



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

Bogotá, seis (6) de enero de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Resolver la acción pública incoada por la ciudadana Rosalba García García, contra la sociedad **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** y la **NUEVA EPS**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, al trabajo, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada.

II. FUNDAMENTOS y PRETENSIÓN

Refiere la accionante, puntualmente:

(I) La sociedad **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, empresa para la que labora desde el 1 de agosto de 2014 como «jardinera y/o auxiliar de mantenimiento», vulneró sus derechos fundamentales en razón a la suspensión indefinida del contrato, sin haber considerado que previo a dicha decisión podía atender las recomendaciones establecidas por el Ministerio del Trabajo en las circulares 021 y 033 de 2020 para la protección al empleo en razón a la pandemia por Covid – 19, las cuales son compatibles y aplicables a su situación laboral.

(II) La empresa **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, mediante comunicación del 20 de marzo de 2020, a través de su representante legal tomó la decisión de suspender el contrato de trabajo, amparándose en lo señalado en el numeral 1º del artículo 51 del Código

Sustantivo del Trabajo, esto es, por una situación fuerza mayor o caso fortuito, derivada de la pandemia del Covid 19, decisión que fue comunicada mediante correo electrónico el 31 del mismo mes y año.

(III) El Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo 1168 de fecha 25 de agosto de 2020, permitió la reactivación económica de las actividades turísticas a partir del 1 de septiembre de 2020, dentro de las cuales se encuentran los servicios que ofrece su empleador, por lo que teniendo en cuenta que la causa invocada para suspender el contrato de trabajo finalizó hace más de 3 meses, resulta evidente que no existe ni subsiste justificación legal alguna que “ampare” la suspensión del contrato de trabajo.

(IV) En vigencia de la relación laboral adquirió la enfermedad denominada “Síndrome de Manguito Rotador Izquierdo”; patología calificada por la ARL Suramericana mediante dictamen de fecha 25 de enero de 2018.

(V) Bajo su responsabilidad se encuentra una persona de la tercera edad, cuya subsistencia económica depende del único ingreso con que cuenta derivado del salario que percibía con la accionada.

(VI) La empresa condicionó su retorno laboral a la suscripción previa de un «OTRO SÍ» al contrato, por medio del cual pretende que acepte como retribución un pago por día trabajado, lo que supone una «desmejora flagrante, grosera y sustancial de las condiciones laborales previamente pactadas con la accionada», amén de que modifica totalmente la naturaleza del contrato a término indefinido con una asignación salarial mensual fija.

(VII) La accionada se ha negado al pago de las incapacidades médicas emitidas del 27 de abril al 26 de mayo de 2020; así como entre el 30 de noviembre y el 4 de diciembre de 2020, y aquella emitida por el especialista en ortopedia y traumatología entre el 8 y 22 de diciembre del mismo año.

(VIII) La suspensión del contrato desconoce su fuero de estabilidad laboral reforzada por hallarse en condición de pre-pensionada, pues le faltan menos de tres años para adquirir el estatus de pensionada.

(IX) La **NUEVA EPS** no ha cancelado el valor de las incapacidades que se han generado, ni en el porcentaje ni días causados, así: entre el 29 de abril al 26 de mayo de 2020 por el diagnóstico de «incontinencia urinaria», así como la comprendida entre el 2 y 4 de diciembre del mismo año por «lesión de meniscos», ni la generada del 11 al 22 de diciembre de 2020 por «lesión horizontal del cuerpo posterior del menisco medial, lesión quística en el ligamento cruzado anterior», ni ha informado siquiera, si dichas sumas han sido girados a su empleador, lo cual la dejó sin ningún tipo de ingreso ni alternativas accesibles de subsistencia.

(X) Prestó sus servicios como auxiliar de mantenimiento con normalidad, de manera diligente e ininterrumpida hasta el 20 de marzo del 2020, fecha en la que la empresa, a través de una carta le comunicó la decisión de suspender indefinidamente el contrato de trabajo dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, que daría aviso de la decisión unilateralmente adoptada, al Ministerio del Trabajo, sin embargo, al parecer ello no se cumplió conforme a la circular 022 de fecha 19 de marzo de 2020 para las gestiones de fiscalización laboral, con el propósito de comprobar las circunstancias de fuerza mayor invocadas por TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. y que hacían necesaria la suspensión de mi contrato de trabajo.

