresa accionada, le terminó su contrato laboral, sabiendo de su estado de salud; requiere que su afiliación al sistema de seguridad social este vigente para que la puedan atender y solicitar el

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ M.P María Victoria Calle Correa.

tratamiento con los especialistas. Procede el Despacho a determinar si **AIDA JANETH**, es sujeto de especial protección por ser persona disminuida en su salud, y así hacer procedente el amparo.

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

El artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispone:

“... 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 Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Del aparte transcrito se advierte de entrada que la disposición legal, prevé que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación funcional, a menos que medie una autorización de la autoridad competente es decir un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo. Quiere decir ello, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece la trabajadora objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la terminación del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa correspondiente, en este caso representada por el Inspector de Trabajo. Se observa que la ley, en el evento reseñado, admite que el despido o la terminación del contrato es verdaderamente efectiva y que amerita la reparación de perjuicios que de ello se deriva, a través del reconocimiento de una indemnización especial a cargo del empleador, sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones que establecen las leyes que regulan el tema.

En este orden de ideas y de acuerdo a los soportes allegados al Juzgado, se evidencia que el 11 de mayo de 2020, le realizan ecografía de mama, en la IPS Colsubsidio, a la señora **AIDA JANET BALLÉN**, con opinión: *“Nódulo heterogéneo espiculado a las 9H de la mama derecha que amerita biopsia valoración por especialista de mama, quistes simples bilaterales menores de 10 mm, brads 5 hallazgos altamente sospechosos”*; resultado de la patología, de fecha 13 de mayo de 2020, estudio del tejido de la glándula mamaria, realizado a la aquí accionante, en la IPS Colsubsidio, por la patóloga **CLARA MORENO**, con diagnóstico anatomopatológicas: *“Biopsia seno derecho: 1-carcinoma mamario*

infiltrante de tipo ductal (No especial) grado nuclear 2 y grado 2 score 7 de Bloom Richardson. 2-Desmoplasia moderada. ...(...) Receptores estrógenos: positivos. Se observa positividad en 90% de los núcleos de las células tumorales.”; parte de la historia clínica, con fecha 15 de julio de 2020, consulta externa en la clínica Oncológica, a nombre de **AIDA JANET BALLÉN GONZÁLEZ**, motivo de la consulta: cáncer de mama, especialista oncología clínica, Dr. **EDGAR ANDRÉS PULIDO GIL**, impresión diagnóstica. Dx principal: tumor maligno de la mama, parte no especificada. Plan de manejo: Quimioterapia.

Por otra parte, la Empresa Tempoenlace S.A.S., informó lo siguiente: que de los documentos allegados por la accionante en la tutela, la señora **AIDA BALLÉN**, actualmente no presente alguna condición que disminuya su capacidad laboral, la empresa accionada no tenía conocimiento del presunto padecimiento de salud, y que durante el contrato de trabajo, la accionante, nunca presentó incapacidades, no tuvo recomendaciones o restricciones para laborar, o fue reubicada de su puesto de trabajo, o alguna otra circunstancia que haya llevado a inferir que la trabajadora padecía de alguna afectación de salud.

Es preciso empezar por señalar que en lo que respecta al *estado de debilidad manifiesta* derivado de una limitación física, sensorial o psíquica, el despacho puede establecer, a partir de los elementos de prueba aportados, que la señora **AIDA JANET BALLÉN GONZÁLEZ**, fue diagnosticada con la patología de “*tumor maligno de mama*” el día 13 de mayo de 2020, momento en el cual se encontraba vigente su relación laboral con el empresa Tempoenlace S.A.S., a la que se había vinculado desde el 06 de marzo de 2020, a través de un contrato de trabajo por obra o labor, para la empresa usuaria la Asociación Sociedad San Vicente de Paul de Bogotá, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería y la aludida relación de trabajo fue finalizada el día 30 de junio de 2020.

