

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: 11001-41-05-008-2021-00074-00

ACCIONANTE: LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO

ACCIONADOS:

- 1. EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**
- 2. EXPRESS DEL FUTURO S.A.**
- 3. BOGOTÁ MÓVIL OPERACIÓN SUR S.A.S. – BMO SUR S.A.S.**
- 4. CONSORCIO EXPRESS S.A.S.**
- 5. SISTEMA INTEGRADO DE OPERACIÓN DE TRANSPORTE SI18 S.A.S. – SI18 S.A.S.**
- 6. EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTA S.A.S. - ETIB S.A.S.**
- 7. MASIVO CAPITAL S.A.S.**
- 8. SOMOS BOGOTA USME S.A.S. - SOMOS U S.A.S.**
- 9. SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. – SOMOS K S.A.**
- 10. GRAN AMÉRICAS USME S.A.S.**
- 11. GRAN AMÉRICAS FONTIBON 1 S.A.S.**
- 12. CONSESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S. – ESTE ES MI BUS S.A.S.**

VINCULADOS:

- 1. MINISTERIO DEL TRABAJO**
- 2. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los veinticinco (25) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO**, actuando en nombre propio, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales al Trabajo, a la Seguridad Social Integral, a la Estabilidad Laboral Reforzada, a la Igualdad, a la No Discriminación y a la Vida Digna, presuntamente vulnerados por las empresas accionadas.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante que el 04 de julio de 2012 ingresó a laborar a la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, bajo un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de Operadora de Bus Articulado del Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá.

Que conforme al examen médico de ingreso del 24 de mayo de 2012, realizado en la IPS Centro Médico VASNYSALUD, su estado de salud era óptimo, pues la única restricción anotada fue "*Corrección Óptica*".

Que mientras su estado de salud no sufrió afecciones, desempeñó satisfactoriamente sus funciones laborales como conductora.

Que dadas las deficientes condiciones ergonómicas del puesto de trabajo, comenzó a presentar una grave lesión en la columna vertebral con diagnóstico médico de *Discopatía en L4-L5 y L5-S1, Hernia Discal protruida foraminal en L4-L5 y Hernia Discal central en L5-S1*.

Que como consecuencia de tales diagnósticos inició una serie de valoraciones médicas por parte de la EPS, pues ni ésta ni el ex empleador la remitieron a valoración por Medicina Laboral o ante la ARL.

Que en comunicación del 07 de junio de 2019 le notificó a **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** que se había presentado a pruebas para el Cargo de Operaria de Bus Articulado OBA en la empresa BOGOTA MÓVIL, pero que tras realizarse los exámenes médicos había sido rechazada, por lo que le solicitó al empleador tener en cuenta su condición de madre cabeza de hogar, así como su diagnóstico médico de ingreso a dicha empresa y que se le realizara una asesoría frente al procedimiento a seguir debido a su diagnóstico médico, a efectos de determinar su origen.

Que no obstante lo anterior, y sin pedir autorización previa al Ministerio del Trabajo, **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** mediante comunicación del 14 de junio de 2019 le informó que su contrato finalizaría el 15 de junio de 2019, argumentando la terminación del Contrato de Concesión de fecha 19 de abril de 2000 entre esa empresa y TRANSMILENIO S.A.

Que en ninguna de las cláusulas del contrato de trabajo se estableció que la duración de la relación laboral dependería de la vigencia de dicho Contrato de Concesión, sino que se mantendría vigente mientras estuviera la razón y objeto social de EXPRESS DEL FUTURO S.A., como hasta la fecha ocurre.

Que mediante escrito del 12 de agosto de 2019 **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** le indicó que no era posible reportar su caso a la ARL por no existir ningún caso abierto por enfermedad laboral o accidente de trabajo por el tiempo que estuvo vinculada a esa empresa.

Que la accionada **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** ha creado nuevas empresas a las que solamente ha trasladado y vinculado a trabajadores suyos con condiciones de salud sanas, pero no aquellos que habiendo ingresado sanos enfermaron por las precarias condiciones laborales.

Que **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, como empresa primigenia, en su calidad de concesionaria de TRANSMILENIO S.A., forma parte de un grupo empresarial de varias empresas que tienen los mismos contratos de concesión con esta última, que desarrollan el mismo objeto social y a las que pudieron ser trasladados los trabajadores, en lugar de ser despedidos sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Que todas las empresas accionadas en su calidad de operadoras o concesionarias de TRANSMILENIO S.A., tienen el mismo objeto social que EXPRESS DEL FUTURO S.A., esto es, el transporte masivo de pasajeros dentro de las troncales de Transmilenio y/o del Sistema SITP.

Que los Gerentes, Representantes Legales y miembros de las Juntas Directivas de las empresas accionadas coinciden con los de **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, por lo que se trata de un mismo grupo empresarial o unidad de empresa al servicio de TRANSMILENIO S.A.

Que en las empresas accionadas se mueven los mismos accionistas y dueños, con el fin de evadir sus responsabilidades laborales y deshacerse de los trabajadores en estado de disminución funcional que enfermaron en el desarrollo de sus labores.

Que una vez fue ilegal y arbitrariamente despedida de **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, presentó hojas de vida a todas las empresas accionadas, y habiendo presentado pruebas en la mayoría de éstas, tras realizarse los exámenes médicos y evidenciado su estado de salud, fue rechazada sin explicación alguna.

Que al pertenecer al mismo grupo empresarial, las accionadas comparten la información de los trabajadores y ex trabajadores, y por ende, realizan listas negras para TRANSMILENIO con aquellos ex trabajadores, especialmente de **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, que en razón de su estado de salud, no deben ser admitidos en las empresas.

Que **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** actuó de forma temeraria cuando siendo propietaria, socia y/o accionista de las demás empresas accionadas, optó por despedirla sin solicitar permiso al

Ministerio del Trabajo, en lugar de trasladarla a alguna de éstas como sí lo hizo con un gran número de otros trabajadores que se encontraban en perfecto estado de salud.

Que a la fecha no cuenta con dictamen médico que le impida desempeñarse laboralmente al interior de las empresas accionadas, pero habiendo realizado pruebas prácticas en algunas de ellas avanzando en el proceso de selección, extrañamente en todas fue descalificada una vez le fue realizado el examen médico, lo que evidencia un trato abiertamente discriminatorio por parte de ese grupo empresarial.

