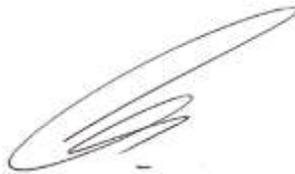


ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 41 05 011 2020 00425 00

DE: SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN

VS: EDIFICIO CALIMAR II y el Sr. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ en calidad de Administrador del EDIFICIO CALIMAR II

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), pasa al Despacho la acción de tutela No. **2020 00425 00** de **SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN** en contra del **EDIFICIO CALIMAR II Y EL SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II**, informando que en comunicación establecida el **09 de noviembre de la presente anualidad** con la gestora, se informó al Despacho que al momento de la terminación del vinculo aboral; esto es, el **4 de octubre del año en curso**, no se encontraba incapacitada y las recomendaciones médicas expedidas por la Entidad Prestadora del Servicio de Salud no le impedían desarrollar sus funciones laborales. Así mismo, informó que no se le ha programado cirugía alguna, pues hasta el mes de febrero del año 2021 debe solicitar la cita médica correspondiente con el especialista en ortopedia. Sírvase proveer.



DIANA MILENA GONZÁLEZ ALVARADO

Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2020 00425 00

ACCIONANTE: SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN

DEMANDADO: EDIFICIO CALIMAR II Y EL SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los doce (12) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN** en contra del **EDIFICIO CALIMAR II y el SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante a **folios 2 a 10** del expediente.

ANTECEDENTES

SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN, quien actúa en nombre propio, promovió acción de tutela en contra del **EDIFICIO CALIMAR II y el SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II**, para la protección de sus derechos fundamentales

a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, salud, mínimo vital, debido proceso e igualdad. En consecuencia, solicita que se ordene a los accionados reintegrarla a su puesto de trabajo previniendo conductas futuras de acoso laboral.

Así mismo, se ordene el pago de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967.

HECHOS

- Ingresó a laborar el 02 de marzo del año 2012 bajo la modalidad de un contrato a término fijo para desempeñar el cargo de servicios generales, para lo cual devengó la suma de \$877.802.
- El 8 de junio de la presente anualidad fue sometida a una cirugía endovascular, por lo que se le concedieron 45 días de incapacidad.
- Posterior a ello, tuvo que ser hospitalizada por una trombosis venosa profunda, diagnóstico por el que se le informó que debía someterse a una nueva cirugía dentro de los 6 meses siguientes, puesto que debían realizarse una serie de controles médicos previos a la intervención.
- Aduce que respecto de los hechos narrados su empleador se encontraba debidamente informado.
- Sin embargo, el contrato laboral fue terminado el 31 de agosto de la presente anualidad, en el que se indicó que el vínculo feneció por vencimiento del contrato; esto es, el 4 de octubre del año en curso.
- Señala que debía ejecutar funciones que no podía realizar por orden médica, las cuales no fueron tenidas en cuenta por la accionada; razón por la cual, se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales y se acude a la presente acción con el fin de evitar un perjuicio irremediable; máxime cuando, el despido fue sin justa causa y la debida autorización del Ministerio de Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez realizadas las notificaciones a las entidades y corrido el traslado correspondiente, procedieron a contestar de la siguiente manera:

- **EDIFICIO CALIMAR II y el SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II (fls.44 a 56)**, manifestó que no se establece con certeza la fecha de la cirugía de la gestora, pues lo único que se vislumbra es una cita médica con el ortopedista tratante Dr. Roberto Arango, quien consigna la siguiente información:

"Concepto;** Artrosis patelofemoral y lesiones condrales en cóndilo femoral lateral.... Se considera manejo quirúrgico.... Para el mismo se debe solicitar un Tac axial dinámico de rotulas para evaluar espacio y compromiso patelofemoral **y definir** entre anteriorización o reemplazo de patela, posibles oats en cóndilo femoral lateral...**plan de tratamiento;** cita con Doctor Roberto Arango en 6 meses por estar anticoagulada. **Se ordenará TAC en dicho momento para nueva valoración en Junta".

