

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00201-00

ACCIONANTE: MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ

ACCIONADA: EXPRESO BOGOTANO S.A.

VINCULADA: MINISTERIO DEL TRABAJO

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los dos (02) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, quien solicita el amparo de sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, Dignidad Humana, Salud y Estabilidad Laboral Reforzada, presuntamente vulnerados por **EXPRESO BOGOTANO S.A.**

RESEÑA FÁCTICA

Manifiesta el accionante, que se encuentra vinculado laboralmente con la empresa EXPRESO BOGOTANO S.A. desde el año 1980 hasta la actualidad.

Que entre 1980 y 2001 fue vinculado a través de la modalidad de asociación cooperativa.

Que desde el 01 de marzo de 2001 se vinculó por medio de un contrato de trabajo.

Que cuenta con 68 años de edad, y no ha podido acceder a su pensión de vejez, por cuanto no reúne las semanas de cotización requeridas.

Que el 09 de noviembre de 2001, en cumplimiento de sus funciones laborales, fue víctima de un hurto.

Que en dicho hurto fue herido con arma de fuego, lo cual le generó una incapacidad permanente.

Que dicho accidente laboral fue debidamente conocido por la ARL SEGUROS BOLÍVAR.

Que a la fecha cuenta con diferentes patologías adicionales, tales como: opacidad corneal del ojo derecho, hipertensión y espolón calcáneo.

Que en atención a sus patologías, la empresa lo reubicó temporalmente en el cargo de auxiliar de archivo a partir del 08 de noviembre de 2019.

Que el 28 de mayo de 2020, la empresa decidió suspender su contrato de trabajo.

Que la empresa no allegó al Ministerio de Trabajo, los soportes y la notificación de la suspensión del contrato de trabajo.

Que su salario es el único sustento con el que cuenta.

Que es responsable de la manutención y el sostenimiento de su núcleo familiar, compuesto por su compañera permanente y sus 2 hijos.

Que su compañera permanente no puede desempeñar actividad laboral alguna, pues cuenta con 61 años de edad y padece múltiples patologías que se lo impiden.

Que por su avanzada edad y sus patologías, no puede acceder a un nuevo empleo que le permita satisfacer las necesidades propias y las de su familia.

Que la empresa, pese a la pandemia, siempre ha funcionado con normalidad.

Que el Gobierno Nacional ha implementado ayudas para que las empresas puedan pagar sus nóminas con normalidad.

Por lo tanto, solicita se tutelen sus Derechos Fundamentales, y se ordene a la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** levantar la suspensión del contrato de trabajo, y en consecuencia, ordenar el pago de salarios y prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

EXPRESO BOGOTANO S.A.

A pesar de haber sido notificada de la acción de tutela, al email exbosasa@gmail.com registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal, y haber comprobado su recepción el día 17 de junio de 2020, la accionada guardó silencio.

MINISTERIO DEL TRABAJO

La vinculada allegó contestación el 19 de junio de 2020, en la que indica que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela, en lo referente al Ministerio de Trabajo, pues no es el empleador del accionante.

Que no tiene vínculo laboral con el accionante, razón por la cual no le asiste obligación alguna.

Que según el numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, la fuerza mayor o el caso fortuito es una causal que permite la suspensión del contrato de trabajo.

Que la consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo, es que el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y a su vez deja de percibir el salario.

Que sin embargo, el empleador debe continuar con la obligación de reconocer y pagar los aportes a salud y pensión.

Que el accionante dispone de otros mecanismos de defensa en la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, por lo cual la acción de tutela no cumple con el principio de subsidiariedad.

En consecuencia, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela en relación con el Ministerio del Trabajo, dado que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En concordancia con los hechos que fundamentan la acción de tutela, corresponde al Despacho responder el siguiente problema jurídico: ¿La empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** vulneró los Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, Dignidad Humana, Salud, y Estabilidad Laboral Reforzada del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, al suspenderle el contrato de trabajo y en consecuencia el pago del salario, aduciendo la causal de fuerza mayor o caso fortuito contemplada en el numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, por razón del estado de emergencia y el aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, 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 éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, 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.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional¹, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

Ha sido reconocido desde 1992 en forma reiterada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias SU-022 de 1998; SU-1354 de 2000; SU-1023 de 2001; SU-434 de 2008; SU-131 de 2013; SU-415 de 2015; SU-428 de 2016; SU-133 de 2017).