Que pese a sus solicitudes de información respecto a las razones por las cuales ha sido rechazada, las mismas no le han sido informadas.

Que desde su desvinculación de **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, y a la fecha, ha tratado de vincularse laboralmente a dicho grupo empresarial teniendo en cuenta su historia laboral, experticia en la conducción de buses articulados y conocimiento del manejo y funcionamiento del sistema, sin que haya obtenido resultado favorable, marginándosele sin justificación alguna del único medio laboral que conoce y en el cual está capacitada.

Que es madre cabeza de familia, tiene dos hijos, uno menor de 16 años y otra de 24 años, quienes dependen de ella.

Que no cuenta con otro medio de ingreso del cual derivar su sustento y el de su familia, y desde su desvinculación ha tenido que sobrevivir de la solidaridad de familiares y amigos, situación que se ha visto agravada con la crisis mundial de salud.

Con sustento en lo anterior, solicita se deje sin valor y efecto la terminación de la relación laboral con **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, y, en consecuencia, se ordene a esta sociedad reintegrarla sin solución de continuidad en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del despido o en aquellas que determinen los médicos tratantes, activando la afiliación al Sistema de Seguridad Social, con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

De forma subsidiaria, solicita que se ordene a **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, trasladarla a alguna de las empresas de las cuales es propietaria, socia y/o accionista, en las mismas condiciones laborales y con las recomendaciones que determinen los médicos tratantes.

Sin perjuicio de lo anterior, solicita se ordene a las demás empresas accionadas que, en el evento que se presente a nuevos procesos de selección, los mismos se realicen dentro de los

parámetros y preceptos éticos, morales, igualitarios, equitativos y justos, sustentando por escrito las razones y decisiones que respecto de los mismos se adopten.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La empresa **BOGOTÁ MÓVIL OPERACIÓN SUR S.A.S.** allegó contestación el 16 de febrero de 2021, por medio de su apoderado judicial, Dr. YEISON ANDRES RUIZ PEÑA, visible en el archivo pdf “005.ContestacionOperacionSur” del expediente digital, junto con anexos, en 27 páginas.

La **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** allegó contestación el 16 de febrero de 2021, por medio del Superintendente Delegado de Supervisión Societaria de la Entidad, visible en el archivo pdf “006.ContestaciónSupersociedades” del expediente digital en 5 páginas.

La empresa **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, por medio de su representante legal, el señor ENRIQUE WOLFF MARULANDA, según se observa en el archivo pdf “007.ContestaciónSistemasOperativos” del expediente digital, junto con anexos, en 26 páginas.

La empresa **SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, por medio de su Representante Legal Suplente, TATIANA RODRÍGUEZ LÓPEZ, visible en el archivo pdf “008.ContestaciónSomosU” del expediente digital, junto con anexos, en 20 páginas.

La **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, por medio de su Representante Legal, DANIEL MURGUEITIO ESCOBAR, según se avizora en el archivo pdf “009.ContestacionConcesionaria” del expediente digital, junto con anexos, en 39 páginas.

La empresa **GRAN AMÉRICAS FONTIBÓN 1 S.A.S.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de su Representante Legal, ANA CLEMENCIA BERNAL PACHÓN, visible en el archivo pdf “010.ContestacionGranAmericas” del expediente digital en 7 páginas.

La empresa **MASIVO CAPITAL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de su Representante Legal, GERMAN DEL RIO FONSECA, visible en el archivo pdf “011.ContestacionMasivoCapital” del expediente digital, junto con anexos, en 36 páginas.

La empresa **GRAN AMÉRICAS USME S.A.S** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de su Representante Legal, ARTURO FERNANDO ROJAS ROJAS, visible en el archivo pdf

“012.ContestacionGranAmericas” del expediente digital 9 páginas, reiterada en el archivo pdf número 013.

El **MINISTERIO DEL TRABAJO** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención Jurídica de la Dirección Territorial de Bogotá, según se observa en el archivo pdf “014.ContestacionMinTRabajo” del expediente digital en 7 páginas.

La empresa **SISTEMA INTEGRADO DE OPERACIÓN DE TRANSPORTE SI 18 S.A.S** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de su Representante Legal, VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, visible en el archivo pdf “015.ContestacionSI18” del expediente digital, junto con anexos, en 17 páginas.

La **EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ S.A.S. - ETIB S.A.S.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, a través de su Representante Legal Suplente, HELMAN HUMBERTO MEDINA ROMERO, visible en el archivo pdf “016.ContestacionETIB” del expediente judicial, junto con anexos, en 24 páginas.

La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, por medio de la Subgerente Jurídica TATIANA GARCÍA VARGAS, según se observa en el archivo pdf “018.ContestacionTransmilenio” del expediente digital, junto con anexos, en 63 páginas.

La empresa **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** allegó contestación el 17 de febrero de 2021, por medio de su Representante Legal CAMILO ALFONSO SABOGAL OTÁLORA, según se observa en el archivo pdf “019.ContestacionSITP” del expediente digital, junto con anexos, en 29 páginas.

La empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** allegó contestación el 17 de febrero, por medio de su Representante Legal, ORLANDO VANEGAS SILVA, tal como se observa en el archivo pdf “020.ContestacionExpress” del expediente digital, junto con anexos, en 449 páginas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los Derechos Fundamentales al Trabajo, a la Seguridad Social Integral, a la Estabilidad Laboral Reforzada,

a la Igualdad, a la No Discriminación y a la Vida Digna de la señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO**, al haber sido desvinculada laboralmente por su empleador **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, sin tener en cuenta la presunta circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra debido a su condición de salud?

En los mismos términos, ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a las empresas accionadas realizar en el futuro sus procesos de selección de personal dentro de parámetros éticos, morales, igualitarios, equitativos y justos, sustentando por escrito las decisiones que se adoptan dentro de los mismos?

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.

EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica¹.

La Corte Constitucional ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “*en todo momento*” porque no tiene término de caducidad². Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido “*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales*”³, en otras palabras, la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho presuntamente vulnerador de los derechos fundamentales.

¹ Sentencias T-730 de 2003; T- 678 de 2006; T-610 de 2011; T-899 de 2014, entre muchas otras.

² Sentencia SU-961 de 1999.