En consecuencia, aducen que no tienen conocimiento acerca de la fecha próxima de una cirugía, más allá de una cita programada para dentro de 6 meses con el especialista tratante en aras de definir un nuevo procedimiento y si bien, se conocía el estado médico de la activa y su periodo de incapacidad médica, "(...) *respetamos y cumplimos a cabalidad cada una de nuestras obligaciones como empleador frente al tema de seguridad social de la accionante. Al no tener conocimiento de una imposibilidad laboral, calificación de pérdida de capacidad laboral, nuevas incapacidades y actuando conforme a la ley Laboral en materia de contratación, los hoy accionados, informamos a la accionante el 31 de agosto de este año por medio de preaviso la no continuación del contrato laboral a término fijo suscrito entre las partes*".

Frente a las recomendaciones médicas aducen que la labor para la cual fue contratada la accionante consistía en realizar labores de servicios generales de aseo y portería en la propiedad horizontal, sin embargo, la Sra. Rojas era autónoma en el tiempo de realización de dichas actividades, sin recibir exigencias por parte de la administración en cuanto a tiempos o funciones y en todo caso, en el examen de egreso realizado el día 5 de octubre de 2020, se indicó "(...) *¿Sospecha de enfermedad laboral? NO*".

Finalmente, y teniendo en cuenta que no existe alguna situación de debilidad manifiesta y el vínculo laboral feneció por la expiración del plazo fijo pactado, solicitan sea declarada como improcedente la acción constitucional, pues el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, como quiera que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales y no se evidencia perjuicio irremediable alguno que justifique la intervención del juez de tutela.

- **PORVENIR S.A. (fls.57 y 58)**, indicó que en razón a que la gestora requiere el restablecimiento de derechos contractuales, ello no le compete a la sociedad vinculada y a la fecha no se ha radicado solicitud formal pendiente por resolver; razón por lo que, solicita sea declarada como improcedente la acción constitucional.
- **MINISTERIO DE TRABAJO (fls.59 a 66)**, solicita sea declarada como improcedente la acción constitucional respecto a la entidad, toda vez que, por vía administrativa el Ministerio no puede resolver un conflicto que surge de una relación laboral, la accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, sin embargo, el sentir de la norma y de la jurisprudencia constitucional es el de brindar protección especial al trabajador que se encuentre en estado de evidente discapacidad, representada en una disminución o limitación física o psíquica que le impida al empleado desarrollar su labor, lo cual se traduce en el derecho a conservar el empleo; a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se hubiese configurado una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo.
- **CLINISUR IPS 1 LTDA (fls.67 a 74)**, aduce que el 5 de octubre de la presente anualidad, se le practicaron los exámenes de retiro correspondientes a la gestora, los cuales arrojaron como conclusión, que no se sospecha de

ningún tipo de enfermedad laboral y por tal motivo era viable el retiro de la accionada, siempre y cuando se tuvieran presente las recomendaciones "continuar controles por endocrinología, por ortopedia, medicina laboral, medicina interna, clínica de anticoagulación EPS".

- **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO (fls.75 a 116)**, señaló que la actora cuenta con 52 años de edad, "(...) *presenta cuadro clínico caracterizado por dolor a nivel de rodilla izquierda, que se exacerba al subir y bajar escaleras. En atención al cuadro clínico presentado, la paciente ha sido evaluada a través del servicio de ortopedia de la Clínica Infantil Colsubsidio, conceptuándose que la sintomatología presentada puede ser atribuible a lesión meniscal; Radiografía De Rodillas (julio 8 2020), mostró Artrosis Patelofemoral Rodilla Izquierda. Se ha solicitado estudio de apoyo diagnostico complementario (RESONANCIA DE RODILLA) y seguimiento clínico. La paciente cursó con episodio de trombosis venosa profunda de Miembro Inferior Izquierdo, recibió atención en el servicio de urgencias, con indicación de remisión para manejo por la especialidad de cirugía vascular, por lo cual la paciente es remitida a la Clínica San Rafael el día 23 de junio 2020. Se encuentra pertinencia en relación con las medidas de índole terapéutico adoptadas y la asistencia especializada brindada a través del servicio de ortopedia en atención al cuadro clínico caracterizado por gonalgia*"

De otro lado, señala que las pretensiones invocadas deben ser resueltas por el Edificio Calimar II Propiedad Horizontal, en razón a que, se trata de un asunto íntimamente relacionado con su competencia; razón por la cual, solicita ser desvinculado de la acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

- **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL (fls.118 a 124)**, manifestó que la paciente registra última atención en la clínica el 22 de junio de la presente anualidad por el servicio de urgencias, registrando en la historia clínica "paciente con antecedentes de varicosafenectomía del 08/06/2020, refiere cuadro clínico de aproximadamente 2 días de evolución consistente en dolor edema, rubor, calor y disestesias en miembros inferior izquierdo. Se realizan paraclínicos y se hospitaliza".