(XI) Recibió llamada por el Departamento de Recursos Humanos de la empresa en la que se le indicó que, antes de volver a sus actividades como «Auxiliar de Mantenimiento», debía suscribir un «OTRO SÍ» al contrato de trabajo, a partir del cual aceptaba el pago de sus funciones a través de la modalidad de salario por día trabajado, condición impuesta para reincorporarse a sus actividades habituales frente a lo cual manifestó su rechazo absoluto, precisando, que NO firmaría ningún documento que desmejorara mis condiciones de trabajo.

Por las anteriores razones reclama la protección de los derechos fundamentales aludidos, y consecuentemente, se ordene a la empresa: 1. Que en el término de 48 horas efectúe el reintegro a sus funciones como auxiliar de mantenimiento en los términos pactados en el contrato de trabajo, sin condicionamiento alguno, garantizando el respeto de la asignación salarial fijada al momento de su vinculación. 2. Pague los salarios dejados de percibir desde el mes de marzo hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro. 3. Pague las incapacidades médicas expedidas por la NUEVA EPS.

III. ACTUACIÓN

EL 22 de diciembre de 2020 se admitió la tutela, ordenando correr el respectivo traslado de la demanda y sus anexos a las entidades accionadas para que, en ejercicio del derecho de contradicción y defensa, se pronunciara en forma motivada respecto de los hechos y derechos presentados en el libelo, acto que se surtió a través de correo electrónico de la misma fecha.

1. El representante legal de la empresa **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, advierte que la tutela se torna improcedente por la presencia de un hecho superado, pues, mediante comunicación vía correo electrónico del 22 de diciembre de 2020 se le notificó a la señora Rosalba García García que «su contrato de trabajo quedaba reanudado con efectividad al 24 de diciembre de 2020». De igual forma, señaló, que la controversia en cuanto a la legalidad o no de la suspensión del contrato de trabajo y el pago de salarios y prestaciones sociales, corresponde dirimir las a la jurisdicción ordinaria laboral, conforme al artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, no siendo la tutela el mecanismo idóneo para conjurar dicha pretensión económica, atendiendo el principio de subsidiariedad. Por ello, considera la carencia actual de objeto, acorde con los preceptos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

De otro lado estimó que el contrato de trabajo no ha terminado, por lo que no puede predicarse la condición de estabilidad laboral reforzada, pues los precedentes jurisprudenciales buscan proteger al trabajador próximo a obtener la pensión, ante la terminación abrupta de la relación laboral por parte del empleador. Amén de que la empresa continuó efectuando el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones, conforme al artículo 71 del Decreto 806 de 1998.

Finalmente, advierte, el incumplimiento al requisito de inmediatez de la tutela, pues sin perjuicio de que la suspensión del contrato acaeció el 20 de marzo de 2020, se acudió ante el juez constitucional el pasado 22 de diciembre, es decir, después de 9 meses y 2 días de la presunta vulneración de los derechos aludidos por la accionante, sin que justificara su tardanza de agotar al mecanismo excepcional.

Y, en cuanto al derecho fundamental al mínimo vital, considera que no se demostró tal afectación por parte de la accionante. Sin embargo, al quedar reanudado el contrato, la accionante cuenta con el salario correspondiente a la prestación de sus servicios.

2. El apoderado de la **NUEVA EPS**, por su parte, señaló: (i) verificado el sistema de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, la accionante aparece en estado activo en dicha institución; (ii) No existe vulneración de derechos fundamentales por parte de la **EPS**, puesto que el derecho a la salud de la accionante se encuentra garantizado; (iii) La tutela se torna improcedente para el reconocimiento y pago de incapacidades médicas o licencias, puesto que para ello existen otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria, conforme lo define el artículo 2º de la ley 712 de 2001; (iv) La obligación de reconocer y cancelar las prestaciones económicas expedidas a trabajadores dependientes, está en primer lugar en cabeza de los empleadores, y posteriormente cuando hayan satisfecho esta obligación, los mismos pueden solicitar ante la EPS de cada trabajador el reembolso de las prestaciones económicas de acuerdo a lo establecido en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que obliga al

empleador adelantar de manera directa ante las EPS el trámite para obtención del reembolso del pago de incapacidades. Las EPS en un término de 15 días entrarán a verificar si dicha solicitud cumple con lo establecido en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, si ello fuere así ordenará realizar el respectivo reembolso, de lo contrario si no se cumple, negará la solicitud; y, (v) No se evidencia que la accionante haya radicado solicitud de pago de las incapacidades referidas en el libelo de tutela, sino que acudió directamente a la acción constitucional, sin agotar los procedimientos de recobro conforme al artículo 14 de la resolución 5261.