³ Sentencia SU-241 de 2015.

Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional, que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando el mecanismo se utiliza mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante⁴.

Así mismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la validez de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas.

En atención a esas consideraciones, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Así pues, no existe un término para interponer la acción, de modo que el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha presentado de manera razonable, con el fin de que se preserve la seguridad jurídica, no se afecten los derechos fundamentales de terceros, ni se desnaturalice la acción.⁵

En este orden de ideas, tras analizar los hechos del caso, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela que en principio parecía carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente debido a las particulares circunstancias del asunto. Específicamente, la jurisprudencia ha identificado tres eventos en los que esto sucede:

“(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo⁶, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de

⁴ Sentencia T-040 de 2018.

⁵ Sentencia SU-961 de 1999.

⁶ Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.”⁷

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte ha precisado, que el presupuesto de inmediatez (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental⁸; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración¹⁰. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales¹¹.

Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los

⁷ Sentencia T-1028 de 2010.

⁸ Sentencia T-246 de 2015.

⁹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

¹⁰ Sentencia T-753 de 2006.

¹¹ Sentencia T-406 de 2005.

medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:

(i) Los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) Se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) El titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto ha indicado, que el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que la amenaza está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad¹².

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, **el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela**. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

*“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que **el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente**, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.*

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte¹³ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un

¹² Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

¹³ Sentencia T-290 de 2005.

perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”¹⁴.

En consonancia con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, “como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”¹⁵.

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales, implican, en principio, la improcedencia de la acción de tutela, pues tratándose de trabajadores, éstos tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, ante indiscutibles condiciones de debilidad de quien reclama, que suponen la protección reforzada de su estabilidad laboral, aquellas acciones ordinarias pueden resultar inidóneas o ineficaces para brindarles un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva. Finalmente, la protección también podrá concederse, aunque de manera transitoria, si se verifica la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES FRENTE A PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL (T-694 DE 2013)

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela en tanto mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, procede no solo ante la acción u omisión de cualquier autoridad pública, sino también cuando ello provenga de particulares que presenten un servicio público, que afecten de manera grave y directa un interés colectivo o aquellos frente a los cuales el peticionario del amparo se encuentra en estado de subordinación o de indefensión.

Conforme a ello, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la *subordinación* hace referencia a la situación en la que se encuentra una persona cuando tiene la obligación jurídica de acatar las órdenes de un tercero, como consecuencia de un contrato o relación jurídica determinada que ubica a ambas partes en una situación jerárquica¹⁶. Mientras que la *indefensión*, por su parte, no hace alusión a un vínculo jurídico que ata a las partes, sino que

¹⁴ Sentencia T-436 de 2007.

¹⁵ Sentencia T-649 de 2011.

¹⁶ Sentencia T-694 de 2013

tiene su origen en la ausencia o insuficiencia que tiene el accionante de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir u oponerse a la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales¹⁷.

Así las cosas, sostuvo la Corte Constitucional que la diferencia entre una y otra situación radica en el origen de la dependencia entre los particulares, esto es, *“si el sometimiento se presenta como consecuencia de un título jurídico nos encontraremos frente a un caso de subordinación y, contrario sensu, si la dominación proviene de una situación de hecho, podremos derivar la existencia de un caso en el que se presenta una indefensión. En caso de evidenciarse cualquiera de dichas situaciones, la acción de tutela tendrá la capacidad para proteger los derechos fundamentales que se vulneren en la relación entre los particulares. Al contrario, si no se evidencia ninguno de dichos eventos, la acción deberá declararse improcedente”*¹⁸

Establecido lo anterior, es importante destacar que en la Sentencia T-694 de 2013 la Corte precisó que el derecho al debido proceso es exigible tanto a autoridades públicas como a particulares frente a cualquier tipo de procedimiento que estos adelanten, sin ser exclusivo de los procesos penales o sancionadores.

Sostuvo que las reglas del debido proceso se aplican estrictamente a los procesos de selección en los cargos de carrera administrativa para los cargos públicos, en los que deben exigirse unos requisitos objetivos para desempeñar determinadas labores, sin que sea dable establecer de forma explícita o implícita discriminaciones o preferencias carentes de justificación. En tal sentido, los requisitos para el acceso al cargo al cual se aplica deben ser públicos y conocidos previamente por los aspirantes, de manera que se entiende que *“la dignidad humana se ofende, cuando a una persona, apta para desempeñar un cargo, se la excluye con base en criterios ajenos a la aptitud y que no inciden en ella”*.

Ahora bien, en el caso de procedimientos adelantados por los particulares, ha señalado el Alto Tribunal Constitucional que, en las relaciones laborales, éstos no escapan del ámbito de los principios previstos en la Constitución Política, de manera que, sus procedimientos internos deben observar las reglas del debido proceso, esto es, contar con reglamentos públicos que sean de conocimiento de los trabajadores, sanciones previamente establecidas y conocidas por quien es sancionado, criterios de selección objetivos y proporcionales para el cargo al cual se aspira, el respeto del principio de igualdad y no discriminación para el acceso al trabajo, entre otros.

17 Sentencias T-909 de 2010 y T-1217 de 2018

18 Sentencia T-179 de 2019

Adicionalmente, sostuvo la Corte que, en virtud del principio de la autonomía privada y la libertad de empresa, las empresas privadas tienen la posibilidad de reglamentar sus procesos internos de selección de personal, y en el ejercicio de ellos, valorar y cotejar la información que aportan los postulantes sobre su desempeño profesional, a efectos de analizar su idoneidad de cara al cargo ofrecido.

Igualmente, se enmarca dentro del ejercicio de esa autonomía, tener preferencias sobre postulantes que se consideren más convenientes para conformar su personal en razón a referencias personales, antecedentes judiciales, entre otros; y, a diferencia de los procesos de selección para proveer cargos públicos, las empresas privadas no tienen la obligación de motivar las decisiones que adopten dentro de los mismos.

Con todo, puntualizó la Corte que en el proceso de selección para el acceso a un empleo, aún ante una empresa privada, deben observarse los principios de publicidad y transparencia, en el sentido en que los postulantes tengan conocimiento de las condiciones a las cuales se someten al postularse a un cargo y conocer posteriormente las razones por las cuales no se cumplió con los requisitos exigidos, debiendo ser estas razones proporcionales y objetivas.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL REINTEGRO LABORAL, SALVO QUE SE TRATE DE RESGUARDAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA, CUYOS SUPUESTOS DEBEN ESTAR DEMOSTRADOS.

