



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2020 – 0640 - 01
Proveniente del Juzgado Quince (15) de Pequeñas Causas Y Competencia
Múltiple De Bogotá D.C.
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: 3 de diciembre de 2020

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Jaime Orlando Eslava Sarmiento, identificado con la C.C. No. 19.410.462, quien actúa en causa propia.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

- a) La actuación es dirigida por el tutelante contra la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio.
- b) Se vinculó a la Clínica Roma y enteró al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Trabajo, IPS Colmedicos, Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar EPS y ARL Sura.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

El accionante indica que se trata del derecho fundamental a la salud, a la vida, vida digna, igualdad y al trabajo.

4.- Síntesis de la demanda:

- a. *Hechos:* El accionante manifiesta que, ingresó a laborar en la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, el 17 de marzo de 2011 como médico de urgencias en



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

la Clínica Ciudad Roma, la cual en la actualidad registra un alto índice de atención de pacientes de COVID 19, por tanto, lo considera como un “lugar vulnerable para el contagio”.

Manifiesta que desde el año 2006, se encuentra diagnosticado con hipertensión arterial crónica. A su vez, es cotizante de la EPS Colsubsidio desde el 10 de octubre de 2000. Aduce que desde su ingreso como medico de urgencias el horario de trabajo es de 13:00 p.m. a 19:00 pm, y cada seis días turno de 18 horas desde las 13:00 hasta las 7:00 am del día siguiente, incluidos domingos y festivos en horario diurno y nocturno.

El 22 de agosto de 2019, nació su menor hija, quien junto con su progenitora dependen económicamente del accionante. El 24 de marzo de este año, por motivo de la pandemia Covid - 19, se le ordenó realizar teletrabajo. Desde el 30 de marzo hasta el 22 de abril de 2020, gozó de vacaciones. A su vez, desde el 22 de abril de esta anualidad, estuvo pendiente de las labores encomendadas por la Jefe de Urgencias de la Clínica Roma, quien le ordenó diferentes encargos y labores, cumplidas hasta el 31 de agosto de 2020.

El 31 de agosto pasado, el jefe de urgencias de la clínica Roma de Colsubsidio le ordenó asistir de manera presencial a la unidad de urgencias a partir del 1 de septiembre, conociendo su estado de salud y desestimando el alto porcentaje de contagio que se presenta en la clínica. En la misma fecha, mediante correo electrónico solicitó a la Jefe de Urgencias que acatara los preceptos establecidos en el Decreto Distrital No. 176 del 27 de julio y el No. 193 del 26 de agosto de 2020. Sin obtener respuesta.

El primero de septiembre a la hora designada para el reintegro, asistió y expuso de nuevo los motivos a la Dra. Sandra Patricia Fernández. Sin obtener respuesta nuevamente. El mismo día recibió un correo electrónico con orden de trabajo para el 2 de septiembre de los corrientes, en las instalaciones de la clínica de manera presencial. En dicha fecha y ante el silencio de la Jefe de Urgencias a las solicitudes anteriores, elevó requerimiento a la Oficina de Recursos Humanos de Colsubsidio. Sin que tampoco haya obtenido respuesta.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

El día 7 de septiembre de 2020, el Coordinador Jurídico Laboral de Colsubsidio le solicita allegar historia clínica donde se soporte su condición de salud. A su vez, el 11 de septiembre de esta anualidad, Colsubsidio le ordena presentarse a la IPS Colmedicos, quien emite concepto en el capítulo de observaciones finales, indicando que recomendaba realizar sus actividades de manera remota o a distancia.

El 15 de septiembre de 2020, la Jefe de Urgencias de la Clínica Roma, lo cito en la Clínica Roma de Colsubsidio, a fin de suscribir un acta donde se manifestaba que por la naturaleza de la actividad que desempeña como médico de urgencias, no aplica para actividades laborales de manera remota o a distancia. El accionante no firmó.

Señala que por motivos de sus patologías y de su edad hace parte del grupo poblacional de alta probabilidad de contagio, por lo que su medida de aislamiento es obligatoria para la preservación de su vida. El empleador tiene conocimiento que el tutelante es pre pensionado, tiene 61 años y padece hipertensión crónica. Aduce que, con la decisión arbitraria de forzarlo a volver a prestar servicios de manera presencial en la Clínica Roma de COLSUBSIDIO, con ocupación del 77% a la fecha con pacientes COVID 19, se está poniendo en grave riesgo su vida, pues lamentablemente cumple con todas las características físicas y de salud para contraer con facilidad el virus COVID-19.

- b. *Petición:* Se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la accionada que, de manera inmediata se abstenga de citar de manera presencial a la Clínica Roma, al señor Jaime Orlando Eslava Sarmiento y en su lugar le permita continuar desarrollando la actividad laboral en la modalidad de teletrabajo, tal como la ha cumplido desde que se declaró el estado de emergencia en el territorio nacional y como consecuencia el aislamiento preventivo, el pasado 22 de marzo de 2020.

Ordenar a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar "Colsubsidio", se abstenga de tomar decisiones hasta tanto el Ministerio de Salud certifique la vigencia de la Resolución 666 de 2020, de la circular 030 de 2020 y emita directrices y recomendaciones respecto del caso particular del accionante Jaime Orlando Eslava Sarmiento.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ordenar a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar "Colsubsidio", suspender el trámite de reintegro a las labores presenciales y/o tomar decisión alguna a favor o en contra del accionante Jaime Orlando Eslava Sarmiento, hasta tanto no exista un fallo en firme por parte del Despacho.

Ordenar al Ministerio de Salud certifique el estado de contaminación de la Clínica Roma de Colsubsidio y el riesgo al que expone al accionante Jaime Orlando Eslava Sarmiento, Médico de Urgencias de la Clínica Roma de Colsubsidio.

5- Informes:

a) Ministerio de Salud y Protección Social

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto bajo ninguna circunstancia el Ministerio de Salud y Protección Social, ha oficiado como empleador del accionado o superior de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, lo que conlleva a solicitar, que se declare la improcedencia de la acción de tutela, ya que como lo menciona el accionante, fue o es trabajador de la citada entidad, por ende no existen obligaciones ni derechos recíprocos de índole laboral entre estos dos, lo que da lugar a que haya ausencia de responsabilidad por parte de éste Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza, alguno de los derechos fundamentales invocados por él, no obstante lo anterior y en pro de salvaguardar el derecho al debido proceso es conveniente vincular al Ministerio de Trabajo.