IV. CONSIDERACIONES

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, lográndose así, que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

1. Problema Jurídico

Dilucidar si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales aludidos por la accionante al suspender unilateralmente el contrato de trabajo y negarse al pago de las incapacidades médicas que le fueron dictaminadas.

2. Legitimación por activa

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida: **i)** directamente por la persona afectada o a través de representante; **ii)** por el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales, **iii)** mediante agencia oficiosa cuando el titular de los

derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente caso se satisface la primera de las posibilidades dado que la accionante Rosalba García García actúa a nombre propio en defensa de sus derechos fundamentales; es decir, se encuentra legitimada para actuar.

3. Legitimación por Pasiva

Según lo establecido en los artículos 1 y 5º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública, y los particulares en algunos casos. En sentencia T037 de 2018, la Corte Constitucional indicó al respecto que: *“El ya referenciado artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela será ejercida contra (i) cualquier autoridad pública o (ii) excepcionalmente particulares, siempre que estos últimos estén a cargo de la prestación de un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.”*.

De otro lado, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede contra toda autoridad pública que amenace o vulnere un derecho fundamental **y contra los particulares cuando** (i) se encuentren a cargo o presten el servicio público de salud; (ii) afecten grave y directamente un interés colectivo; o, (iii) **respecto de los cuales exista un estado de subordinación o indefensión**, conforme con esta disposición y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numerales 3º, 4º y 9º.

Ya que en el presente caso el apoderado de la accionada reconoce la existencia de una relación laboral con la accionante resulta procedente el mecanismo constitucional, pues en desarrollo del grado de subordinación,

se esgrime la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada.

4. Inmediatez

Los principios esenciales que orientan la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política son la inmediatez y la subsidiariedad. Por esa vía, el primero de los presupuestos señalados impide que la tutela se convierta en factor de inseguridad jurídica y en fuente de vulneración de garantías constitucionales de terceros, como también que se desnaturalice el trámite mismo, en tanto la protección que constituye su objeto, ha de ser efectiva e inmediata ante una vulneración o amenaza actual.

Consecuente con lo anterior, el principio de inmediatez, impone un límite temporal razonable para la interposición de la acción, pues si se está ante la conculcación de un derecho fundamental, lo razonable es que el afectado acuda de manera inmediata ante los jueces en búsqueda de protección y no luego de un tiempo prolongado, pues su profuso silencio es signo inequívoco de asentimiento frente a la decisión atacada. En sentencia T246 de 2015, la Corte Constitucional se pronunció sobre el principio de inmediatez, como criterio de procedibilidad de la acción de tutela, indicando que:

“La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.”

En el caso concreto, la accionante refirió que la empresa **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, mediante comunicación del 20 de

marzo de 2020, a través de su representante legal, tomó la decisión de suspender el contrato de trabajo, amparándose en lo señalado en el numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, por una situación fuerza mayor o caso fortuito, derivada de la pandemia del Covid 19, decisión que fue comunicada mediante correo electrónico el 31 del mismo mes y año; sin embargo, sólo hasta el **22 de diciembre de 2020**, es decir, casi nueve meses después promovió la defensa de sus derechos fundamentales. Ello, evidencia que la peticionaria del amparo, al momento de interponer la acción constitucional dejó transcurrir con holgura un período superior al que la Jurisprudencia ha considerado como razonable y prudencial para promover el mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, sin que se hubiera alegado, y menos aún demostrado, algún hecho o motivo que justifique su tardanza para impetrarla. Por esa vía no se cumple el postulado de la inmediatez, resultando improcedente el amparo reclamado.