Primero se reconoció como derecho fundamental innominado, como parte de una interpretación sistemática de la Constitución, aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. Luego se le concibió como un elemento de los derechos sociales prestacionales. Posteriormente, en la Sentencia SU-995 de 1999 se señaló que es un derecho fundamental ligado a la dignidad humana, así: *“la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (...), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas (...) para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”*.

La Corte ha considerado en ocasiones, que la ausencia del mínimo vital puede atentar, de manera grave y directa, en contra de la dignidad humana^{1a}. Este derecho constituye una precondición para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario.

El derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como *“la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como*

¹ Sentencia T-716 de 2017.

*son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional*². Es decir, la garantía mínima de vida³.

En esa línea, ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho⁴. No solo por su relación indefectible con otros derechos⁵, sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida. De allí que también sea una medida de justicia social, propia del Estado Constitucional.

La Corte ha precisado, que no obstante que la acción de tutela tiene en principio carácter subsidiario, y que en los asuntos relativos a discusiones salariales se cuenta con otro medio de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, el amparo constitucional puede resultar procedente cuando como consecuencia del no pago oportuno de las sumas correspondientes a salarios, se atente de manera directa contra el mínimo vital del trabajador y el de su núcleo familiar, y de manera indirecta contra otros derechos fundamentales tales como la vida digna, el trabajo, la seguridad social.

Así pues, con el propósito de lograr una eficaz y completa protección de los derechos fundamentales comprometidos con la falta de pago, es necesario que la orden de reconocimiento que imparte el juez de tutela se extienda a la totalidad de las sumas adeudadas al momento de presentar la demanda, especialmente cuando se trata de personas cuyo derecho al mínimo vital depende exclusivamente de su salario, y en consecuencia requieren que se asegure la oportuna cancelación de las contraprestaciones salariales futuras con el fin de garantizar el efectivo ejercicio de ese derecho.

Cabe precisar, que el hecho de que el empleador se encuentre en estado de insolvencia sin importar la causa que la generó, no lo exime de respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores, de forma tal que, si bien el objeto social de la entidad empleadora se ve limitado o restringido por el cese de las actividades temporales de ésta, esa situación no justifica incumplir la obligación de pagar las acreencias laborales a sus empleados, cuando a éstos se les está vulnerando el mínimo vital. En ese sentido la Corte ha reiterado, que el pago oportuno del salario constituye un elemento esencial en el curso de la relación laboral para permitir que el trabajador conserve su digna subsistencia y la de su familia, pues de lo contrario, cuando se presenta mora, en especial si es prolongada, se perturba el presupuesto familiar.

2 Sentencia SU-995 de 1999.

3 Sentencia T-146 de 1996.

4 Sentencias T-011 de 1998, T-072 de 1998, T-384 de 1998, T-365 de 1999 y T-140 de 2002, entre muchas otras.

5 Artículos 11, 49, 25, y 48 de la Constitución Política.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - SENTENCIA T-048 DE 2018

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 51 subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, establece que el contrato de trabajo se suspenderá por una serie de causales, que son:

“El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.

6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley”.

Lo pretendido por la norma es evitar que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia, en ese sentido la suspensión de los contratos laborales debe ser entendida como una situación excepcional.

El artículo 53 del mismo Código, establece los efectos producto de esa suspensión, la principal que cesan de forma temporal algunas de las obligaciones a cargo de las partes en la relación laboral, empleador y trabajador. Así pues, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y el empleador a su vez suspende el pago de los salarios o remuneración como contraprestación a ese servicio.

Sin embargo, mientras dure la suspensión del contrato laboral por un tiempo determinado y de acuerdo con las normas laborales referidas, ciertas obligaciones tales como la prestación del servicio de seguridad social (salud y pensión) siguen vigentes en cabeza del empleador con el fin de garantizar a los trabajadores este principio que goza de carácter constitucional, según

dispone el artículo 53 superior, de forma tal, que es al empleador a quien corresponde asumir la obligación de prestar el servicio de salud, salvo que se encuentre cotizando a la respectiva E.P.S. a la que tenga afiliado al empleado.