En lo que se refiere a las solicitudes de reintegro laboral, la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que en principio la acción de tutela no resulta procedente para resolver controversias derivadas de las relaciones de trabajo¹⁹, en virtud de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios ante la Jurisdicción Laboral o la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según sea la naturaleza de la vinculación jurídica del demandante²⁰.

Así, por ejemplo, en el caso de vínculos laborales entre particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, las controversias relacionadas con reintegros se deben resolver en la Jurisdicción Laboral a través de una demanda ordinaria; mientras que, en lo que atañe a las relaciones laborales que se originan entre una entidad del Estado y un servidor público, estos debates –por lo general– se deben solucionar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control que corresponda para el efecto, es decir, en estos asuntos existe una alternativa judicial distinta a la tutela, mediante la cual se puede desplegar todo el debate probatorio necesario para determinar si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de empleador.

¹⁹ Sentencias T-400 de 2015, T-663 de 2011 y T-864 de 2011.

²⁰ Sentencia T-400 de 2015.

En efecto, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el numeral 1° de su artículo 2º, contempla la regla de competencia en cabeza del juez laboral para conocer de todos aquellos conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, como el relacionado con el reintegro y las demás prestaciones derivadas de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

Es de señalar, que la Corte ha hecho extensiva la protección mencionada *“(…) a todos aquellos trabajadores que, de ser despedidos o desvinculados, quedarían sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente”*²¹ y solo en esta singular hipótesis, ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada allí contenido, pues, como se dijo, por regla general estas controversias son de conocimiento del juez ordinario.

Así, la Alta Corporación ha anotado que si bien el despido de un sujeto de especial protección constitucional es un asunto de relevancia constitucional, la protección de sus derechos puede garantizarse a través del mecanismo ordinario, en la medida en que el legislador desarrolló las garantías contenidas en la ley, precisamente para que el juez laboral tuviera la competencia y las herramientas legales necesarias para conocer de este tipo de procesos²².

Ahora bien, respecto a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, la Corte ha señalado que *“ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”*²³, lo que requiere del juzgador constitucional un análisis de las condiciones de vulnerabilidad del accionante²⁴, la cual se materializa en tres condiciones, a saber: *“(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, (ii) hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo negativa) y (iii) carecer de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)”*²⁵.

En la Sentencia SU-040 de 2018, se recogieron las reglas que la jurisprudencia²⁶ ha fijado en relación con la estabilidad reforzada para que proceda su protección:

“(i) La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho

²¹ Sentencia T-419 de 2016.

²² Sentencia T-298 de 2014.

²³ Sentencia T-318 de 2017.

²⁴ Sentencia T-664 de 2017.

²⁵ Sentencia T-670 de 2017.

²⁶ Sentencias T-427 de 1992; T-441 de 1993; T-576 de 1998 y T-826 de 1999, entre otras.

fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo, en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección²⁷, atendiendo las circunstancias particulares del caso.

(ii) El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado debilidad manifiesta.

(iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral^{28,29}.

En conclusión, la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas y que, por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de prestaciones sociales. La Corte Constitucional ha determinado que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo prefiere, pues, de ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio³⁰.

CASO CONCRETO

La señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO** interpone acción de tutela en contra de las empresas **EXPRESS DEL FUTURO S.A., TRANSMILENIO S.A., BMO SUR S.A.S., CONSORCIO EXPRESS S.A.S., SI18 S.A.S., ETIB S.A.S., MASIVO CAPITAL S.A.S., SOMOS U S.A.S., SOMOS K S.A., GRAN AMÉRICAS USME S.A.S., GRAN AMÉRICAS FONTIBON 1 S.A.S. y ESTE ES MI BUS S.A.S.**, solicitando el amparo de sus Derechos Fundamentales al Trabajo, a la Seguridad Social Integral, a la Estabilidad Laboral Reforzada, a la Igualdad, a la No Discriminación y a la Vida Digna.

Afirma la accionante que sostuvo una relación laboral con la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** desde el 04 de julio de 2012 y hasta el 15 de junio de 2019 bajo un contrato de trabajo a término fijo, y que el mismo fue terminado de manera unilateral por el empleador y sin justa causa, desconociendo su condición médica y su calidad de madre cabeza de familia, razón por

²⁷ Sentencia T-576 de 1998.

²⁸ Sentencia T-826 de 1999.

²⁹ Sentencia T-077 de 2014.

³⁰ Sentencia T-647 de 2015.

la cual solicita se ordene su reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como que se reactiven las cotizaciones al sistema de seguridad social. De forma subsidiaria, solicita ordenar a su ex empleador trasladarla a algunas de las demás empresas accionadas de las cuales, aduce, aquella es propietaria, socia y/o accionista.

De otro lado, sostiene que desde la finalización del vínculo laboral se ha presentado a distintos procesos de selección en las demás empresas accionadas, pero que estas, al conocer los resultados de sus exámenes médicos han decidido rechazarla, sin darle explicación alguna, marginándola del único medio laboral que conoce y en el cual está capacitada. Por ello, solicita que, en el evento de presentarse a nuevos procesos de selección, se ordene a dichas empresas realizar los mismos dentro de parámetros éticos, morales, igualitarios, equitativos y justos, sustentando por escrito las razones y decisiones que allí se adopten.

Frente a lo anterior, la accionada **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, acepta la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos del mismo, aclarando que desde el 25 de mayo de 2015 se firmó una cláusula adicional que cambió su naturaleza de fijo a la de obra o labor. No obstante, niega que el contrato de trabajo se haya terminado por un acto discriminatorio en contra de la accionante, pues ello obedeció a una causa legal y objetiva, relativa a la terminación del Contrato de Concesión de fecha 19 de abril de 2000 suscrito con TRANSMILENIO S.A.

Además, que para ese momento la actora no tenía una condición de salud que le impidiera o dificultara sustancialmente desempeñar funciones en condiciones regulares, pues su última incapacidad fue otorgada en el mes de septiembre de 2018, y no contaba con recomendaciones o restricciones médico laborales, ni había sido ordenada su reubicación laboral.