Aunado a lo anterior se debe señalar, 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 y esta es la razón, para que al funcionario administrativo le esté vedado el pronunciamiento de juicios de valor que califiquen los derechos de las partes, función que es netamente jurisdiccional.

Respecto del aislamiento selectivo manifestó que, el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1168 de agosto 25 de 2020 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus covid-19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

individual responsable”, continúa propiciando las medidas de aislamiento y distanciamiento como herramientas valiosas para la mitigación de la propagación del SARS-COV-2 / COVID-19, por lo que de sus disposiciones no puede entenderse que es obligatorio o que es automático que quienes se encontraban aislados por padecer preexistencias o sufrir factores de vulnerabilidad ante la pandemia , deban regresar a prestar sus servicios en sus lugares de trabajo , aun cuando lo pueden hacer siempre y cuando estén dadas todas las garantías necesarias para el cuidado de su salud, pues lo ideal es que quienes puedan seguir realizando trabajo remoto o teletrabajo, lo sigan haciendo.

En definitiva, frente a los trabajadores que padecen preexistencias que aumentan su riesgo ante la exposición al SARS-COV-2 / COVID-19, entre otros grupos de riesgo como las gestantes, los empleadores debieron antes y así como a partir de la entrada en vigor del citado Decreto 1168 de agosto 25 de 2020, extremar las medidas de protección en procura de mantener la salud de sus trabajadores, debiendo adoptar medidas administrativas para reducir la exposición al coronavirus, para lo cual cuentan con distintos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como: trabajo remoto, teletrabajo, jornada laboral flexible y concertación del salario, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas y permisos remunerados - salario sin prestación del servicio, licencia remunerada compensable, modificación o suspensión de beneficios extralegales, concertación de beneficios convencionales , todos ellos mecanismos que favorecen la aplicación del principio protector del trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, cuando el personal de alta afectación no pueda prestar sus servicios de manera remota o mediante teletrabajo, o no sea viable la adopción de alguna de medidas legales descritas, podrán ser llamados a trabajar presencialmente, pero el empleador debe priorizarlos organizándolos de tal forma que los turnos o actividades donde desarrollen sus tareas tengan un menor riesgo de contacto con otras personas, o lo que sea necesario para disminuir la posibilidad de contagio del SARS-COV-2 / COVID-19.

El empleador o contratante en el contexto del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, debe realizar la vigilancia de la salud de los trabajadores y con base en los resultados de esta vigilancia y teniendo en cuenta las recomendaciones del Gobierno Nacional debe tomar todas las precauciones para disminuir la exposición de los trabajadores,



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

especialmente los más vulnerables al Covid 19. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las empresas cuentan con la asistencia técnica de las Administradoras de Riesgos Laborales para lo referente al retorno gradual de los trabajadores, a la identificación de los grupos más vulnerables al COVID 19, al igual que sobre las directrices para la vigilancia de la salud de los trabajadores y la implementación de las medidas de bioseguridad para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

De conformidad con el Sistema General de Riesgos Laborales y en particular de los protocolos de bioseguridad ya sea el general o el que corresponda según la actividad desarrollada, los empleadores deben proteger a sus trabajadores de los riesgos a los que son expuestos en el ejercicio de su labor por lo que quienes NO se encuentran aislados deben contar con todas las medidas y garantías para procurar su salud, con acciones ya definidas como el lavado frecuente de manos, desinfección constante, distanciamiento social uso permanente de tapabocas, de elementos de protección personal, así como registros para efectos de seguimiento y demás controles establecidos para los lugares de trabajo .

Solicita, por último, negar las pretensiones, por no haberse configurado vulneración o violación alguna de los derechos invocados, según la narración del accionante por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

b) EPS Famisanar SAS

Señala que, EPS Famisanar no está legitimada en la presente causa para referirse a los hechos descritos por el accionante, ni mucho menos para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas. Es una persona jurídica totalmente diferente e independiente con autonomía administrativa, financiera, con composiciones societarias diferentes y con responsabilidades distintas frente al Sistema General de Seguridad Social de la aquí accionada Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio.

EPS Famisanar no tiene, ni nunca ha tenido vínculo contractual alguno que se relacione con alguna actividad de carácter personal laboral o de servicios con el aquí accionante. Solicita desvincular a esa entidad de la acción de tutela instaurada por el accionante, por cuanto la conducta desplegada por dicha EPS ha sido legítima y tendiente a asegurar dentro



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de las obligaciones legales de la misma, teniendo en cuenta adicionalmente que no hay vulneración a ningún derecho fundamental por parte de esta Entidad.

- c) Caja Colombiana de Subsidio Familiar “Colsubsidio” (Clínica Colsubsidio Ciudad Roma)

Informó que la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma, hace parte de la red de Colsubsidio, sin que tenga personería Jurídica propia, por lo que la respuesta a la acción de tutela se realiza en representación y defensa tanto de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, como de la citada Clínica.

Señala que, el señor Jaime Eslava está vinculado laboralmente con Colsubsidio desde el 17 de marzo de 2011, desempeñando actualmente el cargo de Médico General del servicio de urgencias, en la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma de esta ciudad. Con ocasión de la pandemia por Covid-19, Colsubsidio emitió diferentes directrices en procura de la protección y conservación de la salud de sus trabajadores. Uno de estos lineamientos efectivamente se dio mediante comunicado oficial #3 denominado “medidas adicionales para hacerle frente al covid-19” en el que se impartió la instrucción consistente en que desde el 18 de marzo de 2020 y hasta nuevo aviso algunos trabajadores, entre ellos, las personas mayores de 60 años y aquéllos con enfermedades crónicas, debían quedarse en su casa y organizar un plan de trabajo acordado con sus jefes inmediatos. Debiéndose en todos los casos enviar el reporte al correo siso.salud@colsubsidio.com.

En virtud de esta directriz, el señor Jaime Eslava fue enviado a su casa, en consideración a que tenía más de 60 años, sin que se tuviera conocimiento de que sufriera de alguna patología, porque esta situación no fue reportada al jefe inmediato, ni a ningún otro funcionario de Colsubsidio, es más el trabajador tampoco reportó algún padecimiento de salud en el correo siso.salud@colsubsidio.com, como se había ordenado en el comunicado oficial # 3. El trabajador sólo comentó tener algunos padecimientos cuando se le solicitó prestar sus servicios de forma presencial para el mes de septiembre de 2020.