En ese orden de ideas, al declararse la suspensión de los contratos laborales, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y como consecuencia de ello dejar de percibir el salario, razón más que suficiente para afirmar, que es el empleador quien tiene la obligación de continuar con la prestación del servicio en salud, ya que a consecuencia de la suspensión, el trabajador no se puede ver afectado en sus garantías laborales mínimas que se encuentran reconocidas en las normas laborales vigentes pues éstas buscan proteger a la parte débil de la relación laboral que puede verse afectada en sus derechos e intereses.

Finalmente, el artículo 52 *ibídem*, hace referencia a que una vez desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, el empleador debe avisar a los trabajadores, en los casos de que tratan los tres primeros ordinales del artículo anterior, la fecha de la reanudación del trabajo, mediante notificación personal o avisos publicados, no menos de dos veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres días siguientes a la notificación o aviso.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR - SENTENCIA SL4849 DE 2018.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁶, ha señalado que el numeral 1º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo que establece que el contrato de trabajo puede ser suspendido «*por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución*», debe ser entendido armónicamente con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que establece, a su turno, que «*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*».

Bajo este entendido, cae en evidencia que el hecho que se repute como *fuerza mayor* o *caso fortuito* no sólo debe estar plenamente acreditado, sino que debe compartir las características intrínsecas y concurrentes de la *imprevisibilidad* e *irresistibilidad*, que podrán ser analizadas en diversa intensidad según el evento material del que se trate, si es un *caso fortuito* o una *fuerza mayor*.

Las características de *imprevisibilidad* e *irresistibilidad* respecto de la conjetura de una *fuerza mayor* o *caso fortuito*, deben estar acompañadas, además, de un criterio de *inimputabilidad*, es decir, que el acto que se reputa como *irresistible* o *imprevisible* y que genera los efectos de la

⁶ Sentencia SL-4849 de 2018.

definición del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, no puede haber sido causado directa o indirectamente por la acción u omisión de quien lo padece o lo aduce a su favor, comoquiera que no es posible aprovechar las consecuencias liberatorias que se generan de una actuación del propio destinatario del aparente perjuicio.

En el mismo sentido, y en torno al criterio de *inimputabilidad* del hecho constitutivo de *fuerza mayor* o *caso fortuito*, ha dicho la Corte Suprema de Justicia (SL11919-2017) lo siguiente:

*“(…) la Sala, con referencia en las aclaraciones y explicaciones que dio la demandada sobre el porqué (sic) incurrió en mora de pagar salarios y prestaciones sociales, encontraría que no es manifiestamente desacertada la conclusión del Tribunal respecto a que no se daba la justa causa aducida para despedir a los demandantes, ya que los actos de gobierno sobre apertura económica, y más concretamente sus repercusiones negativas en la actividad mercantil de las empresas, no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito para los efectos que persigue la demandada; máxime cuando **no se puede olvidar que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo permite que el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas. Es por esto pertinente traer a colación lo que con relación a dichas figuras eximentes de responsabilidad la Corte ha expresado, a saber:***

“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho.

*“Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. **Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor.***

(…)

“En efecto, en primer lugar debe aclararse que no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o

fuerza mayor que comporte su suspensión en los términos del artículo 51-1 del C.S.T, pues habrá que examinar las circunstancias de cada caso y podría darse, por ejemplo, que la decisión de autoridad sea consecuencia directa de una conducta culposa del empleador, evento en el cual mal podría entenderse suspendido el nexo, sino más bien ubicado en la situación del artículo 140 ibidem.

De otra parte, no podría descartarse que la crisis económica de la empresa pueda generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, pero ello dependerá de que, conforme a las circunstancias del caso, se den los supuestos indispensables, y no pocas veces resultaría preferible que para éstas hipótesis en caso de duda el empresario que lo requiera acuda a la autoridad administrativa para obtener el permiso de clausura temporal o definitiva, desde luego, si se dan los requisitos de procedencia de estas figuras alternativas. (C.S.T, arts 51-3 y 466). (Sentencia mayo 29 de 2002, radicación No. 17570). Sentencia CSJ SL 22 de ago. de 2002, No. 18174.”