5. Subsidiariedad

A voces del artículo 86 de la Carta Política se establece 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"*. Disposición desarrollada por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que, ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Por esa vía, se verificará si en el presente asunto se cumple o no dicho postulado, como en efecto sigue:

6. Caso concreto

El artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece la competencia en la jurisdicción ordinaria, especialidad laboral, para dirimir los conflictos derivados del contrato de trabajo; sin embargo, la Corte ha permitido, excepcionalmente, la intervención del Juez

Constitucional para abordar controversias relacionadas con el pago de prestaciones sociales, cuando se constate una amenaza inminente al mínimo vital de la persona que promueve el mecanismo de la tutela.

En este sentido, ha señalado que *«el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela¹⁴. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva»¹.*

Así, pues, en principio, podría considerarse que la accionante cuenta con la vía laboral para cuestionar la suspensión del contrato de trabajo por parte del empleador. Sin embargo, la circunstancia de vulnerabilidad relativa a la afectación de su mínimo vital y el de su familia, pues indicó que no cuenta con otro ingreso o actividad que le genere recursos económicos para suplir sus necesidades básicas -arriendo, alimentación, educación, etc.-, conducen a concluir que de obligarse a acudir a dicha jurisdicción tornaría ineficaz la protección del derecho fundamental reclamado.

No obstante, precítese, con la acción constitucional se persigue el levantamiento de la suspensión del contrato de trabajo por parte del empleador esgrimiendo el estado de emergencia económica decretado por el Gobierno Nacional con ocasión del Covid 19, decisión adoptada desde el pasado 21 de marzo de 2020 al amparo del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto a la suspensión del contrato laboral, la norma antedicha establece una serie de causales taxativas con miras a evitar que el empleador de forma intempestiva cierre la unidad de recursos de los cuales depende la subsistencia del trabajador y su familia, entre las cuales

¹ T-048/18.

se destaca la del numeral primero «*por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución*», que fue la que adoptó la empresa accionada teniendo en cuenta los efectos económicos derivados del estado de emergencia económica decretado por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia del Covid 19.

Por su parte el artículo 53 de la misma normativa establece los efectos de la suspensión del contrato: por un lado la suspensión de la prestación del servicio por parte del empleado y por otro, el pago de salarios a cargo del empleador durante el tiempo que permanezca suspendida la relación laboral; sin embargo, la Corte Constitucional² ha sido clara en afirmar que mientras que dure la suspensión del contrato laboral por un tiempo determinado y de acuerdo con las normas laborales referidas, ciertas obligaciones tales como la prestación del servicio de seguridad social (salud y pensión) siguen vigentes en cabeza del empleador con el fin de garantizar a los trabajadores este principio que goza de carácter constitucional, según dispone el artículo 53 superior, de forma tal, que es al empleador a quien corresponde asumir la obligación de prestar el servicio de salud, salvo que se encuentre cotizando a la respectiva EPS a la que tenga afiliada al empleado.

Para el caso aquí tratado la sociedad **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, mediante correo electrónico del 18 de marzo dirigido al Ministerio del Trabajo, informó: «...*la pandemia del COVID-19 constituye para TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. una fuerza mayor que en términos del artículo 4 de la Ley 50 de 1990, numeral 1, que modificó el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, impide temporalmente la ejecución de los contratos de trabajo de las áreas afectadas, y acarrea la suspensión de la relación laboral de los trabajadores relacionados en el disco compacto que se adjunta... La empresa ha procedido a informar a todos los trabajadores antes relacionados, sobre la suspensión de sus respectivos contratos de trabajo... Solicitamos al Ministerio del Trabajo se sirva designar los inspectores de trabajo que sean necesarios para que constaten, las*

² T-048/18.

circunstancias que han impedido la ejecución temporal de los contratos de trabajo, tal como lo ordena el numeral 2 del artículo 67 de la ley 50 de 1990...».