Informa que en caso de que la gestora requiera cualquier tipo de servicio de salud, se encuentra en la disposición de atenderlo siempre y cuando el mismo se encuentre dentro de la red de Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud. Solicita ser desvinculado de la acción constitucional por carecer de legitimación en la causa por activa.

- **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. (fls. 125 a 131)**, aduce que no es el sujeto pasivo legítimo de la acción constitucional interpuesta, puesto que no es la entidad llamada a responder por la vulneración o amenaza que aduce la peticionaria. Solicita sea declarada como improcedente la acción constitucional.

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, las vinculadas **CENTRO DE CIRUGÍA AMBULATORIA IPS LTDA y el CENTRO DE ESPECIALIDADES MEDICO QUIRÚRGICA LTDA**, guardaron silencio, aun cuando las notificaciones fueron enviadas a los correos electrónicos de notificación judicial de las entidades.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, se encuentra que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

La H. Corte Constitucional ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales, pues su propósito específico emana de su consagración constitucional, el cual, no es otro que brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

En ese sentido, el máximo Tribunal Constitucional, ha indicado que la procedencia de la acción de tutela depende de la no existencia de otros medios de defensa judicial, para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales o aunque haya otros medios, la acción de tutela es procedente si se logra acreditar que con ella busca evitarse un perjuicio irremediable, o si se verifica que el otro medio de defensa judicial no es eficaz.

En concordancia con lo anterior, el papel del Juez Constitucional en estos casos es examinar la eficacia e idoneidad de otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular del actor; es decir, el Operador Jurídico debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza, revisando en consecuencia, si la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales, o por el contrario se torna improcedente como mecanismo principal de defensa.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto por la petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone resolver, si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resolver la solicitud de la parte accionante, encaminada a que se ordene a los accionados reintegrar a la Sra. **SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN** a su puesto de trabajo, previniendo conductas futuras de acoso laboral. Así mismo, se ordene el pago de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A FAVOR DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO

El máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha desarrollado ampliamente el tema de la estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección a favor del trabajador discapacitado o en condiciones de debilidad manifiesta.

Para ello, ha indicado que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo, el trato debe ser diferente a aquel que se les otorga a las personas sanas a fin de evitar situaciones de discriminación constitucionalmente inválidas.

Lo anterior, en desarrollo de la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Política y de la Ley 361 de 1997, cuya teleología se encamina a resquebrajar esquemas injustamente arraigados en nuestra sociedad, que consideran a los disminuidos físicos como una carga social.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha sido clara en resaltar los límites existentes respecto a la facultad legal de los empleadores de despedir con pago de indemnización a las personas con discapacidad, el cual se encuentra prestablecido en la Ley 361 de 1997, cuya exigencia primordial es la autorización de la Oficina del Trabajo, cuando el despido no obedece a la situación de salud de esos trabajadores, pues en caso de que ésta sea su razón principal, el patrono se encuentra obligado a reubicarlo en un cargo de iguales o mejores condiciones, que pueda desempeñar a pesar de su condición física. De lo contrario, la terminación unilateral del contrato de trabajo se torna ineficaz y, en consecuencia, deben imponerse las sanciones establecidas en la aludida norma.

Ahora bien, cabe advertir que dicha protección especial no solo ampara a las personas que se encuentran en estado de invalidez, esto es, que tengan una disminución de su capacidad laboral en un 50% o más; antes bien, su marco se extiende a los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad, entendida ésta como una situación de salud que les impida o dificulte **ostensiblemente** el desempeño de sus funciones en condiciones normales, la cual por demás, debe estar debidamente demostrada, prueba que no se traduce necesariamente en una calificación de discapacidad.