En conclusión, la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito procede ante un hecho *imprevisible e irresistible* para el empleador, pero además se requiere que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL EMPLEO CON OCASIÓN DE LA FASE DE CONTENCIÓN DEL COVID-19 Y DE LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA – CIRCULAR No. 21 DE 2020 DEL MINISTERIO DEL TRABAJO.

La Circular No. 021 de 2020 del Ministerio del Trabajo, contempla las medidas existentes en la legislación laboral que pueden adoptar los empleadores para garantizar el empleo de sus trabajadores, con ocasión a la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional. Al respecto, la Circular señala:

“1. Trabajo en Casa: *Tratándose de una situación ocasional temporal y excepcional, es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía. Esta modalidad ocasional de trabajo es diferente al Teletrabajo, y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este. En el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 define como características del Trabajo en Casa que: "4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual. Para optar por esta modalidad, debe existir acuerdo entre el empleador y el trabajador.*

De esta manera, el trabajo en casa, como situación ocasional, temporal y excepcional no presenta los requerimientos necesarios para el teletrabajo, y se constituye como una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la actual emergencia sanitaria.

2. Teletrabajo: *Por su parte, el teletrabajo se encuentra definido en el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008 como "una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación - TIC para el contacto*

entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo." Al teletrabajo, conforme lo señalado en la norma en mención, no le serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno, sin que se puedan imponer tampoco, altas cargas de trabajo.

De igual manera, se debe tener en cuenta que el salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el centro de trabajo.

La regulación operativa del teletrabajo se encuentra contenida en el Capítulo 5 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, que compiló allí el anterior Decreto 884 de 2012 y que especifica las condiciones laborales que rigen el teletrabajo en relación de dependencia, las relaciones entre empleadores y Teletrabajadores, las obligaciones para entidades públicas y privadas, las administradoras de riesgos laborales y la Red de Fomento para el Teletrabajo.

El teletrabajo, tal y como está concebido normativamente, tiene una serie de requerimientos, tales como la visita previa al puesto de trabajo que tiene como objetivo, verificar las condiciones de trabajo, es decir, toda característica física, biológica, ergonómica o psicosocial que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos en la seguridad y salud del trabajador; igualmente, tanto empleador como trabajador deberán contar con la Guía para la Prevención y Actuación en Situaciones de Riesgo que deberá ser suministrada por la respectiva Administradora de Riesgos Laborales; el trámite del formulario de afiliación y novedades adoptado mediante Resolución 3310 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, entre otros.

3. Jornada laboral flexible: *Como regla general se indica que la jornada laboral puede ser establecida por el empleador o fijarse con los límites establecidos por la ley, la cual señala un máximo de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales, no obstante, el mencionado límite puede ser repartido de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6. a.m. a 9 p. m., lo anterior con base en lo dispuesto en el literal d del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).*

En las anteriores condiciones, el empleador tiene la facultad de reducir o ampliar la jornada laboral establecida dependiendo de las necesidades del servicio o necesidades especiales sin que este término sea contabilizado como horas extras.

De igual forma, el empleador puede optar por realizar turnos de trabajo con duración no superior a seis (6) horas diarias y treinta y seis (36) a la semana, los cuales se pueden realizar en cualquier horario o día de la semana, sin que esta situación genere recargo alguno (Literal c) artículo 161 CST).

Así las cosas, y dados los acontecimientos de salud pública señalados, los empleadores pueden modificar su jornada laboral con la intención de proteger a sus trabajadores acortando sus jornadas laborales o disponiendo de turnos sucesivos que eviten la aglomeración de los trabajadores en sus instalaciones, en una misma jornada o en los sistemas de transporte masivo.

4. Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas: *El trabajador tiene derecho a un descanso remunerado por haber prestado sus servicios durante un (1) año de servicio, consistente en quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas, de conformidad con lo señalado en el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo.*

Asimismo, se pueden otorgar vacaciones a los trabajadores antes de causar el derecho, lo cual se conoce como vacaciones anticipadas. De otra parte, los empleadores pueden fijar vacaciones colectivas de sus trabajadores, inclusive sin que ellos hayan cumplido el año de servicios, para lo cual se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Las vacaciones deben ser remuneradas al trabajador con el salario que devengue al momento del disfrute.

2. El trabajador no podrá exigir que se le asigne un nuevo periodo de vacaciones luego de cumplir el año de trabajo.

En cuanto a las vacaciones colectivas, el empleador puede dar aviso de ellas, con el fin de contrarrestar bajas de producción o ingresos, como situaciones derivadas de la emergencia sanitaria o en caso de que se ordenen medidas de aislamiento obligatorias por parte del Gobierno Nacional, como estrategia de mitigación ante el COVID-19.

De acuerdo con lo anterior y debido a la situación actual aquí descrita, los trabajadores y empleadores, podrán acordar en cualquier momento el inicio del disfrute de vacaciones acumuladas, anticipadas o colectivas para enfrentar adecuadamente la etapa de contingencia del COVID -19.

5. Permisos Remunerados· Salario sin prestación del servicio: *En virtud de lo señalado en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, le corresponde al empleador, conceder permisos en casos de grave calamidad doméstica, debidamente comprobada.*

5.1. Salario sin prestación del servicio: Esta posibilidad se indica en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala: "Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del {empleador}." Conforme a la norma anterior, es posible que, por disposición del empleador, de manera voluntaria y generosa determine la posibilidad de pagar el salario y de liberar al trabajador de la prestación del servicio.

El "trabajo en casa", los permisos, las jornadas flexibles, el teletrabajo y en general, todas las medidas enunciadas en la presente Circular, no exoneran al empleador de cumplir con sus obligaciones, en particular, el pago del salario, los aportes al Sistema de Seguridad Social y todos aquellos derivados de la relación laboral".

FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA A LAS DECISIONES LABORALES DE EMPLEADORES DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA – CIRCULAR No. 022 DE 2020 DEL MINISTERIO DE TRABAJO.

La Circular No. 022 de 2020 del Ministerio de Trabajo, señala que la configuración o no de una fuerza mayor para la suspensión del contrato de trabajo, corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración.

En todo caso, el empleador debe valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la Circular 21 de 2020, por lo que se hace un llamado a los empleadores para que en estos momentos de dificultad mantengan la solidaridad y el respaldo que los ha caracterizado hacia los trabajadores y sus familias, independientemente de si su vinculación es directa o en misión, para lo cual pueden hacer uso de medidas tales como: Trabajo en Casa, Teletrabajo, Jornada Laboral Flexible, Vacaciones Acumuladas, Anticipadas y Colectivas, Permisos Remunerados y Salarios sin Prestación del Servicio.

Reiterando su postura, en el Concepto No. 08SE20207417001000008676 del 27 de marzo de 2020, el Ministerio del Trabajo señaló:

“En razón de este punto y siendo el objeto de su consulta, es importante recordarle que por vía administrativa este Ministerio no valora si existe o no fuerza mayor o caso fortuito. De esta manera lo indica el Manual del Inspector del Trabajo y Seguridad Social que indica en su página 241: “El Inspector de Trabajo y Seguridad Social deberá verificar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito en los casos previstos en la ley. En el acta que se levante de la diligencia, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social se limitará a describir lo que observe sobre los hechos objeto de la comprobación y a dejar las constancias que considere procedentes (...)”.

Conforme lo antes expuesto, resulta claro que no corresponde al Ministerio del Trabajo definir la existencia o no de la fuerza mayor, pues ello lleva consigo la valoración particular de las condiciones de la empresa, el desarrollo de su objeto social y el impacto del COVID-19, valoraciones que son de la órbita exclusiva de los jueces, en consonancia con lo señalado en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo.”

En conclusión, se tiene que en tratándose de la suspensión del contrato de trabajo, el Ministerio de Trabajo no es la entidad competente para determinar la configuración o no de la fuerza mayor o del caso fortuito. En los términos del numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no se requiere la autorización previa de esa autoridad, sino únicamente de un aviso al inspector del trabajo del lugar a fin de que se compruebe la circunstancia, conforme señala el numeral 2° del artículo 67 de la Ley 50 de 1990.