Revisados los archivos se evidencia que antes del 1° de septiembre de 2020, fecha en que al señor Eslava se le impartió la orden de prestar los servicios de forma presencial en la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma, el accionante no tenía incapacidades, recomendaciones



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ni ninguna situación de salud registrada que le permitiera conocer a Colsubsidio que tenía una condición que debiera ser considerada.

La actividad laboral habitual del señor Eslava es la atención de pacientes en consulta de urgencias, en la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma. Por la naturaleza de la labor del demandante no fue posible pactar teletrabajo o trabajo en casa con el señor Eslava, ya que las funciones del Médico General de urgencias deben adelantarse en la sede a donde llegan los pacientes que requieren atención médica pronta con una valoración médica directa.

No obstante, en el tiempo en que el señor Eslava estuvo en casa (marzo a septiembre de 2020), se le asignaron algunas tareas, que pese a que no eran de su rol (Médico de urgencias), esta medida se dio tratando de dar cumplimiento al aislamiento obligatorio de mayores de 60 años ordenado por el Gobierno Nacional y autoridades locales, al inicio de la pandemia, tratando de ocupar al trabajador en alguna actividad. Las actividades asignadas al trabajador no tenían relación alguna con el servicio de urgencias que se repite amerita ser desarrollado en la sede de la Institución, viéndose compelida la Clínica Roma a perder parte del recurso Médico General del área de Urgencias, por acatar las órdenes del Gobierno y asegurar la salud de su trabajador.

Además de asignársele al trabajador algunas actividades para que desarrollara desde su vivienda- las cuales eran escasas y no suplían su jornada ni las funciones para las cuales fue contratado- desde el día 31 de marzo hasta el 18 de abril de 2020, el señor Eslava gozó de vacaciones, acogiéndose a las medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención de covid-19 y de la declaración de emergencia sanitaria, recomendadas por el Ministerio del Trabajo en la Circular No. 21 de 2020, entre otras disposiciones anexas y complementarias.

Teniendo en cuenta que desde la Circular Externa No. 30 del 8 de mayo de 2020, que aclaró la Resolución 666 de 2020, el Ministerio de Salud estableció que, si una persona de sesenta años o más no presentaba situaciones de salud, la edad era un factor a evaluar por parte del empleador, para definir si la persona realiza su actividad laboral de manera presencial o remota, ello conforme las condiciones y viabilidades del proceso productivo. Así las cosas, aun cuando desde mayo de 2020 Colsubsidio pudo haber enviado al señor Eslava a la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma a cumplir con sus servicios de Médico



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

General de Urgencias, se le dio la posibilidad de continuar en su casa, reconociéndosele el salario y demás acreencias laborales, pese a que durante este tiempo no desarrolló la labor contratada.

Posteriormente y dado que por la crisis económica que atraviesa el país que impacta de forma negativa a las empresas, no siendo ajena Colsubsidio a esta situación, se tornó inviable que el señor Jaime Eslava continuara en su vivienda, más aún cuando ya no estaba adelantando ninguna actividad laboral, por lo que el pasado 1° de septiembre de 2020 con las nuevas disposiciones del gobierno Nacional en lo relacionado con aislamiento responsable, se incluyó al trabajador en la programación diaria de asistencia en el servicio de urgencias de la Clínica.

Esta decisión también se encuentra motivada en razones propias del servicio, toda vez que el señor Eslava hace parte de la planta de profesionales médicos que brinda la atención a pacientes que consultan en el servicio de urgencias de la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma, en turnos diurnos, nocturnos y de fin de semana, lo que en definitiva se vería afectada la oportunidad de la atención, además que resulta insostenible mantener este cargo sin que el trabajador realice la labor para la cual fue contratado.

Posteriormente se recibe solicitud del señor Eslava de continuar en aislamiento en su domicilio, siendo tan sólo en este instante que adujo tener algunas patologías que lo ponían en riesgo por Covid-19, sin que presentara soportes de tales afecciones de salud, por esta razón, se activó la ruta para notificación del caso a SISO (área de Seguridad y Salud en el Trabajo), donde se realiza la gestión para que el accionante asista a la valoración ocupacional con todos los soportes para el día 11 de septiembre de 2020, tiempo durante el cual el señor Eslava no se presentó en sede a realizar sus actividades. Cabe aclarar que Colsubsidio ni ninguno de sus funcionarios solicitó al señor Eslava su historia clínica como mal lo afirma en su escrito de tutela.

El día 14 de septiembre de 2020, la jefe directa del accionante recibió el concepto de Colmedicos (IPS Externa), enviándole al señor Eslava un correo para presentarse en la sede y así realizar la notificación correspondiente. Conforme consta en el acta de la reunión del 15 de septiembre de 2020, al señor Eslava se le dio la instrucción de dar cumplimiento a sus obligaciones laborales desde el día 16 de septiembre de 2020, a lo cual



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

el accionante indicó no aceptar sin razón válida y sin que a la fecha haya prestado servicios, incumpliendo sus deberes laborales y contractuales, pese a que en el concepto del examen ocupacional.

Conforme lo conceptuado en el examen ocupacional, la decisión de Colsubsidio referente a que el señor Eslava se reincorpore a la sede de la Clínica es legítima, pues sigue el debido proceso al haberse solicitado concepto de salud ocupacional que indica estado de salud del señor Eslava es satisfactorio para realizar sus actividades laborales habituales, y ante las necesidades del servicio, no habría lugar a continuar desempeñando actividades esporádicas, intermitentes que no son propias de su cargo de Médico General de urgencias y que a la fecha desaparecieron.

En la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma, se están aplicando los protocolos de Bioseguridad descritos en el manual general Covid-19 IPS Colsubsidio. La manifestación del señor Eslava respecto a que la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma es una zona de alto riesgo de contagio es simplemente una apreciación subjetiva, en atención a que el riesgo de contagiarse con covid-19 está en cualquier lugar siempre que no se cumplan con las medidas sanitarias establecidas por las autoridades. En la Clínica Colsubsidio Ciudad Roma los pacientes con covid-19 se encuentran en el área de hospitalización, observación de urgencias y UCI, que se encuentran apartadas y con un cumplimiento más estricto de las medidas de bioseguridad y el área de desempeño habitual del señor Eslava es el servicio de urgencias (consulta), donde ingresan pacientes que requieren atención urgente.