Al respecto, jurisprudencialmente se ha dicho:

*"...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..." (SU-049 de 2017)*

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional se ha referido a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de amparo para la protección de sus garantías constitucionales, ante una situación de despido de un trabajador en razón a su estado de salud. Al respecto, en la sentencia **SU-049 de 2017**, expresó lo siguiente:

"3.1. La acción de tutela procede cuando (i) el actor no dispone de otros medios judiciales de defensa; o (ii) dispone de ellos, pero se requiere evitar un perjuicio irremediable; o (iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En este último caso, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección. Y para determinar esto último la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.

DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS E INDEMNIZACIONES

Respecto de la procedencia de la acción para reclamar prestaciones económicas como en el caso que nos ocupa, la H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre otros en la sentencia **T-157 de 2014**, dispuso:

"3.1. En virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, complementado por los artículos 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, que resulta improcedente ante la existencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se demuestre que éste último no es eficaz o idóneo para la protección requerida o que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. La primera de dichas excepciones, se presenta cuando el juez verifica que el mecanismo de protección judicial alternativo no cumple con los requisitos de eficacia e idoneidad en la protección de los intereses constitucionales de la persona. La segunda, se da cuando se verifica un perjuicio irremediable, es decir, "un grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables". Ha señalado esta Corporación, que para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura: (i) que sea inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) que sea grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. 3.2. Ahora bien, para determinar la procedencia de la acción de tutela el juez constitucional debe establecer si la misma se presenta como mecanismo principal o transitorio. Procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales, si no existe otro medio de defensa judicial o, en caso de existir, éste no resulta idóneo o eficaz. No obstante, si el accionante cuenta con un instrumento que resulta idóneo o eficaz y persiste en la presentación de la acción constitucional como mecanismo transitorio, es necesario que se demuestre que la tutela de sus derechos es indispensable para evitar un perjuicio irremediable. En este sentido, la Corte ha manifestado que "siempre que la acción de tutela sea utilizada como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la existencia de un perjuicio irremediable: ese fue precisamente el requisito impuesto por el Constituyente y no puede ni la Corte, ni ningún otro juez, pasarlo inadvertido".

Lo anterior en aplicación del artículo 86 de la Constitución Nacional en el cual se establece que, por regla general, y así lo reglamentó el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6º, la acción de tutela solo procede *"cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

DEL CASO CONCRETO

Con el fin de desatar la solicitud de amparo constitucional y de desplegar un pronunciamiento de fondo, es necesario señalar como primera medida que lo pretendido por **SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN** en la acción constitucional, es que se le cobije con la figura de estabilidad laboral reforzada y como consecuencia de ello se le ordene a los accionados, su reincorporación al trabajo y pago de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967.

Así las cosas, y dadas las posiciones de las partes, en consideración del Despacho, en atención a la pretensión principal referida al reintegro, inicialmente se hace imperativo el análisis riguroso del requisito de subsidiariedad necesario por regla general para viabilizar el amparo constitucional.

El requisito de subsidiariedad hace referencia al carácter residual de la acción de amparo constitucional, que la hace viable solo cuando a favor del solicitante no exista otro medio de defensa judicial idóneo, o cuando existiendo, éste no haya sido utilizado o invocado por el accionante.

Ahora, es menester señalar que con ocasión de las características de subsidiariedad y residualidad, de acuerdo con la constitución, la ley y la jurisprudencia, el amparo constitucional de la tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa. En este sentido se hace pertinente traer a colación la sentencia **T - 041 de 2014** en donde se manifiesta lo siguiente:

"El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Adicionalmente, dice que el amparo solo será procedente cuando no exista en el ordenamiento jurídico un recurso judicial para defender el derecho presuntamente vulnerado. Este concepto ha sido entendido por la Corte como principio o requisito de subsidiariedad.

De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en "el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual".

Lo anterior en aplicación del **artículo 86** de la Constitución Nacional en el cual se establece que por regla general, y así lo reglamentó el **Decreto 2591 de 1991** en su **artículo 6º**, la acción de tutela solo procede *"cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*, exigencia que ha sido conocida como subsidiariedad o residualidad de la acción de amparo constitucional.