Por su parte, las demás accionadas en sus contestaciones fueron enfáticas en afirmar que la accionante no tuvo un vínculo laboral con ellas y que no les constaban los hechos de la acción de tutela relativos a su condición de salud y a la relación laboral que se sostuvo con **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** Así mismo, señalaron que todas ellas son personas jurídicas autónomas y diferentes, por lo que no es posible que se les ordene recibir a la actora bajo la figura de un traslado laboral. Finalmente, indicaron que los procesos de selección de personal se realizan de manera objetiva y transparente, evaluando las competencias y aptitudes de los postulantes frente al cargo ofertado.

Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar la legitimación en la causa de las partes intervinientes en el presente trámite; así como el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela: inmediatez y subsidiariedad.

Frente a la legitimación en la causa activa y pasiva, está probado que entre la señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO** y la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo, situación que se enmarca dentro de la concepción de *subordinación* establecida por la jurisprudencia constitucional como uno de los supuestos en que procede la acción de tutela en contra de particulares.

Ahora, en relación con las demás empresas accionadas, debe decirse que se encuentra igualmente acreditada la legitimación en la causa por pasiva toda vez que, si bien entre estas y la accionante no existió un vínculo jurídico que las ate, lo cierto es que según los hechos expuestos en el escrito tutelar, la dominación en este caso surge a raíz de una situación de hecho, consistente en la presunta discriminación de que fue objeto la accionante al no resultar vinculada laboralmente en razón a su estado de salud, lo que se traduce en un estado de *indefensión* en el cual el peticionario carece de medios físicos y jurídicos de defensa para contestar y oponerse a la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, en cuanto a la inmediatez, el Despacho no encuentra acreditado tal presupuesto, pues desde el momento en el que se configuró el hecho que la accionante considera como vulnerador de sus derechos fundamentales, esto es, la terminación de su contrato de trabajo, hasta la presentación de la acción de tutela, ha transcurrido un lapso que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo. Nótese que la relación laboral terminó el 15 de junio de 2019, esto es, hace más de un año y medio.

Del análisis de este hecho, el Despacho encuentra que existió un extenso periodo de inactividad por parte de la actora para reclamar el reintegro, sin que se haya aportado evidencia alguna que demuestre con suficiencia los motivos por los cuales no acudió antes al recurso de amparo, ni a algún otro mecanismo judicial para la protección de los derechos invocados.

En efecto, de la lectura del escrito de tutela, no se desprende que la accionante hubiese justificado en razones válidas el motivo de su inactividad, pues no identificó circunstancia alguna que le haya impedido sustancialmente iniciar el proceso ordinario laboral o presentar la acción de tutela previamente.

Si bien la señora ASTAIZA NIÑO en el acápite de "*Principio de Inmediatez*" refirió que este requisito no debía contarse desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, sino atendiendo a las múltiples ocasiones en que se ha presentado para vincularse a las demás empresas accionadas, toda vez que todas ellas constituyen un *grupo empresarial* del cual es socia y/o propietaria la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A., lo cierto es que de las pruebas

aportadas por la actora, no es evidente o explícita la existencia de un grupo empresarial o de una unidad de empresa frente a la cual pueda entenderse una extensión en el tiempo de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, atribuible a una misma persona jurídica.

Además, se observa que todas las empresas accionadas al unísono manifestaron ser independientes administrativa y financieramente, y no hacer parte de ningún grupo empresarial en los términos señalados en el líbello tutelar, ni tener acuerdos comerciales para el traslado de trabajadores con EXPRESS DEL FUTURO S.A.

Así las cosas, es evidente que la existencia de un presunto grupo empresarial o de una unidad de empresa, es un tema de controversia en el presente asunto, por lo que para desprender de ello los efectos jurídicos pretendidos por la parte actora se hace necesario en primera medida efectuar una declaratoria judicial en tal sentido, atribución que le está vedada al juez de tutela, pues no está dentro de su marco de acción el sustituir al juez ordinario que por disposición legal tiene asignada la competencia para conocer de tales asuntos.

Bajo ese entendido, es de reiterar que, después de transcurrido más de un año y medio desde la terminación del contrato de trabajo, la accionante no señala ni prueba los motivos por los cuales no acudió en ese interregno a la jurisdicción ordinaria laboral, no solo para reclamar los derechos laborales que consideró vulnerados a la finalización del vínculo laboral, sino también a efectos de que se declarara la unidad de empresa que hoy persigue y respecto de la cual sustenta las pretensiones de la acción de amparo; así como tampoco hace alusión a ninguna circunstancia que le hubiese impedido interponer con anterioridad la acción de tutela buscando la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, descarta la urgencia de la protección solicitada, pues el tiempo durante el cual la accionante asumió sus obligaciones económicas sin los emolumentos cuyo reconocimiento se solicita en la acción de tutela, no permite colegir una situación de apremio que faculte al juez constitucional para analizar el fondo de la controversia planteada. Por el contrario, una situación de urgencia habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración de sus derechos.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de inmediatez.

En todo caso, aun cuando se pasara por alto esa falencia, debe también decirse que la presente acción de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad para que la controversia

surgida entre las partes se ventile por esta especial vía, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene principalmente de la terminación de la relación laboral que vinculaba a la accionante con la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, es decir, se trata de un conflicto económico jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.S.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001: *“La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.”*

No obstante, la actora no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, tras haberse terminado su contrato de trabajo hace más de un año y medio, consideró prioritario acudir a la acción de tutela para obtener de su empleador el reintegro o el traslado laboral; circunstancia frente a la cual debe decirse que, prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral que busque el reconocimiento de los derechos laborales, es idóneo para lograr proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral, contando con mecanismos de recaudo de pruebas, que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en caso que se

comprobara que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un *perjuicio irremediable*.

Sin embargo, en el presente caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital o la seguridad social de la accionante.

En primer lugar, es importante señalar, que la condición de salud no configura *por sí sola* la existencia de un perjuicio que haga imperativo el amparo, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional reseñada en el marco normativo de esta providencia.

