

JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá D. C., veinte de marzo de dos mil veinte

REFERENCIA. Acción de Tutela No.
2020-00176
De. Luis Eduardo Díaz Romero
Contra. Apoyo Temporal Recurso Humano
Ltda, Pink Life S.A.S. y ARL SURA
V/das. Ministerio del Trabajo, EPS
Famisanar, AFP Porvenir, Fundación
Clínica Shaio y Eusalud S.A.

Se resuelve mediante esta providencia la acción de tutela de la referencia, presentada por el accionante para la protección de los derechos fundamentales que invocó en el escrito de tutela.

ANTECEDENTES

Luis Eduardo Díaz Romero, presentó acción de tutela en causa propia contra de *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda., Pink Life S.A.S. y ARL SURA*, con fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

– Que el día 6 de noviembre del 2018 firmó contrato con la empresa *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda.*, para desempeñar la labor de auxiliar de bodega en misión para la compañía *Pink Life S.A.S.*, con quien laboró desde esa misma fecha hasta el 10 de octubre de 2019. Contrato del cual no posee copia, pues no le fue entregada por su empleador.

– Que el 19 de noviembre de 2018 sufrió un accidente laboral, el cual le causó daño en su extremidad superior derecha (hombro), reportado en su momento a la *Administradora de Riesgos Laborales SURA*.

– Que ese mismo día fue atendido en la Clínica Shaio por “*traumatismo en el hombro y brazo*”, entidad que le expidió incapacidad inicial de 22 días.

– Que el 12 de diciembre de 2018 le fue practicada una resonancia de hombro derecho simple, en virtud de la cual se concluyó que tenía desgarro del “*labrum posterior*” y otras lesiones, por lo cual se le extendieron las incapacidades hasta el 9 de octubre de 2019, contando con un total de 10 meses y 20 días de incapacidad, de las cuales su empleador siempre tuvo conocimiento.

– Que en el intervalo de las incapacidades tuvo dos intervenciones quirúrgicas: la primera el 19 de diciembre de 2018 y la segunda el 22 de marzo de 2019.

- Que en virtud del accidente sufrió pérdida de su capacidad laboral según informe de la ARL del 3 de octubre de 2019.
- Que inició tratamiento psicológico a través de la *EPS*, siendo remitido a psiquiatría por diferentes factores emocionales a causa del accidente laboral, donde su médico tratante le formuló “*clonazepam*” para control de la ansiedad y otros síntomas, con seguimiento por esa misma especialidad.
- Que la *Administradora de Riesgos Laborales SURA* emitió una serie de recomendaciones a su empleador y este último lo remitió a un examen adicional post-incapacidad por un particular, el cual le generó recomendaciones adicionales.
- Que retornó a su actividad laboral en virtud de comunicación de fecha 11 de octubre de 2019, remitida por su empleador en la cual se le informó sobre la finalización de la obra con *Pink Life S.A.S* y en consecuencia que debía cumplir con el horario de 8:00 am a 6:00 pm, directamente con la empresa temporal en sus dependencias ubicadas en la Carrera 15 Bis No 39 A-27.
- Que su ultimo período laborado fue del 11 de octubre de 2019 hasta el 23 de octubre de 2019, sentado en una silla sin recibir ninguna instrucción a seguir.
- Que el 23 de octubre de 2019, fue despedido sin justa causa, donde la entidad accionada le indicó discriminatoriamente, según grabación aportada, dar por terminado el contrato de trabajo argumentando que en “*la empresa no había un cargo en el que se le pudiera ubicar por su estado de salud*”.
- Que el empleador a través de la funcionaria *Leydi Cipamocha Roza* verbalmente le indicó que el despido también se debía a las recomendaciones sugeridas por la *ARL SURA*, debido a las cuales la empresa consideraba la finalización de la obra o labor contratada, actuación que considera irregular e ilegal, por cuanto se vinculó a trabajar “*en plenitud de sus capacidades físicas*”, las cuales ya no posee.
- Que prueba de la irregularidad cometida es que la *ARL SURA* emitió las recomendaciones el 19 de octubre de 2019, con vigencia de 20 días, y el despido sin justa causa ocurrió el 23 de octubre de 2019, sin tener en cuenta que contaba con una cita pendiente por ortopedia, prevista para el 6 de febrero de 2020.
- Que la empleadora depositó el pago de su liquidación en el *Banco Agrario*, mediante depósito judicial sin previo aviso, acto que condujo a recibir dicho pago hasta el 2 de diciembre de 2019, lo cual considera arbitrario, pues pudo habersele cancelado en las oficinas de la empresa o consignado en su cuenta de ahorros.

– Que su salud no presenta mejoría y sufre de “*dolor nociceptivo crónico*”, con cuadro de luxación recurrente refractaria, con poca probabilidad de control con analgesia, por lo cual no puede descansar ni llevar una vida cotidiana normal.