CASO CONCRETO

El señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ** incoa la presente acción de tutela con el fin de que sean amparados sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, Dignidad Humana, Salud, y Estabilidad Laboral Reforzada, presuntamente vulnerados por la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.**, y en consecuencia, pide dejar sin efecto la suspensión del contrato de trabajo y ordenar el pago de salarios y prestaciones sociales.

Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela, v. gr., inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la **inmediatez**, observa el Despacho que el hecho que da origen a la solicitud de amparo constitucional, es la suspensión del contrato de trabajo del accionante, hecho ocurrido el 28 de mayo de 2020, razón por la cual se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

Y respecto de la **subsidiariedad** se tiene que, en principio, el accionante podría acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial para reclamar su pretensión, a través de una demanda ordinaria laboral; sin embargo, en este caso ése procedimiento no puede ser considerado idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales por cuanto está involucrado el mínimo vital de una persona de avanzada edad, con recomendaciones médicas y a la que le fue suspendido el contrato de trabajo y por ende, su salario como única fuente de ingresos.

En efecto, se encuentra acreditado con las pruebas anexadas al escrito de tutela, que el núcleo familiar del accionante depende de él y de su salario que percibe como trabajador de la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.**

Como pruebas se aportaron soportes que demuestran que el accionante no cuenta con ahorros en su fondo de cesantías, pues los mismos fueron retirados para la compra de una vivienda, además se aportó copia del recibo de pago del contrato de leasing habitacional, donde se constata que el accionante se encuentra pagando su vivienda al Fondo Nacional del Ahorro.

También se aportaron las declaraciones extra juicio de sus hijos Erika Natalia y Jhonnatan Mauricio Osorio Reyes, en las que manifiestan que dependen económicamente del accionante; así como los soportes de su calidad de estudiantes en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, circunstancias de vulnerabilidad que no fueron debatidas por la empresa accionada, pues no dio contestación a la acción de tutela, y que tornan procedente la acción constitucional.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo de la siguiente manera:

Se encuentra probado que el señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ** está vinculado laboralmente a la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** desde el 01 de marzo de 2001 en el cargo de Operador de Servicio; que el 08 de noviembre de 2019 fue reubicado al cargo de Auxiliar de Archivo; y que su contrato de trabajo fue suspendido el 28 de mayo de 2020, por la causal de fuerza mayor de que trata el numeral 1° del artículo 51 del C.S.T.

Las causales aducidas por la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** para suspender el contrato de trabajo del accionante, se encuentran plasmadas en la comunicación de fecha 28 de mayo de 2020, en la que indicó expresamente lo siguiente:

“(…) Respetado señor, la compañía se permite comunicarle que a partir del 28 de mayo de 2020 se ha decidido que su contrato de trabajo se suspende por fuerza mayor por el término de 30 días a partir de la fecha.

- 1. Esta decisión tiene sustento en lo previsto por el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, numeral 1, el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, numeral 2, las previsiones contenidas en las circulares números 0017, 0018, 20, 21, 22, 27, 33 así como los Decretos 593 del 24 de abril y 636 del 06 de mayo de 2020 emitidos por el Ministerio del Interior, que disponen un aislamiento preventivo entre el 27 de abril al 11 de mayo y del 11 al 25 de mayo respectivamente y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 de la Presidencia de la República y la Resolución 666 de abril de 2020 y el anexo técnico No. 4.11 del Ministerio de Salud.*
- 2. Para la compañía es un imperativo legal tener que cumplir las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional relacionadas con la protección que se debe agotar a los trabajadores **para impedir el contagio y la propagación del coronavirus**, en especial para la población de colaboradores que el día de hoy tienen 60 años y/o que presenten afectación en su salud como lo es su caso.*
- 3. Durante el tiempo de la suspensión del contrato de trabajo, la compañía asumirá el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones con lo cual le garantiza la protección al derecho fundamental y al derecho a su pensión, de igual forma usted tendrá derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios de junio y diciembre.*

Lamentamos profundamente el tener que llegar a esta decisión, pero para la compañía es fundamental cumplir con las disposiciones legales y preservar su salud”.