En el mismo sentido, por correo electrónico del 20 de marzo del mismo año fue dirigida comunicación a la accionante, informando: *«...la pandemia del COVID-19 constituye para TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. una fuerza mayor que en términos del artículo 4 de la Ley 50 de 1990, numeral 1, que modificó el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, impide temporalmente la ejecución de su contrato de trabajo, lo que acarrea necesariamente la suspensión de su relación laboral. Tal como lo consagra el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, durante el tiempo que dure la suspensión de su contrato de trabajo, no deberá prestar servicios de ninguna naturaleza por parte suya y por parte de la empresa no habrá pago de salarios ni se causará el auxilio de cesantía y el tiempo de la suspensión no se computará para efectos de las vacaciones. No obstante, TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. continuará pagando los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, en la parte de la empresa y en la que a usted le corresponde y pagará la prima de servicios, como lo ordena la ley laboral. Esperamos de parte suya la comprensión de la gravedad de la situación y que con esta medida TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. mantiene vigente la relación laboral y preserva su puesto de trabajo. Una vez desaparezcan las causas que originaron la suspensión temporal del contrato de trabajo, la empresa le avisará sobre esa circunstancia...»*

Conforme a lo anterior, la empresa justificó la suspensión de contrato amparado en el Decreto de Emergencia Sanitaria dictado por el presidente de la República, al margen de las previsiones del numeral 1 del artículo 51, esto es, *«por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución»*.

De otro lado, con ocasión a la pandemia del Covid 19, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta días; así mismo, a través del decreto 488 del 27 de marzo de 2020 se adoptaron medidas en el ámbito laboral con el fin de promover la conservación del empleo y brindar alternativas a los trabajadores y empleadores.

Por su parte el Ministerio del Trabajo, a través de la circular 0021 del 17 de marzo de 2020 estableció una serie de lineamientos que pueden ser considerados por el empleador con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva durante el tiempo de propagación y contención del virus, entre ellos: (i) Trabajo en casa; (ii) Teletrabajo; (iii) Jornada Laboral Flexible; (iv) Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas; y, (v) Permisos remunerados.

Igualmente, en la circular 022 de 19 del mismo mes y año aclaró que, *«la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la república, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración. En todo caso, el empleador debe valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad de desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la circular 21 de 2020, por lo que se hace un llamado a los empleadores para que en estos momentos de dificultad mantengan la solidaridad y el respaldo que los ha caracterizado hacia los trabajadores y sus familias...»*.

Y, finalmente, por medio de la circular 27 del 29 de marzo siguiente, precisó tener en cuenta que, a voces del artículo 25 de la Carta Política el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado; que como derecho conexo al trabajo se encuentra el mínimo vital; y, que en este momento de crisis mundial, la Organización Internacional del Trabajo ha hecho un llamado a proteger los trabajadores, estimular la economía y el empleo y sostener los puestos de trabajo y los ingresos del trabajador, en aplicación de los principios de protección y solidaridad, en virtud de los cuales, prima la parte más débil de la relación laboral.

En el mismo sentido expidió la Resolución 0803 del 19 de marzo de 2020, en virtud de la cual estimó necesario *«EJERCER de manera oficiosa el poder preferente respecto de los trámites radicados o que se radiquen en todas las Direcciones Territoriales y Oficinas Especiales denominados*

“Autorización a empleador para la suspensión temporal de actividades hasta por 120 días” y sobre “Autorización empleador para despido colectivo de trabajadores por clausura de labores total o parcial, en forma definitiva o temporal”». Ello, por cuanto se hace necesario someter todas y cada una de las solicitudes de autorización de suspensión del contrato y despidos colectivos, al estudio por parte de la Unidad Especial de Investigaciones Especiales, en razón del grave impacto a la economía y al tejido social del País.

En el caso concreto, la empresa **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, sin adoptar o poner en práctica los lineamientos referidos en precedencia, abruptamente tomó la decisión unilateral de suspender el contrato de trabajo de su empleada Rosalba García García, dando al traste con el ingreso que percibía como fuente única para cubrir sus necesidades básicas junto a las de su señora madre, comportamiento que sin duda afectó su mínimo vital.

Frente a la vulneración del mínimo vital, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que deben verificarse los siguientes presupuestos: (i) que el salario en el caso de trabajadores, o la mesada en el de pensionados sea su única fuente de ingresos o que existiendo ingresos adicionales no sean suficientes para cubrir sus necesidades; y que (ii) la falta de pago de la mesada o salario genere una crisis económica en la vida del beneficiario, derivada de un hecho injustificado.

Sin embargo, como se indicó en precedencia, la accionante acudió al amparo constitucional luego de nueve meses de la presunta afectación, lo que de alguna manera destaca que no se encontró en un estado de necesidad o urgencia para reclamar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados, o la ilegalidad de la suspensión del contrato y su salario.