Ahora bien, observa el despacho que en el examen de egreso realizado el día 06 de julio de 2020, por el médico **OMAR HERRERA ROSAS**, registra la anotación de una patología actual, que la accionante se encontraba en tratamiento médico por parte de la EPS, de la siguiente manera: “*Revisión por sistemas: paciente con diagnóstico de cáncer de seno actualmente desde el mes de mayo de 2020 clasificación biras 5 seno derecho pendiente genética para asignar y en proceso pre valoración por oncología ante manejo quimioterapia y cirugía*”. Diagnóstico: *examen de salud ocupacional – tumor maligno de la mama, parte no especificada. Recomendaciones: Se recomienda la práctica de hábitos de vida saludable y actividades de autocuidado- control por EPS médico y continuar proceso terapéutico en curso.*

A partir de lo anterior, concluye el juzgado que la accionante se encontraba en estado de debilidad manifiesta, consecuencia de su patología y, por lo tanto, era un sujeto de especial protección constitucional para el momento en que se produjo su despido. En lo que se refiere concretamente al requisito del *conocimiento previo de empleador de la situación de vulnerabilidad en que se*

encontraba la accionante, encuentra el despacho que del material probatorio obrante no es posible establecer con plena claridad que ello haya ocurrido. En efecto, por una parte, la accionante adujo que le informó a la empresa de su situación y de una posible cirugía, a través de su jefe inmediato, la señora **LUZ MIRIAM RUSSI**, de manera verbal; que el 26 de junio de 2020, su jefe inmediato la citó en su despacho y le notificó la carta de terminación del contrato, ante esa situación con sorpresa le preguntó que si tenía alguna queja sobre su desempeño laboral, a lo que le respondió que no; le preguntó si el despido se debía a causa de su condición de salud, y la respuesta fue que en parte sí, porque posiblemente la iban a incapacitar y no había quien la cubriera y además la empresa estaba recortando personal por la situación de la pandemia por Covid 19; si vemos, según lo dicho por la accionante, en el mes de mayo de 2020, asiste a cita médica, se realiza los exámenes, le dan el diagnóstico correspondiente por parte del médico tratante, le informa a su jefe inmediato de su situación y de la posible cirugía y al mes siguiente, le terminan su contrato aduciendo que había finalizado su obra o labor; por ese motivo, el despido anticipado de la accionante sin ninguna causa objetiva, en el contexto en el que se presentó conforme se ha descrito hasta este punto, no puede más que ser considerado como una terminación de la relación laboral que tiene origen en el proceso de diagnóstico de una enfermedad catastrófica y que se torna, por ese motivo en un acto de discriminación y de anticipación a un diagnóstico definitivo que pudiera generar una estabilidad laboral indiscutible para la accionante.

Con lo anterior, se establece sin duda alguna, que en efecto la accionante se encuentra disminuida físicamente en su salud, quien en efecto, quedó demostrado, padece de cáncer de mama, y resulta posible ordenar su reintegro transitorio al puesto de trabajo, con el objeto de garantizarle el acceso a los servicios de salud y, en consecuencia, la continuidad en su tratamiento. Lo anterior, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia T- 029 de 2016²⁸, de la Corte Constitucional, la cual se hace mención en la parte considerativa del presente fallo, donde se estableció que, ante supuestos como el que en esta ocasión es objeto de estudio, le corresponde al empleador el deber constitucional de solidaridad respecto de quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, sin que ello implique imputarle una actitud discriminatoria.

De allí que, en criterio de este Despacho, resulte inconstitucional el sometimiento de la afectada a un proceso judicial ordinario con el objeto de obtener el restablecimiento del vínculo laboral y con ello obtener los servicios de la seguridad social en salud.

Conforme lo anterior, la acción de tutela se erige como el medio de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver sobre la protección de los derechos fundamentales invocados, debiéndose conceder el amparo deprecado **COMO MECANISMO TRANSITORIO** para evitar un perjuicio irremediable derivado de la condición de salud de la accionante, la carencia de ingresos económicos y la falta de seguridad social, especialmente el servicio de salud, mientras la

²⁸ M.P Alberto Rojas Ríos.

jurisdicción ordinaria dirime el debate.