Así entonces, si bien la accionante aportó copia de los resultados del examen RM de Columna Lumbosacra practicado el **15 de septiembre de 2019**, donde se concluye que la misma presenta *Discopatía L4-L5 y L5-S1*, así como una *hernia discal protruida foraminal derecha que reemplaza la raíz L4 y una pequeña hernia discal central en L5-S1*, lo cierto es que dichos diagnósticos datan de una fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, ocurrido el **15 de junio de 2019**.

Ahora bien, también fueron aportados por la accionante los resultados de los exámenes médico ocupacionales realizados para ingresar a laborar a las empresas BMO SUR S.A.S., SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. y MASIVO CAPITAL S.A.S., los cuales datan del 15 de abril de 2019, 19 de julio de 2019, y 05 de febrero de 2021, respectivamente.

En el primero de ellos, realizado durante la vigencia de la relación laboral, se observa que únicamente se establecieron como recomendaciones: control optométrico periódico, uso de lubricantes oculares y uso de RX ópticos permanentes, sin que se hiciera mención a que la accionante se encontrara en algún tratamiento médico o tuviera recomendaciones médico – laborales para el ejercicio de sus funciones³¹.

Frente a los otros dos exámenes ocupacionales de pre ingreso, debe decirse que, de los mismos no es dable inferir que la accionante se encontrara en una especial condición de salud al momento de la terminación del contrato de trabajo, toda vez que, no solo fueron practicados con posterioridad al 15 de junio de 2019, sino que de los mismos se desprende que la accionante se encuentra apta para laborar, circunstancia que contradice la presunta estabilidad laboral reforzada alegada.

31 Página 29 del archivo pdf "001.AccionTutela"

En efecto, según la historia clínica ocupacional de preingreso No. 52541998 expedida por COLMÉDICOS LA SALUD DE SU EMPRESA el 19 de julio de 2019³², esto es, un mes después de haber terminado la relación laboral, la accionante no refirió encontrarse en ningún tratamiento actual para ninguna patología; además, se indica que la misma tampoco refirió ningún antecedente patológico ocupacional.

En tal sentido, en el acápite “19. CONCEPTO MÉDICO DE APTITUD OCUPACIONAL”, se señala que la actora “NO PRESENTA RESTRICCIONES” y frente al estudio radiológico de la columna lumbosacra, se indica que se evidencia una alteración leve **que no produce restricciones** y que las estructuras óseas visibles no evidencian patologías de ningún tipo, y se puntualiza: “Las curvaturas de la columna están conservadas. La relación entre las diferentes estructuras evidencia una mínima alteración que NO supera los límites establecidos de acuerdo a criterios de Medicina Basada en la Evidencia, por lo que se considera que **no lo restringe para el trabajo habitual**. No hay signos de espasmo muscular ni de otro tipo de alteraciones asociadas” (Negrillas fuera del texto).

Por su parte, el examen de pre ingreso realizado el 05 de febrero de 2021 por SALUD OCUPACIONAL LOS ANDES en primer lugar, dista considerablemente del momento en que finalizó la relación laboral entre la accionante y EXPRESS DEL FUTURO S.A.; y, en segundo lugar, en el mismo se resalta que no hay patologías de columna³³ y que el examen físico de la misma no arrojó ningún hallazgo³⁴. Además, las recomendaciones que allí se señalan hacen relación únicamente a cuidados optométricos, higiene postural y de columna y realización de pausas activas.

Conforme a lo anterior, resulta evidente que no está acreditado que la accionante al momento de la terminación del vínculo laboral, ni ahora, estuviese o esté en desarrollo de algún tratamiento médico surgido con ocasión de las patologías descritas líneas atrás, ni que tuviera prescripciones o recomendaciones médicas que debieran ser observadas por su ex empleador al momento de finiquitarse el contrato de trabajo, debiendo destacar en este punto que, incluso es aceptado por la accionante en el hecho vigésimo segundo del escrito tutelar que a la fecha no cuenta con un dictamen médico que le impida desempeñarse laboralmente.

Adicionalmente, es de advertir que ni en los hechos de la acción de tutela, ni dentro de las pruebas aportadas por la accionante, se evidencia que le hayan sido prescritas incapacidades durante el desarrollo del contrato de trabajo, ni con posterioridad, menos aún que al día de hoy se encuentre incapacitada, o con alguna recomendación laboral que continúe vigente.

32 Páginas 35 y 36 del archivo pdf “001.AccionTutela”

33 Página 45 del archivo pdf “001.AccionTutela”

34 Página 46 ibídem

Por otro lado, en el hecho vigésimo tercero de la acción de tutela la accionante aduce: “*soy madre cabeza de familia, con dos hijos, uno menor de 16 años y mi hija de 24 años, quienes dependen de mí, pues mi hija se encuentra cursando sus estudios superiores (...) no cuento con otro medio de ingreso del cual derivar mi sustento y el de mi familia, que desde mi desvinculación, mi familia y yo hemos he debido sobrevivir con la solidaridad de familiares y amigos*”; no obstante, no fue aportada prueba que respalde tales afirmaciones o permita verificar de alguna manera su veracidad.

Fuera de tales manifestaciones, no se adujo otra consecuencia derivada de la terminación del contrato de trabajo, así como tampoco se aportó prueba -siquiera sumaria- que permita entrever la afectación al Mínimo Vital y, en consecuencia, el peligro inminente de la Dignidad Humana de la accionante o de su familia; de manera que no se encuentran razones suficientes que permitan establecer el perjuicio irremediable alegado por la accionante, a efectos de resultar necesaria y urgente la intervención del juez constitucional.

Ahora bien, si en gracia de discusión se analizara la jurisprudencia constitucional que considera que, en tratándose de casos en los que se discute la salvaguarda del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada el juez de tutela debe dilucidar si la desvinculación laboral estuvo o no precedida de una motivación distinta a la condición médica del trabajador, lo cierto es que en ninguna de las pruebas arrimadas al plenario se sugiere la existencia de un acto de discriminación en contra de la accionante.

Se observa que en el escrito de contestación allegado por **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, la sociedad manifiesta que la terminación del contrato de trabajo se dio por una causa legal y objetiva consistente en la terminación, a su vez, del Contrato de Concesión de fecha 19 de abril de 2000 suscrito con la empresa **TRANSMILENO S.A.**; ello como quiera que desde el 25 de mayo de 2015 el contrato de trabajo de la accionante quedó supeditado a la duración de la labor de Operador de Bus Articulado por el término de duración de dicha concesión, la cual finalizó el día 15 de junio de 2019.