– Que el despido sin justa causa ha hecho crisis en su familia, pues era el único aportante en su familia, compuesta por su esposa quién tuvo que dejar de asistir a los estudios intermedios que pagaba con el producto de su trabajo, y sus dos hijas de 2 y 4 años de edad; sumado a que su hija mayor *Violeta Díaz Pérez*, fue diagnosticada con epilepsia focal y dependía del régimen de salud que le proveía, por lo cual, sus citas médicas y medicamentos están próximos a paralizarse.

– Que por su nivel educativo (bachiller) no le es posible conseguir un trabajo en áreas diferentes a la operativa y con la condición física que presenta, no tiene otras posibilidades, debido a la subsistencia de la fractura de *HILL-SACHS* en su articulación.

– Que se encuentra inscrito y habilitado en el *Plan Semillero de Propietarios*, que es un proyecto para adquirir vivienda, donde le piden como requisito cartas laborales, que al no tener no le permiten acceder a dicho beneficio.

– Que el 16 de enero de 2020 asistió a cita de psiquiatría, en la cual le prescribieron antidepresivos y medicamentos para controlar la ansiedad originada por el accidente de trabajo, lo cual ha afectado su salud progresivamente.

– Que el 10 de febrero de 2020 asistió a cita con ortopedia y traumatología, en la cual se le indicó continuar con el tratamiento del hombro derecho a través de fisioterapia y algología, buscando con ello una mejora física, ya que no es prudente una tercera intervención quirúrgica, por lo cual le ordenaron la práctica de veinte terapias físicas que empiezan a partir del 16 de marzo del presente año.

– Que el 7 de febrero de 2020 presentó derecho de petición ante la accionada, con el propósito de obtener el reintegro a sus labores, el pago de los salarios no cancelados por despido sin justa causa, y la entrega de la copia de su contrato, recibiendo respuesta negativa el 11 de febrero de 2020.

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce el accionante que la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, salud, integridad personal, mínimo vital, seguridad social, vida digna, debido proceso y al trabajo.

PETICIÓN

La protección de los derechos fundamentales relacionados en precedencia, y en consecuencia se ordene a la accionada: *“El reintegro laboral definitivo e inmediato y asignándome un puesto laboral, donde mi condición física no se vea afectada y el pago inmediato de los salarios que he dejado de percibir a causa del despido SIN JUSTA CAUSA”* y la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez asumido el conocimiento de la presente acción, mediante auto de fecha 10 de marzo de 2020 se admitió la tutela, se dispuso vincular al trámite al *Ministerio del Trabajo*, a la *EPS Famisanar*, a la *AFP Porvenir*, a la *Fundación Clínica Shaio* y a *Eusalud S.A.* Así mismo, se dispuso notificar el inicio del amparo tanto a la accionada como a las vinculadas.

CONTESTACIONES

1. Dentro del término otorgado **Porvenir S.A.**, manifestó que el accionante no ha elevado ante dicha entidad solicitud o reclamación alguna. Así mismo solicitó su desvinculación, teniendo en cuenta que las peticiones del accionante se fundamentan en una controversia de origen laboral, en la que la vinculada no tiene injerencia y por ende se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, por ser hechos exclusivos de un tercero.

2. Por su parte, la **Fundación Clínica Shaio** allegó copia de la historia clínica del actor, e informó que ingresó el 18 de noviembre de 2019 al servicio de urgencias a causa de un accidente laboral *“Trauma contundente con carga de varios kg en hombro derecho”* en virtud del cual se le expidió incapacidad por 20 días.

Advirtió que prestó los servicios médicos requeridos por el actor y que no es la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la acción constitucional, pues no son de su resorte conforme a las funciones establecidas por la Ley 100 de 1993, motivo por el cual solicitó su desvinculación.

3. **Eusalud S.A.** guardó silencio.

4. La vinculada, **EPS Famisanar S.A.S.** manifestó que el accionante se encuentra en estado activo, en el régimen subsidiado, así mismo, manifestó que no está legitimada en la causa por pasiva pues es una persona jurídica totalmente diferente de las accionadas.

Así mismo, señaló que no ha tenido vínculo contractual alguno con el actor, que pueda generar alguna responsabilidad, motivo por el cual solicitó su desvinculación.

5. El **Ministerio del trabajo**, refirió que no tiene legitimación en la causa por pasiva, en tanto que esa entidad no es ni fue empleadora del actor, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral, razón por la cual no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre estos, lo que da lugar a que haya ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Frente a la estabilidad laboral reforzada, señaló que la legislación laboral establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados, una protección especial que atiende a su especial condición de salud, estableciendo claramente a quienes deben garantizarse dicho fuero, así mismo que mediante sentencia de unificación SU 049/2017, la Corte Constitucional reiteró el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes tienen una afectación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, circunstancia que genera una debilidad manifiesta y que puede ocasionar que la persona se vea discriminada por ese hecho.