Atendiendo el contenido de la comunicación anterior, junto con las circunstancias particulares que rodean el caso, considera el Despacho que la suspensión del contrato de trabajo del accionante no encuentra sustento en la causal de *fuerza mayor* por las siguientes razones:

La empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** en la comunicación del 28 de mayo de 2020, aduce en síntesis, que el coronavirus constituye una circunstancia de fuerza mayor que justifica la suspensión del contrato. Sin embargo, dicha justificación no es suficiente si se tiene en cuenta que el numeral 1° del artículo 51 del C.S.T. establece que la suspensión del contrato ocurre por *“fuerza mayor o caso fortuito que **temporalmente impida su ejecución**”*.

Es decir, la *fuerza mayor* debe impedir la ejecución del contrato de trabajo, debe hacer imposible que el trabajador preste sus servicios, y debe hacer imposible que el empleador pague los salarios. En ese orden, la pandemia -en sí misma- no puede ser considerada la *fuerza mayor* que impide la ejecución de todos los contratos de trabajo en todos los casos, puesto que en cada caso se debe analizar cómo la pandemia afecta las condiciones del empleador: la posibilidad de desarrollar o no su objeto social, y la posibilidad de pagar o no los salarios.

En otras palabras, el coronavirus *per se* no configura la *fuerza mayor* que permite la suspensión de un contrato de trabajo, sino que debe ir ligado a las consecuencias que ese fenómeno produce para la empresa (el cierre, la disminución de la producción, la ausencia de ventas, la falta de liquidez, entre otros) y que hacen imposible la ejecución del contrato de trabajo. Dichas consecuencias son las que deben reunir las características intrínsecas y concurrentes de la *fuerza mayor*, como son la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad*.

Lo anterior tiene sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sentencia del 15 de junio de 2000, en la que asentó: “*Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus **consecuencias**... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el **efecto** del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su **causa**. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...*”.

Respecto de la imprevisibilidad, en la misma Sentencia se dijo: “*se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia, que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él... cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor*”.

Por su parte, la irresistibilidad se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto, es decir, la imposibilidad de sobreponerse al hecho imprevisible, para poder eludir sus efectos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en Sentencia del 26 de julio de 2005 señaló:

*“Conviene ahora, por su importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho sólo puede ser calificado como **irresistible**, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas...*

... Sobre este particular, ha precisado diáfananamente la Sala que la fuerza mayor implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos, lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible. Por tanto, si irresistible es algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias, debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente”.

Sobre la base de lo anterior, en este caso se tiene, que la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** en la comunicación del 28 de mayo de 2020, se limitó a mencionar que la suspensión del contrato de trabajo se dio por causa del coronavirus, un fenómeno que ciertamente fue imprevisible e irresistible para el mundo entero; sin embargo, lo que debió especificar, era cómo el coronavirus impedía la ejecución del contrato de trabajo del accionante, probar las consecuencias del coronavirus en la empresa, y demostrar que esas consecuencias reúnen las características de *imprevisibilidad e irresistibilidad*.

No obstante, la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** pese a haber sido notificada, no contestó ni aportó pruebas, así como tampoco respondió el requerimiento efectuado en el auto admisorio, y por lo tanto, no acreditó ninguna circunstancia de la cual se pudiera concluir la imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador. En este punto es importante mencionar, que el empleador es quien tiene la carga de probar la *fuera mayor* que impide la ejecución del contrato de trabajo del trabajador, situación que -se reitera- no se probó.