Así las cosas, de las documentales aportadas por la pasiva, observa el Despacho que, en efecto, la carta de terminación del contrato de trabajo fechada del 14 de junio de 2019 refiere que el mismo finalizaría el día 15 del mismo mes y año en atención a la terminación del Contrato de Concesión de fecha 19 de abril de 2000³⁵.

35 Página 44 del archivo pdf “020.ContestacionExpress”

A su turno, en las páginas 53 a 54 de la contestación de **EXPRESS DEL FUTURO S.A.**, fue allegada certificación suscrita por la Subgerente Jurídica de la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá, en la que se indica que el Contrato de Concesión suscrito entre aquella y **TRANSMILENIO S.A.**, cuyo objeto era la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros, finalizaría el 15 de junio de 2019; adjuntándose, además, el acta de reversión y devolución de los bienes que formaban parte de dicho Contrato en cumplimiento de la cláusula 14 que preveía dicho trámite a la finalización del término de la concesión.

Y en la página 13 del mismo archivo se avizora la cláusula adicional al contrato de trabajo, fechada del 25 de mayo de 2015 en la que la accionante y la empresa accionada suscribieron bajo "*absoluta conformidad*" la modificación de la modalidad contractual del contrato de trabajo pactado el 04 de julio de 2012.

Conforme lo anterior, observa el Despacho, que en las pruebas no obra ninguna que permita inferir que la finalización de la relación laboral se haya dado con ocasión o en desconocimiento del presunto estado de salud en el que, aduce la actora, se encontraba para ese momento.

Nótese que en su contestación **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** manifestó desconocer la historia clínica de la trabajadora y las patologías por ella descritas, sin que dentro del plenario obre prueba en un sentido diferente, debiéndose reiterar que, las copias de exámenes médicos aportados por la actora evidencian que los mismos fueron posteriores a la terminación del vínculo laboral, luego es claro que el empleador para ese momento no tenía conocimiento de las circunstancias que la accionante alude en su escrito de tutela y, en tal sentido, no puede exigirse de aquél un actuar distinto frente a circunstancias que desconocía y que tampoco se encuentran acreditadas en el presente trámite.

En ese entendido, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto la accionante se encuentre imposibilitada para acudir al proceso ordinario laboral y esperar las resultas del mismo, por cuanto al analizar sus condiciones particulares, tal como quedó establecido en antelación, el Despacho encuentra que *(i) no pertenece a un grupo de especial protección constitucional, (ii) no se halla en una situación de riesgo y (iii) no carece de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria.*

Ello como quiera que no obra prueba dentro del plenario que demuestre una disminución física sustancial en la accionante que le impida desarrollar una actividad laboral, o que se encuentre en una situación de inminente riesgo que demande de su protección por la vía residual de la acción de tutela, sin que pueda esperar a las resultas de una decisión por parte

del juez natural dentro del proceso ordinario laboral, quien es el llamado a calificar la variación de la modalidad contractual, así como determinar si el despido fue injusto y/o ilegal, y ordenar un eventual reintegro.

En igual sentido, tal como se expuso al inicio de estas consideraciones, será el juez ordinario laboral quien deba determinar si hay lugar o no a ordenar a **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** un eventual traslado de la accionante a alguna otra empresa en virtud de la declaratoria de unidad de empresa o de cualquier otra figura jurídica que así lo permita.

En conclusión, en el presente asunto:

- (i) Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) que aún no ha sido agotada por la accionante para el reconocimiento de las pretensiones invocadas;
- (ii) No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga al peticionario en situación de indefensión, de manera que amerite la intervención del juez constitucional.
- (iii) No quedó desvirtuada la idoneidad del mecanismo ordinario de defensa judicial, siendo que el mismo ofrece todas las garantías para la protección de los derechos de la actora.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela también es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión encaminada a ordenar a las restantes sociedades demandadas que, en el evento que la accionante se presente a nuevos procesos de selección, los mismos se realicen dentro de parámetros éticos, morales, igualitarios, equitativos y justos, sustentando por escrito las razones y decisiones que respecto de los mismos se adopten, es de advertir que esta es una petición basada en hechos futuros e inciertos, frente a los cuales la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer la improcedencia de la acción de amparo.

En la sentencia T-424 de 2011 la Corte Constitucional recalcó que la acción de tutela no fue instituida para precaver futuros, eventuales o inciertos riesgos de violación de los derechos fundamentales, sino con el fin de impedir que estos se vulneren o que se continúen vulnerando, lo que supone la existencia de una violación en curso, actual y concreta que sea inminente.

Concordante con lo anterior, en la sentencia T-652 de 2012 se estableció que si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el

amparo solicitado; es decir, es necesario que la amenaza sea contundente, cierta, ostensible, inminente y clara para que la protección judicial de forma preventiva evite la realización de un daño futuro.

Bajo ese entendido, encuentra el Despacho que la parte actora fundamenta esta petición en el hecho de la presunta discriminación de que ha sido objeto por las empresas accionadas en los procesos de selección en los que se ha presentado, al ser rechazada, según su dicho, tras evidenciarse su estado de salud. Sin embargo, revisadas las diligencias, no se encuentra, como ha quedado ampliamente establecido en antelación, que la señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO** presente una condición de salud tal que le impida o dificulte sustancialmente desempeñar funciones en condiciones regulares.

Recuérdese que en las copias de los exámenes médicos aportados por la accionante nada se indica frente a su eventual imposibilidad de desempeñarse laboralmente, así como tampoco se establece la necesidad de la misma de contar con recomendaciones médicas ocupacionales para el ejercicio de labores. Más aún, en los mismos no indican siquiera las patologías de que adolece la actora, luego entonces no es dable señalar que el rechazo de los procesos de selección obedezca a alguna condición de salud en su persona.

Adicionalmente, de los hechos expuestos por las accionadas, así como de las pruebas aportadas por estas, no es dable inferir que hayan actuado de manera discriminatoria en contra de la actora al haber terminado el proceso de selección sin haberla contratado. *Contrario sensu*, afirmaron contar con procesos de selección objetivos e imparciales, en los cuales se miden las competencias y aptitudes de los aspirantes en relación con el cargo ofertado, donde resultan escogidos aquellos quienes presenten los mejores resultados.