Resaltó que de acuerdo con lo previsto en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminados por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, de ser ello así, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario.

Así mismo, señaló que conforme a tal norma, para dar por terminado el contrato de trabajo de un empleado con discapacidad se requiere la autorización del Inspector de Trabajo, quien constatará que dicha terminación tuvo una causal objetiva, y que no obedeció a razones discriminatorias, siendo por ende con justa causa.

Finalmente recordó que el actor dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, apropiados para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales.

6. La **ARL SURA**, indicó que el accionante efectivamente sufrió un accidente laboral y la fecha de su última intervención fue el 22 de abril de 2019, por presentar luxaciones de hombro recidivantes.

Señaló que le emitió al actor recomendaciones para el reintegro laboral las cuales fueron socializadas con el empleador el 26 de junio de 2019, y que lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 9.8%, el cual apeló y a la fecha está pendiente el pronunciamiento de la *Junta Regional de Calificación de Invalidez*.

Por lo anterior destacó que le ha brindado al actor todas las prestaciones requeridas en relación con el accidente y que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

De otra parte, frente a la pretensión de reintegro indicó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser la entidad empleadora del actor.

7. Por su parte **Pink Life S.A.S.**, indicó que la entidad empleadora del accionante era la empresa *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda* y que como empresa usuaria siempre mantuvo informada a la empresa de servicios temporales sobre el accidente del trabajador.

Así mismo, señaló que no tiene ningún vínculo contractual con el trabajador y que no tiene conocimiento acerca de donde estaba asignado al momento de su desvinculación, por lo cual no tuvo injerencia en su presunta desvinculación, en consecuencia, solicitó negar las pretensiones del accionante frente a dicha entidad.

8. La accionada, **Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda** a través de su representante legal allegó escrito de contestación, en el cual solicitó negar las pretensiones del accionante toda vez que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, así mismo, adujo que el contrato de trabajo terminó por una causal objetiva la cual es mutuo acuerdo entre las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del C.S.T, numeral 1, literal b., para lo cual aportó acta de terminación de contrato.

De la misma forma, indicó que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que es presentada 139 días después de la desvinculación por lo cual no hay lugar a reintegro alguno.

Recalcó que la causal de terminación fue por acuerdo presentado y firmado voluntariamente por el *Sr. Díaz Romero*, quién se presentó a indicar que no deseaba continuar laborando, el cual debe presumirse hecho de buena fe. Así mismo, adujo que el actor pretende inducir en error al despacho indicando hechos que no son ciertos.

De otra parte manifestó que contrario a lo narrado por el actor, si se le entregó copia del contrato de trabajo, para demostrar su dicho, allegó en imagen inserta al escrito de contestación, foto de la última parte del contrato donde se lee que un ejemplar fue entregado al trabajador.

Arguyó que efectivamente el 11 de octubre de 2019 se comunicó con el actor para informarle sobre la terminación de los servicios prestados con la empresa usuaria y que por ende aquel debía continuar desempeñando labores con su directo empleador, esto es con la entidad *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda*, para lo cual

dicha entidad realizó valoración previa al trabajador, encontrándolo apto con restricciones

Señaló que no es cierto que haya procedido al despido sin justa causa, ni menos que haya ejecutado acciones discriminatorias pues el trabajador fue quien solicitó la terminación de mutuo acuerdo.

Frente a la grabación aportada y cuya copia se le envió en una segunda oportunidad por cuanto en el acto de notificación inicial por correo no se le entregó, el accionante, manifestó que la misma se encontraba incompleta y que fue editada o recortada, razón por la cual no debe tenerse en cuenta.

Así mismo, señaló que la misma no era clara respecto de las personas que participaron en ella y que la persona que se indica como *Leydi Cipamocha Rozo*, no trabaja para dicha entidad, para lo cual aportó certificación del revisor fiscal de la empresa.

Indicó que en ningún momento el actor narra las circunstancias de tiempo y lugar, ni el motivo de la citación con la presunta jurídica de la empresa, así como tampoco el lugar donde se realizó, ni presentó prueba de la citación, correo electrónico, mensaje de texto o cualquier otro elemento que pueda inferir una fecha cierta de dicha grabación para analizar su veracidad.

Igualmente indicó que en la grabación la voz masculina menciona que es el 22 de septiembre con lo cual no hay certeza sobre la fecha de la misma, dado que se argumenta el presunto despido ocurrió el 23 de octubre de 2019.

Finalmente hizo alusión acerca de la ilegalidad de la prueba y la violación al derecho a la intimidad, razón por la cual no debe ser tenida en cuenta como prueba.