En los términos de la jurisprudencia Constitucional, ante la falta de autorización para la terminación del contrato, por parte del Ministerio del Trabajo, debe declararse la ineficacia del despido por ausencia de tal requisito. En conclusión, debe prosperar la pretensión de reintegro y pago de seguridad social. Ahora bien, frente a la afirmación que hizo la empresa accionada de que el contrato de trabajo por obra o labor había finalizado, de igual manera se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada no sólo aplica en los contratos celebrados a término indefinido sino también en aquellos de duración específica como los contratos de labor u obra. Por lo tanto, *“cuando una persona goza de estabilidad laboral reforzada, no puede ser desvinculada sin que exista una razón objetiva que justifique la terminación o la no renovación contractual y legalmente sin que tercie la autorización de la oficina del trabajo”*²⁹, circunstancia bastante cuestionable para el empleador, quien debió de asegurarse incluso para esos efectos de la aquiescencia previa del Inspector de Trabajo, sobre todo cuando se está bajo tal presunción a favor del trabajador.

Así las cosas, **se concederá de manera transitoria** el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital de **AIDA JANET BALLÉN GONZÁLEZ**, en consecuencia de ello, se ordenará al representante legal de la empresa Tempoenlace SAS, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, **procederán en forma inmediata a reintegrar a la precitada, bien sea en el cargo que desempeñaba o en otro con igual o mejores condiciones, antes de la terminación del contrato de trabajo y la correspondiente afiliación al sistema de salud, en tanto la jurisdicción laboral dirime la controversia.**

Se aclara que el reconocimiento y pago de las prestaciones y demás emolumentos que considere la accionante le adeudan, deberán ser exigidos ante la jurisdicción ordinaria, pues la acción de tutela resulta improcedente frente a una pretensión en tal sentido, toda vez que su reconocimiento y pago deberán ser ordenados por un Juez Laboral, para lo cual se podrá hacer una compensación entre la liquidación y los salarios dejados de percibir.

Se informará a la accionante sobre el deber que tiene en instaurar la acción ordinaria laboral pertinente, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo, so pena de cesar los efectos de la orden de tutela, en tanto el amparo se concede **COMO MECANISMO TRANSITORIO.**

Del cumplimiento de esta decisión la empresa Tempoenlace SAS, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

²⁹ Sentencia T-226 de 2012 (M.P Humberto Sierra Porto), reiterada en la sentencia T-521 de 2016 (M.P Alejandro Linares Cantillo), T-589 de 2017 (M.P Alberto Rojas Ríos), entre otras.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR DE MANERA TRANSITORIA, los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital de **AIDA JANET BALLÉN GONZÁLEZ**. En consecuencia, se **ORDENA** al representante legal de la empresa Tempoenlace SAS, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, **procedan en forma inmediata a reintegrar a la precitada, bien sea en el cargo que desempeñaba o en otro con igual o mejores condiciones, antes de la terminación del contrato de trabajo y la correspondiente afiliación al sistema de salud, en tanto la jurisdicción laboral dirime la controversia.**

SEGUNDO: Se **INFORMA** a **AIDA JANET BALLÉN GONZÁLEZ**, que debe instaurar la acción ordinaria laboral pertinente **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo**, so pena de cesar los efectos de la orden de tutela, en tanto el amparo se concede como mecanismo transitorio.

TERCERO: INFORMAR a la accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: Del cumplimiento de esta decisión la empresa Tempoenlace SAS, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: ORDENAR que, de no ser impugnada esta decisión, se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA

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

Tutela No. 2020-064
Accionante: Aida Janet Ballén González
Accionada: empresa tempoelace SAS
Decisión: Concede Tutela.

2364/12

Código de verificación:

0b392c3200876bd025972d17185613e0ec5039fe90aa5e6c111abc6832250c2d

Documento generado en 25/08/2020 07:28:43 p.m.