Al punto, memórese que la acción de tutela, como mecanismo eminentemente protector de derechos fundamentales no puede desnaturalizarse al punto de que el juez de tutela interfiera en los ámbitos de competencia asignados al juez natural, precisándose, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo definitivo para obtener las pretensiones anheladas, consistentes en el reintegro, y con ocasión de ello, el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dada su naturaleza subsidiaria, en principio no es el mecanismo idóneo y apropiado para ello, a menos que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, o inminente.

En el presente asunto, la demandante aduce encontrarse en una situación que la coloca en un estado de debilidad manifiesta en razón de su condición de salud, por lo que estima que es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, no obstante lo anterior, si bien allega documentos en los cuales se le diagnostican algunos padecimientos de salud y recomendaciones funcionales realizadas por la Entidad Prestadora del Servicio de Salud, a juicio del Despacho, estos en manera alguna la ubican en la posición aducida, como quiera que al momento de la terminación del contrato de trabajo la accionante no se encontraba incapacitada y de acuerdo a las recomendaciones funcionales sus padecimientos no le impedían realizar su trabajo en el cargo desempeñado como la misma accionante lo manifestó en la llamada telefónica sostenida con una funcionaria del Despacho; por lo que, no podría presumirse que su estado de salud haya dado lugar a la terminación del contrato de trabajo; máxime cuando, de la documental allegada al plenario evidencia el Despacho que el vínculo feneció por una causal objetiva; esto es, el vencimiento del plazo fijo pactado (**fl.16**), por lo que no podría admitirse en el caso presente la presunción de discriminación por parte del empleador para con la accionante.

De lo anterior se tiene que efectivamente estamos frente a una controversia de carácter laboral y por subsidiariedad esta no es la vía para ventilar el asunto de autos; toda vez que, como se menciona anteriormente existen diferentes mecanismos para hacer valer estos derechos, recordando que la acción constitucional procederá en casos excepcionales específicamente cuando se evidencia un perjuicio irremediable o una evidente violación a los derechos fundamentales, lo cual palpablemente no ocurre en el caso bajo estudio, pues, no obra prueba siquiera sumaria que permita presumir que con ocasión de una enfermedad haya sido discriminada la gestora y que como consecuencia de lo anterior, el vínculo laboral hubiera fenecido, pues reitera el Despacho que lo que aparece acreditado por la parte accionada es que la terminación del contrato de trabajo se presentó aduciendo para ello una causa objetiva.

Mal haría el juez de tutela en suplantar al juez natural de la causa, por lo que, de considerarlo viable, la accionante deberá acudir a la jurisdicción, con miras a lograr los derechos anhelados, sin que pueda decirse que tales vías no resultan idóneas pues ello no demanda un trámite dispendioso, que se prolongue indefinidamente en el tiempo, ni que ponga en peligro sus derechos, de suerte que, en caso de así decidirlo el actor, será el Juez competente, el llamado a resolver el litigio presente

y establecer, a cuál de las partes asiste la razón, una vez examinados los planteamientos de los extremos de la *litis* y el realizado el despliegue probatorio que allí se requiera, en el que pueda acreditar que fue despedido con ocasión al padecimiento y determinar las consecuencias jurídicas de dicha actuación, debate fáctico jurídico que no puede adelantarse en el sumarísimo trámite tutelar.

De otra parte, como se dijo en líneas precedentes, la jurisprudencia ha adoctrinado la procedencia de la acción de tutela en casos como el de autos, cuando se presenta un perjuicio irremediable, el cual ha sido entendido como *"(...) aquel daño que puede sufrir un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico, siempre y cuando sea inminente, grave, requiera la adopción de medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables y que se trate de la afectación directa o indirecta de un derecho constitucional fundamental y no de otros como los subjetivos, personales, reales o de crédito y los económicos y sociales, para los que existen vías judiciales ordinarias."* (Sentencia T-056 de 1994 – M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

Con todo, a fin de auscultar si la actora se halla en circunstancias excepcionalísimas que pudieran conducir a desplazar el medio ordinario de defensa, basta poner de presente que la referida Corporación ha consagrado algunas excepciones a la advertida regla de improcedencia de la acción de tutela para estudiar, conceder y ordenar el reintegro laboral y/o el pago de salarios o prestaciones económicas laborales, y en fin, para resolver conflictos de ese linaje. En sentencia T-325 de 2018 se indicó lo siguiente:

"Sobre este particular, la sentencia T-341 de 2009 indicó que "La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada"... En relación con las personas que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable."