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de 1991 en su artículo 86, establece la acción de tutela como un mecanismo constitucional de carácter excepcional para la protección de derechos fundamentales; prevé el artículo 86 ibídem que: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..."*

Se trata entonces de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza que obtendrá

oportuna resolución, a la protección inmediata y directa del Estado, a objeto que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenazas de sus derechos fundamentales logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional.

La finalidad de esa acción es lograr que mediante un trámite preferente y sumario, el juez profiera una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

2. Caso en concreto

El problema jurídico se concreta en determinar, si el accionante contaba con estabilidad laboral reforzada y si su desvinculación de la entidad *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda* se constituyó en una conducta vulneradora de sus derechos fundamentales. Así mismo, si su protección es susceptible de ser concedida por vía constitucional y en consecuencia si es procedente el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir.

2.1. De la Inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.

Por lo tanto, la inactividad o la demora para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela.

Así mismo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza.

La regla jurisprudencial acerca del principio de la inmediatez, ordena al Juez de tutela constatar si existe un motivo válido, entendiéndolo como justa causa, para el no ejercicio de la acción

constitucional de manera oportuna. Es así como en la Sentencia T-743 de 2008 se establecen las circunstancias que el juez debe verificar cuando esta frente a un caso de inmediatez, así: i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) Si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; y iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

La Corte en Sentencia T-037 de 2013 ha señalado que la solicitud de amparo es procedente, cuando transcurrido un extenso lapso de tiempo entre la situación que dio origen a la afectación alegada y la presentación de la acción, bajo las siguientes circunstancias:

“(i) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (ii) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (iii) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

2.1.1. Principio de inmediatez en el caso de personas que alegan estabilidad laboral reforzada, debido a una condición de debilidad manifiesta, con ocasión de su estado de salud.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-151 de 2017, recordó los casos en que dicha corporación había dado paso al estudio de fondo de la acción constitucional pese a haber transcurrido un lapso bastante amplio desde el hecho vulnerador hasta la interposición de la tutela, y precisó:

“...Acorde con la jurisprudencia expuesta en precedencia, se colige que el requisito de inmediatez impone una carga al demandante consistente en presentar la acción de tutela en un término razonable, ello a fin de propender hacia una protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Sin embargo, de interponerse una solicitud de amparo transcurrido un término de tiempo considerable, debe el juez constitucional analizar y determinar si las justificaciones aportadas para superar tal requisito de procedibilidad, constituyen un motivo suficiente que permita validar la inactividad del sujeto afectado.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha flexibilizado el análisis del requisito de inmediatez en caso de personas que alegan una estabilidad laboral reforzada debido a su condición de debilidad manifiesta, con ocasión de su estado de salud, cuando: (i) existe una afectación a la salud del demandante que permanece en el tiempo y la cual le ha impuesto una carga adicional que le impide actuar de la misma forma que alguien sano; (ii) se trata de sujetos de especial protección, como por ejemplo las personas en situación de discapacidad y (iii) en aquellas situaciones en las que si bien el actor no acudió a los medios jurisdiccionales que tenía a su alcance, sí desplegó cierta actividad ante su empleador para proteger sus derechos”

2.1.2. Así las cosas, en el caso en concreto se tiene que el hecho vulnerador ocurrió el 23 de octubre de 2019, y la fecha de interposición de la acción fue el 6 de marzo de 2020, con lo cual podría pensarse en principio que no se satisface con el requisito de inmediatez para la procedencia de la acción, sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia arriba citada y con la documental obrante en el expediente se tiene que el accionante actualmente sufre de las consecuencias del accidente laboral como da cuenta la valoración realizada el 10 de febrero de 2020 (fls.54-55) donde es remitido a fisioterapia y clínica del dolor con diagnóstico *“luxación de la articulación del hombro”*, luego entonces puede afirmarse que ha permanecido en el tiempo la afectación de sus derechos, debido a su padecimiento, el cual continúa y es actual.

Así mismo, el requisito de inmediatez se flexibiliza en aquellas situaciones en las que si bien el actor no acudió a los medios jurisdiccionales que tenía a su alcance, sí desplegó cierta actividad ante su empleador para proteger sus derechos, tal y como ocurrió en el caso en particular pues a folio 1 a 6 del plenario se observa derecho de petición radicado por el actor y la respectiva respuesta del 11 de febrero de 2020, en la cual le solicitó al empleador reconsiderar su decisión y ordenar su reintegro, obteniendo respuesta negativa.

Luego entonces, siendo dicha respuesta de fecha 11 de febrero de 2020, la cual en cierto modo confirma la desvinculación del actor y deja dicha decisión en firme, el principio de inmediatez se encuentra cumplido pues la acción constitucional se presentó menos de un mes después, esto es el 6 de marzo de 2020.