El desplazamiento de estos pacientes con covid- 19 en el interior de la Institución es restringido, limitado a la torre B de la IPS, con áreas separadas en Triage, consulta médica, sala de espera, servicio sanitario, área de toma de muestras de laboratorio, área de procedimientos y área de toma de radiografías, todas separadas con infraestructura diferente a la torre A, donde se atienden pacientes no respiratorios, definido en la ruta de traslado y ruta sanitaria conforme con la circular 05 de 2020. 27. La división de áreas y de la atención medica entre pacientes respiratorios y no respiratorios, promueve la seguridad en la atención, para los pacientes y para el personal de salud, incluido el señor Eslava. Es de resaltar que el recurso médico es escaso para la atención de la pluralidad de pacientes que se están presentando a las sedes a requerir servicios médicos, lo que exige la labor del accionante.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La orden impartida al trabajador es de obligatorio cumplimiento, tal como lo estableció el Gobierno Nacional en el artículo 9 del Decreto 538 de 2020. De igual forma, el empleador tiene la facultad de determinar cuándo un trabajador con sesenta años o más o con comorbilidades debe realizar su actividad de forma presencial o remota. La Circular Externa No. 30 del 8 de mayo de 2020, estableció la posibilidad de que sea el empleador quien evalúe y priorice la forma en que sus trabajadores, cuando esos superen la edad de los 60 años o tengan enfermedades crónicas, presten sus servicios de forma presencial o remota, medida que suena lógica, porque es el empresario quien conoce las necesidades de su operación y la forma como esta puede ser organizada.

A su vez, señala que, en las medidas de protección que ha adoptado recientemente el Gobierno Nacional y Distrital, no han establecido que los mecanismos de teletrabajo o trabajo en casa sean de obligatoria adopción por parte del empleador, sólo operan en la medida en que la presencia del trabajador no sea indispensable en la sede de trabajo. Alega de igual forma, inexistencia de los requisitos para la procedencia de la tutela, ausencia de vulneración o amenaza de un derecho fundamental, no se demuestra la no disposición de otro medio de defensa judicial o que la tutela se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la existencia de un mecanismo distinto de la tutela para la obtención de los derechos pretendidos y solicita dejar la acción de tutela.

d) Superintendencia Nacional de Salud

Solicitó se le desvincule y declarar su absoluta ausencia de responsabilidad en el presente trámite constitucional, toda vez que, los derechos presuntamente vulnerados, no encuentran su afectación en una conducta -por acción u omisión- desplegada por la Superintendencia Nacional de Salud.

A su vez, citando sus funciones aduce que, es claro que la entidad a cargo de asumir la obligación que se desprende de la presunta vulneración de los derechos no es la Superintendencia Nacional en Salud. Razón suficiente, para que el Despacho la desvincule y declare su falta de legitimación en la causa, pues dentro de sus funciones, no hay ningún tipo de vínculo con la causa que hoy nos ocupa.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

De igual manera, en escrito posterior señaló que la Superintendencia Nacional de Salud no es superior jerárquico de los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud. Alegó a su vez, existencia de mecanismo alternativo, en virtud del principio de relatividad de los contratos ni la Superintendencia ni el Ministerio de Salud y Protección Social son parte de los contratos laborales o comerciales de empresas en el sector salud, por lo cual no pueden intervenir en ese tipo de relaciones laborales o comerciales entre particulares ni es su función hacerlo, así como tampoco sugerir u obligar a particulares a contratar entre sí; nuestra labor se enfoca en cumplir las funciones constitucionales y legales para la defensa de los derechos de los usuarios.

Indicó que estamos en ausencia de un perjuicio irremediable actual en relación con el derecho fundamental al trabajo de la parte accionante, puesto que los derechos que se esbozan como violentados, hacen parte de una discusión que desde el ámbito laboral cuenta con solución desde varios puntos de vista y fundamentos distintos. Se advierte, en el presente trámite constitucional no se cumplió la carga procesal de probar sumariamente el perjuicio irremediable, lo que por sí solo convierte improcedente la presente acción de tutela, pues la falta de acreditación de los presupuestos legales y jurisprudenciales en esta materia que demuestren la ocurrencia de la amenaza o de una agresión actual e inminente a un derecho fundamental, hace impróspera la solicitud de amparo constitucional invocado.

e) Ministerio del Trabajo

Indica que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia al Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la solicitud objeto de la petición fue realizada a un establecimiento público con representación legal autónoma e independiente de esa cartera ministerial, por lo que no existe ningún tipo de relación sustancial que obligue a responder el derecho de petición de parte de ese Ministerio, lo que coligue la ausencia de responsabilidad bien sea por acción u omisión, frente a la vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Por lo tanto, es obligación, cuya fuente es constitucional, legal o reglamentaria, de la respectiva entidad pública el pronunciarse sobre los asuntos de su competencia. De tal manera, si el Despacho Judicial busca con esta vinculación que esta Entidad se pronuncie



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

sobre los hechos que originaron la solicitud tutela, es evidente que el Ministerio del Trabajo, no es el llamado a rendir informe sobre el particular, por tanto, debe ser desvinculado de la presente acción, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, precisa que, en el marco de las relaciones laborales individuales entre particulares, las condiciones propias del contrato de trabajo se establecen en principio de mutuo acuerdo o de conformidad con las necesidades propias de la actividad económica a cargo del empleador, quien en efecto de ello, al momento de contratar la prestación personal del servicio, establece y pone en conocimiento del trabajador lo relacionado con la jornada de trabajo de conformidad con el código sustantivo del trabajo, quien posibilita la aplicación de la jornada ordinaria, la máxima legal, las jornadas excepcionales y la misma distribución de las horas de trabajo.

El legislador estableció mediante la ley 1221 de 2008, una nueva forma de organización laboral conocida como Teletrabajo que consiste en la prestación del servicio utilizando las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y el empleador, bajo unas condiciones propias y en cumplimiento de unos requisitos dispuestos por la ley y por las demás normas que regulan el teletrabajo. No obstante, toda actividad realizada fuera de la sede física de la empresa no es de facto categorizada dentro del teletrabajo, tal como lo signa el numeral 4, del artículo 6° de la ley en cita.

