



RADICADO	08296-40-89-001-2021-00015-01 ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)
DEMANDANTE	CAROLINA ISABEL DE LAS SALAS BARRIOS
DEMANDADO	JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. – ARA GALAPA
DERECHO INVOCADO	TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS
DECISION	REVOCAR

Barranquilla, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Se procede a resolver, respecto de la impugnación de tutela, presentada por la accionada, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Galapa Atlántico, el día diez (10) de febrero del presente año.

ANTECEDENTES

- Manifiesta la accionante que venia laborando con la empresa JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. - ARA GALAPA como OPERADOR DE TIENDA, la fecha de ingreso fue el 13 de septiembre de 2016 y fecha de salida fue el 12 de septiembre del 2020.
- Que el día 13 de diciembre del 2019, tuvo UN ACCIDENTE LABORAL estando arriba de una estiba de arroz buscando un producto, puesto que en ese momento se encontraban realizando inventario de la tienda.
- Que fue trasladada a la clínica de fracturas en donde empezó tratamiento debido a su lesión, que consistió en unas terapias de recuperación, las cuales no causaron el efecto esperado, por lo cual le ordenaron una resonancia para ver la lesión más profunda.
- Que los resultados de la resonancia arrojaron FRACTURA DEL HUESO SEMI LUNAR, para lo cual fue necesario otras terapias las cuales en vez de resolver el problema de la muñeca lo empeoraron (a pesar de su lesión continuaba sus labores normales en la empresa empeorando su condición).
- Que el médico tratante al ver que las terapias no dieron el resultado de recuperación esperado y su condición empeoraba, la incapacita, pues presentaba un dolor insoportable para continuar con sus obligaciones contractuales.
- Que la clínica de fracturas la remite al cirujano de mano, para que se le practique un análisis más profundo de su lesión, por lo cual se le inician nuevos estudios, que consistieron en unos exámenes físicos y los estudios de los resultados de la resonancia que le habían realizado.

- Que el cirujano diagnosticó UNA TENDINITIS ESGUINCE GRADO III, el cual fue tratada con un BRACE DE MUÑECA, CON PULGAR INCLUIDO.
- Que mientras seguía el tratamiento, y vencida su incapacidad, se reincorpora a sus labores, infectándose de COVID-19, por lo cual tuvo que interrumpir su tratamiento.
- Que ya superado el COVID-19, se reincorpora a sus labores y A PESAR DE LAS RESTRICCIONES MÉDICAS QUE HABIA ORDENADO EL MEDICO TRATANTE frente a sus actividades laborales (alzar pesos, realizar movimientos reiterativos entre otras con la muñeca lesionada) DENTRO DE LA TIENDA, LA EMPRESA NO LAS TUVO EN CUENTA, empeorando así su condición de salud.
- Que se encontraba cumpliendo con sus labores contractuales a cabalidad a pesar de su lesión y en pleno tratamiento de su lesión a causa del Accidente Laboral, la Empresa JERONIMO MARTINS, LE COMUNICA LA NO RENOVACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, violando LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y el Principio de Solidaridad por las condiciones de salud en las que se encontraba y que en su condición de salud y en medio de un tratamiento, ninguna empresa al ordenarle los exámenes de ingreso, la van a contratar.
- Que continuando con sus terapias, pero ya fuera de la empresa, la ARL le asigna un nuevo especialista, el cual determina que tuvo un mal diagnóstico, realizándole un nuevo procedimiento para encontrar la verdadera gravedad de la lesión, el cual fue LESION DE FIBROCARILAGO TRIANGUAR, dicha lesión necesitó de una intervención quirúrgica que consistió en UNA SINOVECTOMIA TOTAL DE MUÑECA POR ARTROCOPIA, SUTURA ARTROSCOPIADE DE FIBRO CARTILAGO TRIANGULAR Y LIGAMENTOGRFIA.
- Que luego de la cirugía, comprueba el Cirujano que la lesión es, FRACTURA DEL CARTILAGO IZQUIERDO Y ROTURA DEL LIGAMENTO, para lo cual, le ordena unas fisioterapias de recuperación, en medio de estas fisioterapias se evidencian limitaciones en su mano y muñeca derecha “mano dominante.
- Que la empresa JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S.- Ara Galapa, vulnera sus derechos, porque la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL el cual ya ha sido debidamente sustentado por la Corte Constitucional.
- Que no se explica por qué le exigían seguir desempeñando sus labores, conociendo sus limitaciones laborales y las recomendaciones hechas por el médico tratante, por lo que le solicito a la empresa, la copia del Examen de egreso, esta solicitud tiene fecha de 9/11/2020. La finalidad de esta solicitud, era saber si la empresa conocía de la condición física, dicha solicitud fue NEGADA por la Empresa, argumentando que son de carácter reservado y confidencial de la historia clínica ocupacional y ellos no lo tenían en custodia.
- Que jamás tuvo en su poder el contrato de trabajo, solo lo obtuvo en la solicitud ya relacionada arriba y no como lo argumentan en la respuesta de la empresa “al momento de ingresar a la compañía, se le hizo entrega de una copia de su contrato de trabajo”.