2.2. A su vez, como requisito para la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha establecido que debe cumplirse con el principio de la subsidiariedad, que ampliamente ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia, en la que ha precisado que:

“Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o

complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (Subraya el despacho). *Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.*

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera, está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto”.

2.2.1. En principio podría considerarse que el actor está facultado para ejercer las acciones con las que cuenta en la jurisdicción ordinaria laboral, para resolver la controversia suscitada con su empleador y satisfacer su pretensión de reintegro, no obstante, al analizar en concreto las especiales circunstancias de vulnerabilidad del accionante relativas a que (i) es el único aportante económico de su núcleo familiar (ii) presenta una disminución en su capacidad física producto de un accidente laboral y no se encuentra laborando actualmente y (iii) tiene dos hijas menores de edad frente a las cuales tiene la obligación de asumir su manutención, una de las cuales diagnosticada con epilepsia (fl. 49); las mismas exigen la inmediata intervención del juez de tutela, para evitar la afectación de su mínimo vital y el de su familia, lo que conlleva a presumir la falta de eficacia de los mecanismos ordinarios y en consecuencia al estudio de fondo de la acción.

2.3. En el caso en concreto, tenemos que el actor considera vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, salud, integridad personal, mínimo vital, seguridad social, vida digna, debido proceso, y al trabajo, pues alega que la entidad accionada *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda*, lo despidió sin justa causa el 23 de octubre de 2019, bajo el argumento de que en la entidad no había un cargo en el que se pudiera ser ubicado.

Por su parte, la accionada insiste en que la desvinculación del trabajador obedeció a solicitud de terminación por mutuo acuerdo realizada por él mismo, en virtud de lo cual se firmó acta de terminación presentada y firmada voluntariamente por el accionante.

2.4. Sobre la estabilidad laboral reforzada la Corte Constitucional en Sentencia SU-049 de 2017 unificó su jurisprudencia, y señaló que:

“Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros.

*Pues bien, la protección especial debe en primer término fundarse en los principios de solidaridad e integración social (CP arts. 1, 43 y 95). La solidaridad supone asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral.Así, por ejemplo, cuando una persona experimenta una afectación de salud relevante, el principio de solidaridad implica para sus familiares la asunción de su cuidado y asistencia personal; para las instituciones de salud con las que estaba vinculado y venía recibiendo tratamiento, el deber de continuar la prestación de servicios que requiera; **y para sus empleados y contratantes, el deber de preservarlo en el empleo a menos que concurra justa causa convalidada por la oficina del Trabajo, sin perjuicio de la obligación de reubicarlo, capacitarlo y ajustar las condiciones de su trabajo al cambio en sus condiciones existenciales,** pues esto además se acompasa con el principio de integración social (CP art 43)....”*

Así mismo, en reciente jurisprudencia Sentencia T-014 de 2019, la Corte Constitucional reiteró que: “...*la estabilidad laboral reforzada tiene como objetivo brindar protección adicional a las personas que puedan ser apartadas de su trabajo, con ocasión de una eventualidad médica por la que transitoriamente pueda atravesar. La Corte ha señalado que la inobservancia de las limitaciones o formalidades para el despido de personas con limitaciones de salud genera como consecuencia la invalidez del despido. En ese sentido el vínculo laboral que, aparentemente y como un acto discriminatorio por parte del empleador, había terminado, no puede entenderse jurídicamente finalizado*”.

2.5. De la documental obrante en el expediente se extrae que el accionante sufrió un accidente laboral el 19 de noviembre de 2018 (fls. 23 a 29), en virtud del cual fue intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones e incapacitado por un lapso de diez meses y veinte días, siendo calificado con una pérdida de capacidad laboral del 9.80% (fls. 14 a 16) contando con diagnóstico actual de “*luxación de la articulación del hombro*” (fls 53 a 55).

De otra parte, el accionante se reintegró a laborar el día 11 de octubre de 2019, en virtud de comunicación recibida por su empleador *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda*, en la que se le informó que debía continuar ejecutando labores directamente con la empresa temporal, toda vez que la orden de servicios prestados a la empresa usuaria *Pink Life S.A.S.* había culminado para el cargo de *auxiliar de bodega*.

Así mismo, el empleador le realizó al accionante una valoración post- incapacidad de fecha 11 de octubre de 2019, que se determinó que el mismo se encontraba “*apto con restricciones*” y se le recomendó entre otras “*reubicación laboral y en caso de ser necesario, valoración certificada de puesto de trabajo*” (fl. 47 y 134). Igualmente, el 19 de octubre de 2019, la ARL del accionante expidió una serie de recomendaciones al trabajador con vigencia de 20 días para ser aplicadas en las actividades laborales y extralaborales (fl. 46).

Posteriormente, específicamente cuatro días después de ser emitidas las recomendaciones laborales, acontece el hecho que dio inicio a la presentación de la acción constitucional, relativo a la desvinculación del accionante, quien aduce fue despedido sin justa causa.