En todo caso, y a efectos de verificar el objeto social de la empresa accionada, el Despacho procedió a consultar de oficio el certificado de existencia y representación legal, encontrando que:

“La compañía comprende las siguientes actividades: a) la organización, explotación, desarrollo y administración de la actividad transportadora terrestre automotor, a efecto de constituir una verdadera industria o sistema de transporte bajo las distintas modalidades existentes, a saber: pasajeros, carga, mixtos, masivo, de servicios especiales y de los que ulterior y oficialmente se instituyeren, dentro de un radio de acción distrital o municipal, nacional, fronterizo e internacional, utilizando para ello toda clase de vehículos automotores que sean aptos para la prestación de servicios inherentes a dicha actividad, bien sea que la compañía los adquiera o que a ella se vinculen mediante contratos individuales, colectivos, especiales y de concesión o a través de la figura de los consorcios nacionales e internacionales ya existentes o de los que se llegaren a crear de los cuales la sociedad haga o no parte, prestando los servicios regulares, especiales u ocasionales, en los niveles básicos, superior y los demás que las autoridades competentes llegaren a clasificar como agregados de este último, en áreas o rutas de operación nacional, distrital o municipal asignados por el ministerio del ramo acatando para el efecto las leyes y reglamentos nacionales que rijan el transporte terrestre automotor y en el ámbito internacional, con anuencia de las autoridades extranjeras del país correspondientes y conforme a los acuerdos, convenios, tratados y decisiones bilaterales o multilaterales que existan con Colombia...

(...) ACTIVIDAD PRINCIPAL: 4921 (TRANSPORTE DE PASAJEROS)”

Como se puede notar, su objeto social principal es “El transporte de pasajeros”. Al respecto, el Presidente de la República, en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 estipuló: “Artículo 4. Movilidad. Se deberá garantizar el servicio público de transporte terrestre, por cable, fluvial y marítimo de pasajeros, de servicios postales y distribución de paquetería, en el territorio nacional, que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 y las actividades permitidas en el artículo anterior”.

Por otro lado, el Decreto 593 del 24 de abril de 2020, aducido por la empresa accionada en la comunicación de suspensión del contrato, estipuló en su artículo 5: *“Movilidad. Se deberá garantizar el servicio público de transporte terrestre, por cable, fluvial y marítimo de pasajeros, de servicios postales y distribución de paquetería, en el territorio nacional, que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 y las actividades permitidas en el artículo 3.”*

Ello quiere decir, que desde el inicio del aislamiento preventivo obligatorio, esto es, desde el 25 de marzo de 2020, la empresa accionada no ha sido objeto de ninguna restricción por parte del Gobierno Nacional, por el contrario, su actividad comercial califica como un servicio público que se debe garantizar por ser fundamental, y por lo tanto, es contradictorio argumentar que fue la pandemia la que impidió la ejecución del contrato de trabajo del trabajador.

En conclusión, en este caso concreto, la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** no logró acreditar la causal del numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no se probó un hecho de fuerza mayor o caso fortuito que impida la ejecución del contrato de trabajo y por ende la suspensión.

Por consiguiente, la decisión de la empresa accionada constituye una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, como quiera que la suspensión indebida del contrato de trabajo produjo la suspensión indebida del pago del salario, única fuente de ingresos para su sostenimiento y el de su familia.

En consecuencia, se concederá el amparo y se ordenará a **EXPRESO BOGOTANO S.A.** dejar sin efecto la suspensión del contrato de trabajo del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, y pagar los salarios dejados de percibir desde el 28 de mayo de 2020 y durante el tiempo en que estuvo vigente la suspensión.

Respecto de la pretensión relativa al pago de los aportes a pensión de los años 1980 a 2001 al Fondo de Pensiones Porvenir, debe decirse que la misma es improcedente por vía de tutela como quiera que existe un mecanismo judicial para su discusión, y no se advierte que esa conducta genere la afectación grave e inminente de un derecho de rango iusfundamental.

Se desvinculará de la acción de tutela al **MINISTERIO DEL TRABAJO** por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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: AMPARAR el Derecho Fundamental al Mínimo Vital del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa **EXPRESO BOGOTANO S.A.** que en el término de TRES (3) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, deje sin efectos la suspensión del contrato de trabajo del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ**, y en consecuencia, pague los salarios dejados de percibir desde el 28 de mayo de 2020 y durante el tiempo en que estuvo vigente la suspensión del contrato de trabajo.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela del señor **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MARTÍNEZ** en contra de **EXPRESO BOGOTANO S.A.**, en lo que respecta a la pretensión del pago de los aportes a pensión de los años 1980 a 2001, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela al **MINISTERIO DEL TRABAJO**, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

QUINTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