- Que la Empresa JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS- Ara Galapa, NO TUVO EN CUENTA, no solo el tratamiento por el cual estaba siendo sometida dado su ACCIDENTE LABORAL, sino que también obvió el examen de EGRESO realizado por SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL S.A.S. de fecha 14/10/20.
- Finalmente, indica que el hecho de la terminación del contrato y no renovado, en las condiciones físicas presentadas a causa de su accidente Laboral y con el agravante de estar atravesando por una pandemia Mundial a causa del COVID-19 de la cual nuestro país no escapa, la pone en una total indefensión, aún más teniendo en cuenta su condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA, la cual goza de una especial protección por nuestra Constitución Política, de ella depende económicamente su compañera INGRID OYOLA MARTINEZ y su madre MARLYS SALAS GUTIERREZ.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS- ARA GALAPA

La entidad accionada, al contestar la presente acción, manifestó que la señora De Las Salas se encontraba vinculada a través de contrato laboral a término fijo inferior a un año con Jerónimo Martins Colombia S.A.S, celebrado el pasado 13 de septiembre de 2016 por un periodo de seis (6) meses. Que el 11 de agosto de 2020, la Compañía notificó la no prórroga de su contrato de trabajo, cumpliendo con el mínimo de 30 días de antelación que exige la normatividad vigente.

Que el 12 de septiembre de 2020, culminó el contrato de trabajo con ocasión a la expiración o la culminación del plazo fijo pactado, para lo cual no existe mandato legal que obligue al empleador a solicitar autorización alguna para el cumplimiento de dicho término contractual.

Que el 13 de diciembre de 2019, la actora sufrió un accidente de trabajo menor, el cual fue debidamente reportado entre la Aseguradora de Riesgos Laborales Seguros Bolívar, así:

- Se encontraba encima de una estiba de arroz realizando un conteo y que al momento de bajarse se le enredo la bota con el vinipel, generándole una caída que le ocasiona un golpe en su mano derecha, se le presta los primeros auxilios y se realiza traslado a un centro asistencial por parte del área protegida.
- Fue un evento menor, al punto que no implicó la emisión de restricciones médicas y mucho menos originó una pérdida de capacidad laboral o secuela alguna para la accionante.
- Cualquier prestación asistencial derivada de la ocurrencia de este tipo de siniestros, se encuentra a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales, independientemente de que ya no exista vínculo laboral vigente.

Que NO se cumple con los presupuestos estipulados en la jurisprudencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, pues esta se extiende a las personas que presenten una condición en su salud que “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” y reiteramos que la accionante al momento de la terminación de su contrato, no presenta limitaciones ni restricciones de tal naturaleza.

Que según la información reportada por la IPS Salud Ocupacional, al momento de terminar el vínculo laboral que existió, la accionante se encontraba en condición normal de salud. Lo anterior

tal y como se comprueba en el concepto FAVORABLE del amén médico ocupacional de egreso, emitido por la IPS Servicios de Salud Ocupacional S.A.S..

Que la actora NO aporta prueba siquiera sumaria que demuestre que las obligaciones de apoyo, cuidado y manutención de sus hijos, sean efectivamente asumidas y cumplidas por única y exclusivamente por ésta, por el contrario, se itera que, la actora pareciera que en la actualidad cuenta con ingresos suficientes que le permiten realizar aportes al Sistema de Seguridad Social, y registrar como “cotizante activo” en el ADRES Fosyga.