Sin embargo, el empleador insiste en que el trabajador presentó solicitud de terminación por mutuo acuerdo, firmando voluntariamente el acta de terminación vista a folio 133 vto.

Ahora bien, el accionante aporta como prueba de su despido injustificado: formato de “*paz y salvo retiro*” suscrito el 23 de octubre de 2019 (fl. 20) donde se lee “*en este documento solo puse mi firma*

además sin estar de acuerdo. Demás espacios en blanco”; así mismo, comunicaciones de fechas 10 y 11 de octubre entregadas por su empleador, sobre la continuación de sus labores directamente con la empresa temporal y grabación a folio 56 en la cual se escucha una conversación entre el trabajador y al parecer una abogada de la accionada, de la cual se desprende que la finalización del contrato obedeció a la voluntad del empleador y no del trabajador.

2.6. La prueba en mención fue objeto de traslado a la entidad accionada, en una segunda oportunidad pues al realizarse la notificación por correo se había omitido poner en su conocimiento dicha evidencia, ante lo cual en forma posterior ejerció la contradicción de la misma.

En su respuesta manifestó que la prueba estaba incompleta, al parecer editada, que no era clara y no se especificaban las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni se aportaban elementos suficientes para analizar su veracidad. Así mismo, señaló que la prueba aportada es inconstitucional teniendo como fundamento la violación al derecho a la intimidad, resaltando que la prueba allegada es ilegal y que por ende no debe tenerse en cuenta (fls. 156 a 157). Señaló igualmente que en la nómina de empleados de su entidad no labora la persona identificada como *Leydi Cipamocha Rozo*, aportando como prueba certificación del revisor fiscal de la entidad (fl. 161).

En relación con el desconocimiento de la calidad de trabajadora o contratista que hace la accionada de la señora conocida en éste asunto como *Leydi Cipamocha Rozo*, y que el accionado prevalido de la certificación expedida por su Revisor Fiscal, vale la pena llamar la atención que así la llama el trabajador en su escrito de tutela, por lo cual es preciso señalar en este punto, que de conformidad con el informe secretarial visto a folio 155 del plenario, la oficial mayor del juzgado se comunicó telefónicamente con la entidad accionada el día miércoles 18 de marzo de 2020 a las 12:20 pm, con el fin de informar sobre el traslado de la grabación mencionada, donde le contestó la persona que se hizo llamar como Leydi Cipamocha Rozo identificada con la cedula de ciudadanía No. 53.091.319., quién le confirmó sobre el recibido del correo electrónico y le informó que “*procederían a dar respuesta*”. Tal circunstancia hace presumir que la persona citada por el accionante es la misma que contestó la llamada del juzgado.

Ahora, lo que ocurre es que al verificar en el internet y en específico en la página de antecedentes de la Policía Nacional, con el número de la cedula informado para la referida funcionaria de la accionada, se encontró que su nombre literal es *Lady Maritza Cipamocha Rozo*, lo que hace suponer que se trata de la misma persona y que la diferencia en su primer nombre puede ser solo una forma de pronunciación o que la citada por su gusto así se hace llamar. Por ello la defensa de la accionada en tal sentido se torna dudosa, lo mismo que la certificación del revisor fiscal, que probablemente y de forma interesada concluyó con criterio de autoridad, que eran personas distintas, lo cual, en caso de

confirmarse, puede considerarse como la antesala de un punible de fraude procesal, pues se buscaría de ésta manera engañar a la autoridad para obtener una decisión favorable.

Así mismo, obra en el plenario segundo informe de la oficial mayor donde informa que el día 19 de marzo de 2020, se comunicó nuevamente con la accionada, con el fin de verificar la contestación sobre el traslado de la prueba enviada (grabación) y en dicha oportunidad le contestó una persona con voz similar a la del día anterior, que se negó a identificarse y manifestó ser nueva, quién la comunicó con el señor *Eduardo Granada*, quien igualmente se negó a entregar su número de cedula y únicamente manifestó ser el hermano de la representante legal y asesor de la misma, e indicó que *“ya habían enviado la respuesta al correo electrónico del juzgado”*.

2.7. Ahora, frente a la grabación aportada, de la misma se extrae que el contrato del accionante no finalizó por solicitud de aquel, sino por voluntad del empleador, quien a través de la funcionaria con quien mantiene la conversación le informó que el contrato se termina porque finalizó la obra con la empresa usuaria y no había donde ubicarlo, utilizando las siguientes palabras:

*“Porque la obra con Pink Life finalizó al finalizar la obra con Pink Life tu contrato era por obra o labor, al finalizar la labor finaliza automáticamente el contrato. Acá se validó el cargo que tu tenías para poderlo homologar a un cargo en la compañía aquí en administrativo y no hay donde ponerte, ósea no hay,-- ya se hizo estudio de puesto, estudio de puesto de cargo, estudio de cargo de puesto, algo así se llama por ARL, **y no hay donde poderte ubicar, como no hay donde poderte ubicar y al obra con Pink Life terminó, finaliza por finalización de la obra**” (minuto 0:40 a 1:14)*

Posterior a ello el accionante manifiesta su inconformidad con la decisión y expone las razones por las cuales considera que la decisión es injusta.