El texto citado permite identificar la existencia de una diferenciación práctica y sustantiva entre el Teletrabajo y el denominado “Trabajo en casa o Home Working”, puesto que el último es aplicable como una modalidad de organización laboral ocasional, temporal y excepcional que no satisface el lleno de los requisitos para ser considerado teletrabajo. En ese sentido, el Trabajo en Casa guarda una vocación transitoria que no puede confundirse con el teletrabajo. Pero guarda en sí, los mismos derechos y obligaciones entorno al contrato de trabajo desarrollado de manera convencional.

Bajo ese entendido, el Ministerio de Trabajo, atendiendo la protección de las relaciones laborales en el territorio colombiano estableció como medida excepcional de protección laboral, la aplicabilidad del trabajo en casa para aquellas actividades que en razón a su misma naturaleza se puedan desempeñar desde la residencia de los trabajadores. Aportando de esa forma, a que las relaciones laborales se mantengan vigentes. La cartera ministerial,



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

expidió la Circular 041 del 02 de junio de 2020, en donde se establecen los lineamientos respecto al trabajo en casa.

El Ministerio de Trabajo consciente de la responsabilidad social de cada uno de los actores de las relaciones laborales, exhorta a empleadores y trabajadores a la concertación laboral en el contexto de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19; realizando los esfuerzos administrativos y organizacionales para que aquellas actividades que puedan realizarse bajo las modalidades de Teletrabajo o el Trabajo en Casa, se hagan en pro de disminuir el alcance de contagio de las partes contratantes y de sus entornos familiares y de la sociedad en general. Solicita, por último, declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación en la causa por pasiva, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

f) Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S

Recuerda que, el alcance del examen médico ocupacional es definir las recomendaciones y/o restricciones a nivel laboral del usuario, tal como se deriva de la lectura del artículo segundo, párrafo segundo de la Resolución 2346 de 2007 “por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales”. Lo anterior, resulta necesario, toda vez que una cosa es la evaluación de cara a los criterios de la salud ocupacional y otra cosa, son las recomendaciones que emiten los demás especialistas, es decir, el profesional médico tiene la obligación inequívoca de ponderar las condiciones de salud del colaborador, de cara a las condiciones laborales del mismo y así, emitir según corresponda, recomendaciones y/o restricciones precisamente laborales.

En conclusión, como Institución Prestadora de Servicios de Salud Ocupacional, no son tratantes de los pacientes remitidos por las empresas clientes y para el sub-examine, solo practican los exámenes médicos ocupacionales al Accionante. En tal sentido, no existe por parte de Colmédicos vulneración alguna a los derechos fundamentales del Accionante y solicita que sea desvinculada del proceso.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

g) ARL Sura

Señala que, conforme lo manifestado en los hechos de la tutela, dado que esta decisión es netamente administrativa y está en manos de las directivas de la empresa, arl sura no tiene injerencia en la misma. Teniendo en cuenta que no se evidencia vulneración de los derechos del accionante por parte de esta administradora; solicita respetuosamente la desvinculación de esta administradora en la presente acción de tutela.

Alega que no existe vulneración de derecho fundamental y pide negar el amparo constitucional solicitado por la parte accionante y, en consecuencia, declarar la improcedencia de esta acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de ARL SURA.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones:

Manifestó el Juez de primera instancia que, para el caso concreto, centrada la discusión en una polémica de naturaleza estrictamente laboral, derivada de la relación entre el actor y la demandada, y a partir del precedente jurisprudencial reseñado, se tiene lo siguiente: i) Si bien la tutela apunta a exponer las razones por las cuales disiente de la posición asumida por Colsubsidio respecto del retorno del accionante a su lugar de trabajo, nada explica de por qué los mecanismos ordinarios resultan para su caso concreto ineficaces y en tal sentido la tutela es la única alternativa para la protección de los derechos fundamentales que entiende le han sido vulnerados. ii) Según el dicho de la accionante y la accionada el primero aún continúa en su casa y vinculado laboralmente a la segunda, es decir, no existe transgresión actual de garantías constitucionales. iii) Si entonces la violación de derechos es hipotética y conjetural, la carga mínima argumentativa no se encuentra cumplida, pues lo que se espera para casos como este es que el accionante persuada al juez constitucional de cual es y en que consiste ese eventual escenario. En otras palabras, si es que lo que entiende el actor es el que el derecho al trabajo se vería en un futuro comprometido, entonces lo que se espera es que el titular del mismo convenza al juez del por qué ello



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

deviene en un perjuicio irremediable, o lo que es lo mismo, por qué su mínimo vital veríase afectado a tal punto que la única alternativa posible es acudir al recurso de amparo como mecanismos transitorio; sin embargo ello acá ni siquiera se menciona. iv) El hecho de que el accionante padezca de hipertensión arterial no lo hace sujeto de especial protección constitucional, figura pensada, ha dicho la Corte, para: “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza” [T-167-11].

Tampoco es sujeto de especial protección constitucional por el hecho de contar con 61 años a la fecha o tener la calidad de pre pensionado, pues, por un lado, es claro que ello no lo hace pare efectos del análisis constitucional un anciano, y tampoco se debate acá sobre un tema de estabilidad laboral reforzada. Y que no se diga que el derecho a la salud en conexidad con la vida se encuentra en vilo, pues ello sería tanto como asumir que la directriz dada por su empleador resulta inevitable e irresistible a tal punto que lo avoca inexorable y obligatoriamente a las consecuencias de la pandemia. No hay tal nexo de causalidad entre una cosa y otra, todo lo más, reiterase, si es que no existe evidencia alguna de la afectación al mínimo vital o de un estado de necesidad y precariedad económica apremiante, además de que a la fecha no se tiene noticia de que haya sido despedido.

b) Orden:

Negar el amparo deprecado.