En punto a lo estimado en precedencia, debe analizarse lo señalado por la H. Corte Constitucional, v. gr., en Sentencia T - 071 de 2018, puesto que la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos como el que se examina se encuentra supeditada a la acreditación de los elementos que pueden hacerla viable:

"Respecto del incumplimiento del último requisito, la Sala evidencia que: (i) la jurisdicción ordinaria laboral tiene la competencia para ordenar el reintegro solicitado por la accionante, de manera que ofrece la misma protección que se busca a través de la acción de tutela; (ii) no hay circunstancias específicas probadas que justifiquen que Edith Toloza Guillén no haya acudido a la jurisdicción laboral; y (iii) la peticionaria en este caso, no se encuentra en una situación específica probada que la ponga en una situación de debilidad manifiesta."

Por otra parte, el amparo tampoco resulta procedente como mecanismo transitorio ya que, a pesar de que la demandante afirmó en el escrito de tutela que la terminación del contrato laboral con Conserjes Inmobiliarios Ltda. tuvo un efecto en su mínimo vital debido a que dependía de su fuerza de trabajo para subsistir, no se aportó información, documentos o evidencias de, por ejemplo, la conformación de su núcleo familiar y la carencia de apoyo socioeconómico del mismo, o de circunstancias que evidenciaran su estado de vulnerabilidad. Por otra parte, si bien sufrió en diciembre de 2016 un accidente laboral que le generó incapacidades sucesivas durante aproximadamente 3 meses, conforme con el concepto médico emitido por la A.R.L. a la cual se encontraba afiliada, para el 9 de marzo de 2017 ya había terminado su proceso de rehabilitación.

En suma, no hay evidencia de alguna circunstancia que permita concluir que la accionante se encuentra ante el riesgo de sufrir un daño irreparable e inminente, que menoscabe gravemente su haber jurídico y que requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables para conjurarlo, por lo que la acción de tutela no resulta procedente tampoco como mecanismo transitorio de protección.

(...) y (iv) la accionante cuenta con un mecanismo idóneo y eficaz para satisfacer su pretensión en la jurisdicción ordinaria laboral y no se halla en una circunstancia que implique el riesgo de un perjuicio irremediable”.

En éste punto valido es advertir que de lo acreditado al interior del expediente, no se evidencia que sea inminente configuración del perjuicio irremediable, ocasionado por la accionada, y en contravía, se evidencia que existió una causal objetiva para la finalización del vínculo; adicionalmente no se allega prueba de estar en una condición vulnerable como ser una persona en estado de discapacidad, ser cabeza de hogar, o gozar de una estabilidad laboral reforzada, a saber la condición de la actora, no le da la calidad necesaria para ordenar el reintegro mediante acción constitucional, siendo en consecuencia improcedente la acción de tutela, más aún, cuando, como se dijo, existen medios judiciales principales para la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, todo lo cual trae como consecuencia la negativa al amparo de los derechos incoados por ser improcedentes.

Aunado a lo anterior y para abundar en mas razones y conforme a lo allegado al plenario respecto de las recomendaciones laborales emitidas, y que datan del día 29 de septiembre de los corrientes, las mismas fueron notificadas al empleador con posterioridad a la notificación de la terminación del vinculo laboral, lo que de manera clara evidencia que el empleador desconocía dichas recomendaciones dejando ver que la terminación no obedeció a la situación de salud que aduce la actora padecer al momento de la finalización de la relación laboral.

Y aunque no puede negar el Despacho que causa extrañeza que un contrato laboral a término fijo y prorrogado por mas de 8 años como el de la accionante, justamente se finiquitara posterior a la realización de una cirugía y posterior incapacidad, en realidad resultaría desmedido concluir a partir de esa sola circunstancia, que el designio o la verdadera motivación del empleador tuvo que ver al no contar con los servicios de la actora, dada la condición de salud que afectó a la actora.