En efecto, frente al caso particular de la accionante, la accionada **BMO SUR S.A.S.** señaló que desconoce los resultados de los exámenes médicos realizados en abril de 2019 por parte de GOMEZ ASOCIADOS SALUD OCUPACIONAL S.A.S., toda vez que dicha información pertenece a la actora y cuenta con reserva legal; y en tal sentido, el motivo por el cual fue rechazada radica en que no pasó la totalidad del proceso de selección.

La empresa **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A** refirió que dentro del proceso de selección se realiza una entrevista y una charla a los participantes, que para el caso de la accionante se realizó el 10 de julio de 2019, pero al no aprobar los requisitos del cargo correspondientes, no fue posible continuar con las demás etapas del proceso de selección, siendo que, en todo caso, desconoce la situación de salud de la actora, pues la historia clínica no le fue solicitada al momento de presentarse a la vacante.

La sociedad **SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.** informó que no reposa en sus archivos información alguna relativa a que la accionante se haya postulado a algún proceso de selección, adjuntando para tal efecto un Certificado suscrito por la Profesional de Selección y Capacitación de la empresa en ese sentido.

Por su parte, la **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.** manifestó que la accionante participó en un proceso de selección, pero resultó no apta para el cargo, tras realizarse las pruebas psicotécnica y técnica, aportando el formato *Entrevista para selección de personal*³⁶ de la accionante, en el cual se determina como concepto final “NO APTA”, teniendo en cuenta las competencias evaluadas para el cargo de Operador, sin que se haya hecho alusión alguna a la presunta condición de salud alegada por la accionante.

De otro lado, la empresa **GRAN AMÉRICAS FONTIBÓN 1 S.A.S.** sostuvo que, si bien se remitió un link al correo electrónico de la accionante para que esta se postulara, lo cierto es que esa no es una circunstancia que *per se* implique que debía efectuarse una aceptación del postulante. Argumento compartido por la accionada **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.**, quien manifestó que el hecho de que la actora se hubiese presentado en un proceso de selección no genera la obligación para la empresa de tener que contratarla.

MASIVO CAPITAL S.A.S. refirió haber adelantado el proceso de selección conforme al procedimiento interno de talento humano LTH-04, sin que la actora hubiese superado el mismo, advirtiendo que no existe disposición alguna que obligue a motivar la decisión de rechazar a un participante.

La empresa **SI 18 S.A.S** manifestó que la accionante participó en el proceso de selección para el cargo Operador de Bus Articulado, pero no alcanzó el nivel requerido contemplado en dicho proceso, haciendo énfasis en que la accionante no alcanzó siquiera a ser evaluada en los exámenes médicos ocupacionales, por no haber aprobado los pasos previos del proceso de selección.

Frente al anterior contexto, es importante traer a colación los fundamentos jurídicos reseñados en el marco normativo de esta providencia, según los cuales, en el ámbito de las relaciones privadas de carácter laboral, en virtud del principio de la autonomía privada y la libertad de empresa, las empresas privadas tienen la posibilidad de reglamentar sus procesos internos de selección de personal, y en el ejercicio de ellos, valorar y cotejar la información que aportan los postulantes sobre su desempeño profesional, a efectos de analizar su

36 Páginas 25 a 27 del archivo pdf “009.ContestacionConcesionaria”

idoneidad de cara al cargo ofrecido, debiendo observar en todo caso los principios constitucionales que garanticen, entre otros, la igualdad en el acceso al empleo.

En el sub examine, se tiene que las empresas accionadas expusieron las razones por las cuales la accionante no resultó escogida para las vacantes ofertadas, evidenciándose que, sin tener la obligación de motivar las decisiones adoptadas dentro de los procesos de selección, tales argumentos resultan proporcionales y objetivos, pues los mismos se fundamentan, en general, en que la señora **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO** no superó la totalidad de etapas establecidas, más no en una condición de salud u otra circunstancia que implique una determinación meramente subjetiva y discriminatoria en su contra.

En consecuencia, es dable concluir que la pretensión invocada por la accionante es una orden a futuro sobre la cual no existe una razón objetivada y claramente establecida que permita inferir una amenaza cierta e inminente a sus derechos fundamentales por parte de las empresas accionadas, pues según se expuso, de las actuaciones desplegadas por las mismas no se avizora ninguna conducta discriminatoria; de manera que, sostener lo contrario, implicaría presumir la mala fe de las accionadas, sin que exista prueba que permita inferir tal situación.

Así las cosas, habrá de negarse por improcedente el amparo invocado en relación con las empresas **BMO SUR S.A.S., CONSORCIO EXPRESS S.A.S., SI18 S.A.S., ETIB S.A.S., MASIVO CAPITAL S.A.S., SOMOS U S.A.S., SOMOS K S.A., GRAN AMÉRICAS USME S.A.S., GRAN AMÉRICAS FONTIBON 1 S.A.S. y ESTE ES MI BUS S.A.S.**

Por último, como quiera que, de los hechos y pretensiones de la acción de tutela, así como de las pruebas obrantes en el plenario, no se avizora ninguna acción u omisión por parte de la empresa **TRANSMILENIO S.A.**, de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** y del **MINISTERIO DEL TRABAJO**, que amenacen o vulneren los derechos fundamentales de la accionante, habrán de desvincularse del presente trámite constitucional.

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: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **LEYVY JOHANA ASTAIZA NIÑO** en contra de las empresas **EXPRESS DEL FUTURO S.A., BOGOTÁ MÓVIL OPERACIÓN SUR S.A.S. – BMO SUR S.A.S., CONSORCIO EXPRESS S.A.S., SISTEMA INTEGRADO DE**

OPERACIÓN DE TRANSPORTE SI18 S.A.S. - SI18 S.A.S., EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTA S.A.S. - ETIB S.A.S., MASIVO CAPITAL S.A.S., SOMOS BOGOTA USME S.A.S. - SOMOS U S.A.S., SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. - SOMOS K S.A., GRAN AMÉRICAS USME S.A.S., GRAN AMÉRICAS FONTIBON 1 S.A.S. y ESTE ES MI BUS S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la empresa **TRANSMILENIO S.A.**, a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** y al **MINISTERIO DEL TRABAJO**.

TERCERO: 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

CUARTO: 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