7.- Impugnación: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

- El accionante, presenta impugnación en los siguientes términos:

Aduce que el juez desconoció por completo la facultad y deber del juez para conocer y decidir la protección de derechos fundamentales argumentando que el accionante cuenta con otras acciones judiciales para cesar la vulneración. Sin embargo, nada explica por qué los mecanismos ordinarios resultan para su caso concreto ineficaces y en tal sentido la



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

tutela es la única alternativa de los derechos fundamentales vulnerados. La sentencia impugnada de manera negligente centra única y exclusivamente su análisis en el derecho al trabajo y una posible vulneración al mínimo vital

El fallo desconoció de manera absoluta la exposición a un daño irreparable a la salud y a la vida del accionante, como quiera que en momento alguno analiza el riesgo al que se expone a una persona con morbilidad a un sitio donde el contagio del Covid 19 es alto. A su vez, resulta extraño que la tutelada no acepte que desarrolle trabajo en casa cuando se le ordenó revisar laboratorios, auditorias de causas externas erradas de historia clínica, radiografías y ecografías no reportadas a tiempo, incapacidades de Covid 19, y la interpretación de laboratorios clínicos que médicos anteriores no interpretaron.

Señala que, con la decisión de primera instancia y las maniobras de la accionada, tratándose de una labor de la salud público, se pone en riesgo a su familia, sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, la salud, la vida. Reitera a su vez, los hechos del escrito de tutela.

8.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración de los derechos fundamentales deprecados por el accionante, por cuenta de la convocada en su calidad de empleadora?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Fundamentos de derecho:

Ha precisado la jurisprudencia constitucional sobre el principio de estabilidad reforzada y reubicación laboral¹.

“...EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA

20. En diferentes disposiciones de la Constitución Política se protege el derecho al trabajo. Particularmente, el artículo 25[38] lo define como derecho fundamental y establece que toda persona debe trabajar en condiciones dignas y justas. En igual sentido, el artículo 53[39] determina los principios mínimos que deberán seguir las relaciones laborales, entre ellos la estabilidad en el empleo.

¹ Sentencia T – 203/17



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

20.1. Así, la base del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta se encuentra en los artículos 1[40], 2[41], 13[42], 47[43] y 54[44] de la Constitución Política. Precisamente, el citado artículo 13 hace referencia al principio de igualdad, con una doble connotación, puesto que en el primer inciso establece la igualdad de trato ante la ley y la prohibición de discriminación y, en los incisos siguientes, consigna el deber de las autoridades públicas y de los particulares de adoptar medidas afirmativas que permitan un tratamiento diferencial de carácter positivo, el cual se garantiza a través de la adopción de acciones destinadas a superar las desventajas que tiene un grupo de personas de la sociedad, para de esa manera alcanzar la igualdad material. Bajo esa misma lógica, los artículos 47 y 54 de la Constitución indican que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en esa medida, al Estado le corresponde velar por la garantía efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales.

Además de lo anterior, el principio de solidaridad social establecido en la Constitución, impone obligaciones a la sociedad frente a grupos particularmente vulnerables, puesto que tiene una estrecha relación con la igualdad material[45]. A través de la jurisprudencia constitucional, este tribunal ha indicado que el principio de solidaridad es “un deber, impuesto a toda persona [y a las autoridades estatales] por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”[46]. También ha manifestado la Corte que la solidaridad posee una estructura compleja que abarca, al menos, las siguientes dimensiones: “(i) [es] una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; [y] (iii) un límite a los derechos propios”[47].

20.2. El legislador plasmó el deber constitucional de garantizar la igualdad de manera real y efectiva en la Ley 361 de 1997[48] reglamentada por los decretos 1538 de 2005[49] y 734 de 2012, adicionada recientemente por la Ley 1287 de 2009; norma en la cual, se consignaron medidas respecto del trabajo, educación, transporte, bienestar, locomoción, entre otras cosas, de las personas en situación de discapacidad. Dentro de su articulado, esta normatividad consigna una serie de obligaciones que se encuentran en cabeza del Estado y de los particulares, con la finalidad de garantizar el goce real y efectivo de las garantías constitucionales por parte de este grupo poblacional.

Precisamente, dentro de las medidas establecidas en la Ley 361 de 1997, se encuentran una serie de garantías laborales que se traducen en acciones de carácter afirmativo tendientes a propiciar la contratación de personas en situación de discapacidad para hacer efectiva su inclusión en el mundo laboral en condiciones de igualdad.

En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997[50], el legislador estableció una limitación legítima a la libertad del empleador para dar por terminado un contrato de trabajo. En esos términos, se prohibió el despido de carácter discriminatorio de personas que se encuentren en situación de discapacidad, por lo que al empleador le corresponde solicitar un permiso ante el Ministerio de Trabajo, entidad que deberá verificar si las condiciones de la terminación obedecen a una situación que acarree una evidente discriminación o si existe justa causa para la terminación del vínculo. La sanción en caso de presentarse el despido de una persona con discapacidad sin el citado permiso, es el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario.

La anterior norma fue objeto de análisis por parte de la Sala Plena de esta corporación en la sentencia C-531 de 2000, a través de la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición considerando que el pago de la sanción no autoriza al empleador para despedir a la persona en situación de discapacidad, debido a que dicha terminación del vínculo laboral carece de efectos y, en esa medida, lo que procede es el reintegro a la labor que era desempeñada. En esa oportunidad se dijo lo siguiente:

“En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, 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



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

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.”

De lo anterior, se desprende que el derecho a la estabilidad laboral reforzada reconocido por la Ley 361 de 1997 y los principios constitucionales de igualdad y solidaridad son un pilar fundamental para lograr el fin de la integración social de las personas en situación de discapacidad. Esto se traduce como ya dijo anteriormente, en una medida de carácter afirmativo cuya consecuencia es la estabilidad y permanencia en el empleo de este grupo poblacional que, en razón a una enfermedad, condición congénita o accidente se encuentran en una situación de desventaja frente a otros miembros de la sociedad.

20.3. Ahora bien, frente a los destinatarios de esta protección reforzada, esta Corte ha indicado a través de distintos pronunciamientos que, aplica tanto para las personas que fueron calificadas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por las autoridades competentes definidas por la Ley para esto, como para aquellos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por una condición que afecta su salud[51].

Precisamente, en la sentencia C-531 de 2000, la Corte al analizar la norma citada, estudió al sujeto de la disposición como “persona con una limitación física, sensorial o mental”[52], sin mencionar la necesidad de ser calificada como tal. Al respecto, dijo:

“Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13)”.