En el minuto 4:43 el accionante pregunta a la persona con la que habla *“ y ¿No se supone que yo tengo una estabilidad reforzada?”* a lo cual le responde *“...no se le olvide yo soy abogada, y al ser abogada conozco quién tiene estabilidad, quién no tiene estabilidad, tú en este momento no tienes estabilidad, **además tenemos un mutuo acuerdo de terminación de contrato que también tenemos firmado tuyo, motivo por el cual lo estamos haciendo efectivo también en este momento**”*. Posteriormente el accionante manifiesta *“bueno, yo les firmó igual les voy a colocar en cada una de las hojas pues que **no estoy de acuerdo con la finalización**”*.

En tal sentido y analizando dicha conversación se infiere con meridiana claridad y a la luz de la sana crítica de la prueba, que la terminación del contrato no fue por solicitud del trabajador, pues del texto completo del diálogo se desprende que éste reclamaba el derecho a la estabilidad laboral reforzada y que el documento – *acuerdo de terminación de contrato* - , no fue el fruto de la voluntad

libre del trabajador, sino de una imposición del empleador, que parece recordarle a éste último, que tienen un documento de – terminación de mutuo acuerdo -, que lo están haciendo efectivo.

Ahora bien, la accionada manifestó que existe confusión en la fecha de la grabación, situación que se desvirtúa pues cuando las partes están hablando de la liquidación del trabajador, la funcionaria indica claramente que las cesantías corresponden a “este año... del 1 de enero a hoy 23 de octubre de 2019” (minuto 9:07 a 9:14), es decir que la grabación tuvo lugar el mismo día en que supuestamente el trabajador firmó el acta de terminación por mutuo acuerdo allegada con el escrito de contestación de la tutela.

Así las cosas, de la grabación allegada se extraen varios aspectos importantes: i) la finalización del contrato no fue por solicitud del trabajador, ii) la fecha de la grabación corresponde al 23 de octubre de 2019, fecha en la cual supuestamente el trabajador firma el acta de terminación. iii) se le recuerda al trabajador que tienen un acta de terminación que hacen efectiva, lo que hace suponer que la misma era pre-existente a dicha fecha, lo que explica porque el acta allegada es un formato con el logo del patrono, diligenciado con espacios en blanco y iv) la terminación del contrato obedeció a que en la empresa temporal no había un cargo donde pudieran ubicar al trabajador, lo que da cuenta que su desvinculación si obedeció a su condición o estado de salud.

2.8. Finalmente, y frente al cuestionamiento que hace la empresa accionada de la grabación por considerarla ilegal y haber sido obtenida sin la autorización previa de la misma y por ende constituir una violación al derecho a la intimidad, debe memorarse que dicha protección es de orden general pero que también tiene excepciones y en específico la jurisprudencia ha establecido que no existe tal vulneración cuando la persona que graba es el interlocutor de la otra y por ello, siendo frente a ella las manifestaciones que obran en la grabación no podrá predicarse afectación a la intimidad.

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, quien, al respecto, señaló:

“(...) la Corte Constitucional se ha pronunciado amparando el derecho a la intimidad en casos en que la prueba es obtenida en forma subrepticia, sin la anuencia de la persona contra quien se aduce; sin embargo, tal protección no puede estar referida a conductas que por sí mismas revisten ilicitud, pues lo contrario significaría proteger la intimidad para delinquir. Observa la Sala, así mismo, que resulta contrario a toda lógica pretender la exigencia del consentimiento de quien va a cometer un ilícito en la producción de la prueba que habrá de comprometerlo, pues tal exigencia conduce sin lugar a dudas al favorecimiento de la impunidad en aras de la protección del derecho. Es incuestionable que el amparo del derecho a la intimidad está

fundado en el presupuesto de la licitud de la conducta.
(Subrayado ajeno al texto).

Por otra parte, aparece en el plenario que la prueba magnetofónica fue allegada al proceso y puesta en conocimiento de las partes, tanto que el disciplinado se defiende pretendiendo darle a las palabras contenidas en la cinta un alcance distinto, pero en manera alguna niega que fueran sus dichos los que allí se encuentran grabados”¹

En consecuencia, es viable tener en cuenta la prueba aportada por el accionante, como quiera que el consentimiento es para no vulnerar el derecho a la intimidad, pero este no se viola cuando el que graba participó en la conversación. Es decir, para el efecto fue una manifestación pública, sumado a que la misma fue objeto de contradicción por parte de la accionada quien se limitó a manifestar que la prueba era ilegal, sin desconocer directamente los hechos narrados en la grabación aportada.