A lo anterior se suma que el extremo accionado, mediante correo electrónico de 23 de diciembre de 2020 dirigido a la accionante le

manifestó: «La compañía **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** se permite informar de acuerdo al artículo 52 del C.S.T., que si bien las circunstancias que dieron lugar a la suspensión del contrato laboral se mantienen, en atención a la necesidad del servicio y con el propósito de reactivar su asignación salarial, se le notifica que sus actividades se reanudarán a partir del día **24** del mes de **DICIEMBRE** de 2020.».

En ese orden de ideas, como la suspensión del contrato de trabajo fue levantada motu proprio por el empleador, sin duda alguna que se satisfizo el principal objetivo perseguido por la accionante, por lo que emerge la carencia actual de objeto, pues en lo que toca a la legalidad o no de la suspensión de la relación laboral, el derrotero a seguir será acudir ante la jurisdicción ordinaria donde puede iniciar, si es su deseo, el trámite respectivo para el pago de las sumas dejadas de percibir, al igual que los demás emolumentos a que haya lugar.

En dicho sentido la Corte Constitucional³ reiterada y pacíficamente ha sostenido su jurisprudencia frente al hecho superado, eventualidad que ha sido tratada por medio de las Sentencias T-130 de 2012⁴ y T-532 de 2012⁵, (entre otras) en la que se precisó que éste “*se presenta cuando por la acción u omisión del obligado, desaparece la afectación del derecho cuya protección se reclama, de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez constitucional*”⁶.

En consecuencia, para el Juzgado emerge con nitidez que se está en presencia de un hecho superado⁷, toda vez que la situación que originó la

³T-775/12

⁴T-130 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵T-532 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶T- 957 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷ En Sentencia T-130 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Se elaboró un estudio sobre los casos en que esta Corte ha reconocido la existencia de un hecho superado así: “ i) por afiliación del accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud: T-035 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-087 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; ii) por la compra por parte del accionante de la prótesis que requería (se ordenó el reembolso del dinero pagado): T-052 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio; iii) por el suministro del tratamiento o servicio médico que se había reclamado a través de la tutela: T-075 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-199 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-309 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-486 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-504 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-612 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, T-728 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-743 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-815 de 2011 M.P. Nilson Pinilla; iv) porque se realizó el pago de las prestaciones sociales adeudadas durante el trámite de la acción de tutela: T-108 de 2011, M.P. Nilson Pinilla, T-678 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; v) porque se produjo el reintegro laboral de los accionantes antes del fallo en sede de revisión: T-171 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio; vi) por el reconocimiento de la pensión solicitada durante el trámite de la acción de tutela: T-167 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-271 de 2011, M.P. Nilson Pinilla, T-588 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, T-710 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; viii) por el nombramiento de los docentes necesarios para recobrar la normalidad académica: T-179 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; ix) porque la autoridad municipal realizó las gestiones pertinentes en aras de evitar el deslizamiento de la casa de habitación de los accionantes y garantizar un acceso seguro a la misma: T-191 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; x) por cuanto el accionante continuó su formación

acción de tutela desapareció y con ello cesó la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, siendo forzoso declarar la carencia de objeto.

Del pago de incapacidades:

La jurisprudencia constitucional ha fijado los supuestos a partir de los cuales resulta procedente la acción de tutela, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por esa vía, se deben agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial brinda para conjurar la amenaza o lesión de los derechos fundamentales, de tal manera que se impida el uso como instancia adicional de protección.

La misma Corporación de antaño ha sostenido que la acción de tutela, de manera general, resulta improcedente para el reconocimiento y pago de derechos económicos derivados de la relación laboral, como los auxilios por incapacidad, puesto que los mismos cuentan con la protección a través de los procesos laborales.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*.

académica en otra institución educativa: T-196 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; xi) por que la accionante inició un proceso de interdicción judicial para administrar los bienes de su esposo y el juzgado nombró a la accionante como curadora provisional, situación que le permite reclamar las mesadas pensionales que solicitaba a través de la acción de tutela: T-201 de 2011, M.P. Nilson Pinilla; xii) por traslado de internos e inclusión de los mismos en los programas de trabajo o estudio: T-213 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; xiii) porque durante el trámite de la acción de tutela se dio respuesta al derecho de petición: T-215A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; xiv) por unificación de los hijos de la accionante en el mismo plantel educativo: T-306 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; xv) por la entrega de la prórroga de una ayuda humanitaria: T-519 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; xvi) porque se otorgó el título de bachiller: T-646 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y xvii) porque ya se había dictado el fallo judicial correspondiente: T-693A de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros”.