Por todo lo anterior y como se dijo en el acápite destinado a la procedencia de la acción de tutela, particularmente en lo referido a la subsidiariedad, dar un trato diferente a las personas que han sido calificadas por los órganos competentes y a quienes no lo han sido, pero padecen condiciones de salud que les ocasiona una debilidad manifiesta implica inobservar los principios constitucionales de igualdad y solidaridad. En esa medida, ambos grupos enfrentan, en razón de sus circunstancias de salud, condiciones de vulnerabilidad que ameritan una protección reforzada de sus derechos. Sobre el tema, la sentencia T- 141 de 2016 manifestó lo siguiente:

“Desde el punto de vista del derecho a la igualdad, las personas en condición de debilidad manifiesta merecen un trato especial, de carácter favorable, por parte del resto de la sociedad. Esas consideraciones operan de manera armónica con el principio de solidaridad, principio que impone a los empleadores y a la administración pública brindar a la persona en condición de debilidad por motivos de enfermedad un empleo estable brindándole una fuente de ingresos que le permita perspectivas de realización personal, garantizando además el mínimo vital propio y el de su familia”.

20.4. Ahora bien, pese a que la anterior posición ha sido acogida por la mayoría de la Salas de Revisión de la Corte Constitucional, existen salvamentos y aclaraciones de votos de algunos magistrados que consideran que la protección de la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad y de las personas en situación de debilidad manifiesta tienen fundamentos diferentes. Así, en el caso de los primeros la protección reforzada deviene de los mandatos establecidos en la Ley 361 de 1997, pero respecto de las personas en situación de debilidad manifiesta (quienes no han sido calificados por la autoridad competente) la garantía de estabilidad laboral reforzada acaece directamente de la Constitución[53].

La diferencia entre las posturas anteriores radica en el reconocimiento de la indemnización estipulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en tanto que dependiendo de si se trata de una persona en situación de discapacidad debidamente calificada como tal o de alguien cuyo escenario médico lo tiene en condición de debilidad manifiesta, la misma deberá ser o no reconocida.

E. EL DERECHO A LA REUBICACIÓN LABORAL – REITERACIÓN



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

21. *Del derecho a la estabilidad laboral reforzada nace la garantía que tienen los trabajadores que por algún motivo ven menguadas sus condiciones físicas o psíquicas por una enfermedad o accidente y, por lo tanto, se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad a la reubicación laboral. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también como la posibilidad que tiene ese trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud[54].*

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 776 de 2002[55] establece lo siguiente:

“Artículo 8. Reubicación del trabajador. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”

Lo anterior significa que frente a una enfermedad o accidente, el trabajador puede continuar desempeñando su labor o se le podrá asignar una diferente en iguales o mejores condiciones, situación que encuentra fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, así como en los derechos al trabajo y a la dignidad. En ese sentido, la reubicación laboral es una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios.

21.1. *En la sentencia T-1040 de 2001, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estableció que, para efectos de la reubicación laboral, debían tenerse en cuenta como mínimo estos tres aspectos: “1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador.” En el mismo sentido, la citada providencia consagró una excepción al deber de reubicación laboral, en los siguientes términos: “Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación”.*

21.2. *Ahora bien, la reubicación laboral no implica únicamente el cambio de funciones a unas compatibles con la salud del trabajador, sino que existen unos criterios mínimos que la jurisprudencia constitucional ha fijado y que deben ser tenidos en cuenta tanto por el empleador, como por el juez constitucional al momento de realizar u ordenar la reubicación de un trabajador en otra labor diferente:*

“(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;

(ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;

(iii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;

(iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital;

(v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones;

(vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”[56]

De lo anterior se desprende que el nuevo cargo que desempeñe el trabajador reubicado deberá, entre otras cosas, permitirle gozar de todos los beneficios que se desprendan de la ejecución de dicha labor. En esa medida, los beneficios no podrán ser inferiores a lo que tenía en el cargo anterior, sino que deberán ser iguales o superiores, puesto que la reubicación no puede desencadenar en una vulneración a los derechos a la vida digna y el mínimo vital.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Adicionalmente, el nuevo cargo deberá ser compatible con el estado de salud del trabajador y con las recomendaciones médicas expedidas por los profesionales de la salud. Lo anterior significa que el empleador tiene que asignar una labor en la que se garantice el pleno desarrollo del potencial del trabajador. Por lo mismo, la empresa o entidad no podrá desvincular al trabajador de ese nuevo cargo, salvo que exista una causal objetiva para dar por terminado dicho vínculo contractual y, en todo caso, deberá solicitar la debida autorización a la respectiva autoridad del trabajo, por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta.

En la sentencia T-1040 de 2001, además, se indicó que para garantizar el ejercicio real del derecho a la reubicación laboral, “debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud”.

21.3. En otras palabras, los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional tienen como finalidad garantizar y respetar principios como la igualdad, la solidaridad y la dignidad humana. Así como, materializar las garantías constitucionales y legales que protegen a los trabajadores que debido a una enfermedad o accidente se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad, particularmente la estabilidad laboral reforzada...”

b.- Caso concreto: Revisado el escrito de tutela, así como las pretensiones de esta, se evidencia que la protección que reclama el accionante es para que se le permita seguir desarrollando su actividad laboral en la modalidad de teletrabajo. Ello con ocasión de su condición de paciente con hipertensión arterial crónica, de edad de 61 años y la emergencia sanitaria que atraviesa el país. No obstante, la directamente convocada aduce que en el desarrollo de las funciones como medico general de urgencias se exige que su labor sea ejecutada en la clínica.

A efectos de resolver el presente tramite constitucional, habrá de precisarse lo referente a la estabilidad reforzada, conforme la citada sentencia T – 203 de 2017. En este sentido, adviértase que la base del derecho a la estabilidad reforzada de las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta se encuentra entre otros, en el principio de la igualdad, ello bajo una doble connotación. La primera refiere a la igualdad de trato ante la ley y la prohibición de discriminación. **En tanto, la segunda consigna el deber de las autoridades públicas y de los particulares adoptar medidas afirmativas que permitan un tratamiento diferencial de carácter positivo, el cual se garantiza a través de la adopción de acciones destinadas a superar las desventajas que tiene un grupo de personas de la sociedad.**

Ha indicado la jurisprudencia constitucional que, como destinatarios de esta protección reforzada se encuentran todos aquellos que están en una situación de debilidad manifiesta



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

por una condición que afecta su salud. Estas son las personas que tengan una limitación física, sensorial o transitoria².