Por lo anterior, se demostró que la accionada desvinculó al señor *Luis Eduardo Díaz Romero* en razón a su condición de salud, pues no encontraba donde ubicarlo, así mismo, que el acta que se alega como de mutuo acuerdo y firmada por el accionante, era un formato con espacios en blanco pre-existente a la desvinculación, que no puede tenerse como la voluntad libre y espontánea del trabajador, pues por el contrario de las pruebas aportadas se infiere que él mismo nunca pretendió la terminación de su vínculo laboral. Es por esa razón que la accionada, desconoció la estabilidad laboral reforzada a la cual tiene derecho el accionante.

Así las cosas, puede decirse que lo que ocurrió fue un despido indirecto, pues el acta firmada por el trabajador no expresaba realmente su voluntad y prueba de ello que en el *paz y salvo* visto a folio 20, manifestó que únicamente colocaba su firma, pero no estaba de acuerdo. Y es que le era imposible colocar dicha aclaración en otro documento, pues fue el único entregado por su empleador el día de la desvinculación, conforme se desprende de la grabación aportada (en la cual el trabajador pregunta si no le van a entregar una carta de terminación y la abogada le dice *“No solamente con la liquidación”*), además se reitera que el formato de acta diligenciada era pre-existente a dicha fecha.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que el “despido indirecto” o “la renuncia provocada” se presenta cuando *“no existe una decisión libre del empleado tendiente a finalizar la relación laboral sino, una presión por parte del empleador que obliga a aquél a tomar dicha determinación (...)”*. (Sentencia de 30 de julio de 2003, Referencia No. 20517).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. (Extracto tomado del libro Prueba Judicial. Análisis y Valoración. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla. Peña Ayazo Jairo Iván, 2008.)

Y es que si bien el acta de terminación por mutuo acuerdo (fl. 133 vto) contiene la firma del trabajador, lo cierto es que la misma obra, es un formato de la entidad accionada, que posee su logo, con espacios en blanco, que bien pudieron ser diligenciados con anterioridad a la fecha de desvinculación. Así mismo, la accionada fue insistente en el hecho de que la solicitud la había elevado el trabajador, y mal podría pensarse que el accionante eleve una solicitud con un pre-formato de la entidad pues si su voluntad clara y expresa era renunciar, hubiese realizado una solicitud en tal sentido y no de terminación por mutuo acuerdo, como lo pretende hacer ver la accionada.

2.9. De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso se cumplen los presupuestos para conceder el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor *Luis Eduardo Díaz Romero* trasgredido por *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda*, al terminar el contrato laboral de manera unilateral sin autorización del *Ministerio de Trabajo*, a pesar de conocer sobre la disminución física que presentaba el accionante y las recomendaciones laborales emitidas por la ARL.

2.10. Ahora bien, se subraya que si el empleador considera que existe una causal objetiva para terminación del contrato laboral, debe adelantar el trámite correspondiente ante el Inspector de Trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la ruptura del vínculo no obedece a una circunstancia de discriminación del trabajador.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Conceder la protección de los derechos fundamentales invocados por *Luis Eduardo Díaz Romero*, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

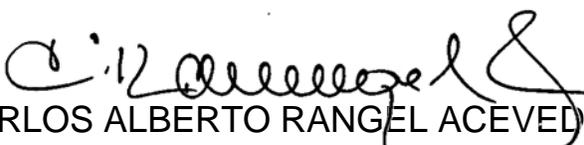
SEGUNDO: Ordenar a *Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda*, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, (i) proceda a realizar todos los trámites tendientes al reintegro del señor *Luis Eduardo Díaz Romero*, al cargo que ocupaba previo a la terminación del contrato o en uno de similares condiciones cumpliendo con las recomendaciones emitidas por la ARL SURA, (ii) cancelar los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y de los aportes al *Sistema General de Seguridad Social* desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro; y (iii) cancelar la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consistente en 180 días de salario.

TERCERO: Desvincular a *Pink Life S.A.S.*, a la *ARL SURA*, al *Ministerio del Trabajo*, a la *EPS Famisanar*, a la *AFP Porvenir*, a la *Fundación Clínica Shaio* y a *Eusalud S.A.*, por no advertirse vulneración de derecho fundamental alguno.

CUARTO: Notificar esta decisión a los interesados por el medio más expedito y eficaz (art. 30 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: En caso de no ser impugnada, por secretaría, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, al tenor de lo dispuesto en el Inc. 2 del Art. 31 del Decreto 2591/91.

NOTIFÍQUESE


CARLOS ALBERTO RANGEL ACEVEDO
Juez

K.A.