Así mismo, la guarda constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades⁸.

No obstante, el presupuesto de subsidiariedad que rige la tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la máxima autoridad constitucional ha establecido dos excepciones que justifican su procedibilidad⁹: *(i)* cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, *(ii)* cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos¹⁰.

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

⁸ Véanse, entre otras, sentencias T-968/14; T.404/10.

⁹ T-662/16.

¹⁰ T-163/17, T-328/11, T-456/04, T-789/03, T-136/01, entre otras.

La Corte Constitucional¹¹, ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el **mínimo vital** del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la **salud** y a la **dignidad humana**, pues percibir este ingreso le permitirá *“recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*¹².

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”*¹³.

En el caso concreto, los documentos aportados al expediente de tutela reflejan las siguientes situaciones: (i) La señora Rosalba García, mediante correo electrónico del 26 de junio de 2020 dirigido a su empleador -lcolorado@onvacation.com-, solicitó el pago de la incapacidad comprendida entre el 27 de abril al 26 de mayo; (ii) El mismo día recibió respuesta en la que se le informó el procedimiento ante la EPS, para lo cual se adjuntó el instructivo para la transcripción; (iii) La **NUEVA EPS**¹⁴ remitió respuesta a la solicitud de transcripción de la incapacidad informándoles el portal transaccional donde podía descargar el certificado de incapacidad. Seguidamente, sostuvo conversaciones por mensajes de texto con un asesor de la **EPS**, siendo informada del proceso a seguir para el pago; (iv) El 3 de agosto de 2020 reiteró el cobro ante la empresa, recibiendo como respuesta *«Le confirmo que para esas fechas su contrato se encontraba suspendido, no procede el pago de incapacidad, ya que el reconocimiento económico tiene como propósito principal, servir de auxilio monetario ante la imposibilidad de recibir el pago de salario que recibiría como retribución*

¹¹ T-401/17.

¹² T-311/96

¹³ Ver, entre otras, T-311/96; T-920/09; T-468/10; T-182/11; T-140/16.

¹⁴ Folio 71 escrito de tutela.

por su trabajo. En este caso la trabajadora al momento de la incapacidad no se encontraba devengando salario»; (v) El 30 de noviembre le fue dictaminada por NUEVA EPS otra incapacidad por el término de cinco días -lesión de meniscos-.

El Juzgado estima que la accionante agotó la solicitud de pago de las incapacidades ante su empleador sin acudir directamente ante la **NUEVA EPS** luego de que se surtiera el trámite de transcripción. Por ende, la discusión frente al pago de las mismas debe ser dirimida al igual que la legalidad de la suspensión del contrato ante la jurisdicción laboral, pues el mecanismo excepcional de la tutela carece de idoneidad para establecer, mediante un debate probatorio, si es el empleador o su EPS el encargado de conjurar el perjuicio que actualmente recae sobre la accionante. Tanto más cuanto el contrato de trabajo, a la fecha de causación de los padecimientos y las incapacidades, se encontraba suspendido.

Es decir, existen otro escenario procesal con el que cuenta la accionante para exigir el pago de los emolumentos dejados de percibir, así como las sumas correspondientes a las incapacidades que le fueron dictaminadas, aspectos que tornan improcedente el amparo reclamado.

Para la notificación de la presente decisión se procederá de conformidad con el D. 2591/91 y su reglamentario el 306/92.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela instaurada por Rosalba García García, contra **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. y NUEVA EPS**, según se indicó.

SEGUNDO: ADVERTIR que contra esta decisión procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

MUNICIPAL DE BOGOTÁ 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:

**07698378aef54ac6e80b51c8dbec18dff96e2c1296d17761ec1f73ada
78c1d4c**

Documento generado en 06/01/2021 02:05:32 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>