Así las cosas, ha de advertir este Despacho que el accionante goza de una protección reforzada en las actuales circunstancias, la cual se efectiviza en favor de personas con importantes deterioros en su estado de salud **que impiden o dificultan sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares**. Lo anterior, por cuanto se encuentra acreditado en certificación emitida por Colsubsidio – CM Funza, de fecha 9 de septiembre de 2020, anexa al escrito de tutela, que el tutelante es un paciente con hipertensión arterial, dislipidemia mixta, prediabetes, hipotiroidismo, arritmia cardiaca con rta controlada, hiperuricemia.

Así mismo, ha de resaltar que como fuere indicado por el Ministerio de Salud, el *Decreto 1168 de agosto 25 de 2020 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus covid-19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable”*, que dio terminación a la medida de Aislamiento Preventivo Obligatorio pasando al Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable, prorrogado por los Decretos 1297 de septiembre 29 de 2020 y 1408 de octubre 30 de 2020. Dejaron en claro la vigencia y obligación del acatamiento de los diferentes protocolos de bioseguridad para la mitigación y contención de la pandemia por SARS-COV-2 / COVID-19 **y en definitiva se mantiene que frente a los trabajadores que padecen preexistencias que aumentan su riesgo ante la exposición al SARS-COV-2 / COVID-19, los empleadores debieron antes y así como a partir de la entrada en vigor de toda la citada normatividad, extremar las medidas de protección en procura de mantener la salud de sus trabajadores, debiendo adoptar medidas administrativas para reducir la exposición al coronavirus, para lo cual cuentan con distintos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como: Trabajo remoto, teletrabajo, jornada laboral flexible y concertación del salario, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas y permisos remunerados - salario sin prestación del servicio, licencia remunerada compensable, modificación o suspensión de beneficios extralegales, concertación de beneficios convencionales.**

² Sentencia T 203/2017.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Obsérvese que además precisó dicho ente Ministerial, que de manera efectiva *En los pacientes con infección por Covid-19, las principales asociaciones encontradas con mayor riesgo de progresión de la enfermedad y muerte fueron: personas mayores de 60 años, con antecedente de tabaquismo y falla respiratoria y la letalidad fue mayor entre las personas con condiciones de comorbilidades preexistentes: 10.5% para enfermedades cardiovasculares, 7.3% para diabetes, 6.3% para enfermedades respiratorias crónicas, 6.0% para hipertensión y 5.6% para cáncer. Conforme a lo anterior el Ministerio de Salud y Protección Social consideró trascendental que las personas de cualquier grupo de edad, que presenten morbilidades preexistentes deban ser candidatas para realizar sus actividades laborales de manera remota o a distancia y así lo dispuso en la Resolución 00001155 de julio 14 de 2020. “Por medio de la cual se adopta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del coronavirus COVID-19 en la prestación de los servicios de salud, incluidas las actividades administrativas, de apoyo y alimentación”.*

Corolario, encuentra este despacho debidamente acreditadas las condiciones para reconocer la protección reforzada que goza el tutelante, mas aun al contar con las preexistencias señaladas que lo hacen mas vulnerable a la pandemia de Covid – 19. Por lo cual sobre el mismo deben efectivizarse las respectivas medidas afirmativas en pro de su condición de salud. Nótese que dichas patologías si bien en tiempos pasados no afectaron el desarrollo de sus labores, en la actualidad si le imposibilitan desarrollar sus funciones en condiciones normales al ser sujeto de mayor riesgo.

Consecuencia de lo anterior, habrá de precisarse lo atinente al derecho a la reubicación laboral, del cual debe señalarse que nace de las garantías que tienen los trabajadores que por algún motivo ven menguadas sus condiciones físicas o psíquicas, encontrándose en una situación de debilidad manifiesta para desempeñar una labor. **Ha manifestado la Corte Constitucional que, la estabilidad reforzada no solo puede entenderse como la limitación para retirar a un trabajador, sino también como la posibilidad que tiene este para ser reubicado en un puesto en el que pueda desempeñar las labores, acorde a sus condiciones de salud**³.

³ *Ibidem.*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La citada reubicación laboral, debe darse bajo unos criterios mínimos como son: (i) *Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;* (ii) *Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;* (iii) **Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;** (iv) **Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital;** (v) *Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones;* (vi) *Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes.*

Así las cosas, procederá este Despacho amparar los derechos del accionante a la salud, a la vida, a la igualdad y al trabajo, como quiera que obligar al accionante acudir a las instalaciones de urgencias de la Clínica Roma para ejercer sus labores, pese a estar en riesgo su vida al incrementa el riesgo de contagio, flagela los postulados constitucionales que rigen nuestro Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, se ordenará a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, realizar la reubicación laboral del tutelante a en un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba, en la medida de los cargos existentes en dicha entidad y en los términos que ha fijado la jurisprudencia constitucional, donde pueda ejercer sus funciones con disminución del riesgo de contagio, ya sea mediante trabajo remoto, teletrabajo, jornada laboral flexible, esto hasta que cese la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno.

Consecuencia de lo anterior, este Despacho procederá a revocar la sentencia de tutela proferida en primera instancia por el Juzgado Quince (15) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple De Bogotá D.C.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, por los motivos señalados en la parte motiva de esta sentencia,

RESUELVE:



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Quince (15) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONCEDER la acción de tutela impetrada por el señor **JAIME ORLANDO ESLAVA SARMIENTO**, identificado con la C.C. No. 19.410.462, quien actúa en nombre propio contra la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO**, conforme los argumentos esbozados en la parte considerativa.

TERCERO: ORDENAR a la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO**, representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del recibo de la comunicación de este fallo, proceda a reubicar al señor **JAIME ORLANDO ESLAVA SARMIENTO**, identificado con la C.C. No. 19.410.462, en un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba, que sea compatible con su salud, en los términos fijados por la jurisprudencia constitucional, que fueron citados en la parte considerativa de la presente sentencia, donde pueda ejercer sus funciones con disminución del riesgo de contagio de Covid -19, ya sea mediante trabajo remoto, teletrabajo, jornada laboral flexible. Lo anterior, hasta que cese la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno.

CUARTO: NO EMITIR ORDEN en contra de las entidades vinculadas.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

PZT