Dicha hipótesis, pese a no lucir descabellada, constituiría una mera conjetura, una inferencia que al no contar con el soporte necesario a nivel probatorio, en manera alguna puede fundar la excepcional intervención de esta juez de tutela, debiendo ventilarse ese aspecto y los demás propios de la controversia de marras ante el juez ordinario, pues lo contrario implicaría usurpar competencias ajenas.

En otro giro, en lo que respecta a lo pretendido por la accionante, respecto a que se ordene el pago de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967, se tiene que, su causación y obligación de pago debe ser debatida al interior del proceso ordinario laboral, ante el juez natural de la causa, pues por las especiales circunstancias del caso, no se considera procedente acceder al pago de dicho emolumento, pues existen otros medios de defensa judicial que se consideran idóneos en dirección a obtener su pago.

En este punto, el no reconocimiento y pago de la indemnización requerida, no afecta directamente su mínimo vital, como tampoco requiere de la intervención inmediata del Juez Constitucional, máxime cuando, la H. Corte Constitucional en sentencia **SU – 049 de 2017** ha dispuesto que la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967 "*(...) aplica a todas las personas en situación de discapacidad (...)*", y en el caso bajo estudio dicha situación no se presenta.

De tal suerte, si a bien lo tiene la actora podrá elevar la aludida pretensión ante la jurisdicción competente para dilucidar la controversia planteada, cuya competencia escapa al sumarísimo trámite tutelar, y en esa medida, la aspiración respecto al reconocimiento y pago de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 371 de 1967 no se encuentra llamada a prosperar, pues la acción de tutela no es la vía para su reclamación.

En consecuencia, y al tenor de lo considerado, serán negadas por improcedentes las pretensiones invocadas por la gestora en el escrito tutelar, advirtiéndose que la Sra. Rojas no ha agotado las vías de defensa otorgadas por el ordenamiento procesal laboral, y que no se requiere de la intervención inmediata del juez constitucional a efecto de conjurar un perjuicio irremediable.

Finalmente, en relación con las vinculadas **MINISTERIO DE TRABAJO, CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, CLINISUR IPS LTDA, EPS SURAMERICANA, CENTRO DE ESPECIALIDADES MEDICO QUIRÚRGICA LTDA, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, CENTRO DE CIRUGÍA AMBULATORIA IPS LTDA y PORVENIR S.A.**, serán desvinculados de la presente acción por carecer de legitimación en la causa por pasiva y teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados como trasgredidos en el escrito tutelar.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

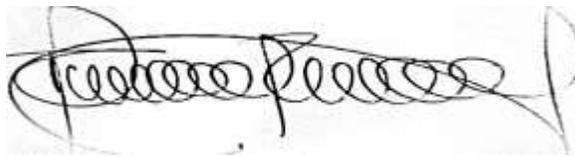
PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo el amparo de los derechos incoados por la accionante **SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN** en contra del **EDIFICIO CALIMAR II y el SR. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO CALIMAR II**, con fundamento en lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del trámite tutelar al **MINISTERIO DE TRABAJO, CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, CLINISUR IPS LTDA, EPS SURAMERICANA, CENTRO DE ESPECIALIDADES MEDICO QUIRÚRGICA LTDA, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, CENTRO DE CIRUGÍA AMBULATORIA IPS LTDA y PORVENIR S.A.**, conforme a la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede **IMPUGNACIÓN**, la cual debe ser interpuesta dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

CUARTO: En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



**DIANA RAQUEL HURTADO CUELLAR
JUEZ**

Firmado Por:

**DIANA RAQUEL HURTADO CUELLAR
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 011 PEQUEÑAS CAUSAS
LABORALES
DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**f1a1ba7bfb49729147b70f7a3c5aa0e75fa8891086efc6745320275a184
8d531**

Documento generado en 12/11/2020 09:08:32 p.m.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 41 05 011 2020 00425 00

DE: SANDRA RAQUEL ROJAS GUZMÁN

VS: EDIFICIO CALIMAR II y el Sr. EDGAR MAURICIO BONGCAN HERNÁNDEZ en calidad de Administrador del EDIFICIO CALIMAR II

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**