Por lo que solicitó DENEGAR todas las pretensiones de la acción de tutela porque la actora no logró demostrar un estado de debilidad manifiesta vigente a la terminación de su contrato de trabajo con Jerónimo Martins, y que este hubiere terminado con ocasión a dicho estado, y no lo demostró porque no existe, que no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la presente acción de tutela y que dispone de otro medio de defensa judicial definitivo para ventilar sus pretensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 10 de febrero del presente año, el Juzgado Promiscuo Municipal de Galapa Atlántico, decidió TUTELAR TRANSITORIAMENTE, los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital del núcleo familiar y principio de solidaridad, invocados por la Accionante CAROLINA ISABEL DE LAS SALAS BARRIOS, a través de su apoderado, Doctor JAVIER ANTONIO GONZALEZ CANTILLO, contra JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. – ARA GALAPA y ARL COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

Fundamentó su decisión en que respecto a que la accionante demostrara que la desvinculación laboral se dio por causa de su estado de salud, aún cuando no existe prueba de ello, pues no hay evidencia de incapacidad alguna al momento del despido, tampoco existe prueba de que la entidad contratante haya tomado la mínima precaución de verificar que, el padecimiento de la accionante, producto del accidente de trabajo, haya sido superado completamente. Si bien es sabido que, las administradoras de riesgos laborales son las responsables por el manejo de los padecimientos del trabajador cuanto tienen origen laboral, también existe una responsabilidad del empleador para que el afectado pueda superar el accidente acaecido; para ello debe estar presto a que el trabajador disfrute del periodo de incapacidad necesario, como también de las recomendaciones y restricciones dadas por los médicos tratantes, durante el periodo de recuperación.

Concluyó el Juez de primera instancia, la obligación que tiene el Estado, a través de la jurisdicción constitucional, de garantizarle una seguridad transitoria a la accionante, que le permita vivir de manera digna, ya que el manejo dado a la situación de la accionante con relación a su accidente; le llamó la atención, por una parte, una administradora de riesgos laborales con el manejo del accidente con un diagnostico errado y, por otra, un empleador negligente en cuanto a las recomendaciones para la recuperación de la trabajadora. Por lo que, se haya frente a una persona, que no tiene formalmente una incapacidad, que logre la protección de sus derechos laborales; pero la situación real es tozuda al informarnos que ella no tiene, al menos en estos momentos, capacidad física para solicitar empleo y que tal solicitud sea admitida.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el accionado, impugnó tal decisión.

Arguye que la accionante no posee el estatus alegado y que conforme al material probatorio allegado al plenario, no puede hablarse de discriminación, dado que no fue despedida, toda vez que la relación laboral terminó por una causal legal como es la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo fijo pactado, con fundamento en el literal c) del artículo 61 del C.S.T. y la compañía notificó la no prorroga del mismo, cumpliendo con el mínimo de 30 días de antelación que exige la normatividad vigente. Y que el fallo de primera instancia resulta contradictorio, puesto que de una parte señala que no se encuentra acreditada la condición invocada, pero termina tutelando transitoriamente los derechos invocados alegando una presunta negligencia del empleador.

CONSIDERACIONES

NATURALEZA DE LA ACCION DE TUTELA.

La Constitución Nacional no solo consagró en forma expresa un conjunto de derechos considerados fundamentales, sino que, además, instituyó un mecanismo especial para proteger jurídicamente tales derechos. Dicho mecanismo es el de la ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Carta Magna establece la tutela como un instrumento jurídico de protección general a disposición de toda persona contra la violación o amenaza de sus derechos fundamentales, mediante las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública.

Por eso, la medida no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la posibilidad de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el competente, y en todo caso lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA NO SE CIRCUNSCRIBE A QUIENES HAN SIDO CALIFICADOS CON PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL MODERADA, SEVERA O PROFUNDA –REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA¹.

Sea lo primero señalar que según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo. Si no se cumple este requisito, las personas desvinculadas tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

¹ Sentencia SU-049 de 2017. Corte Constitucional. M.P. María Victoria Calle Correa

La anterior disposición fue objeto de control en la sentencia C-531 de 2000, en la cual la Corte Constitucional sostuvo que contemplar solo una indemnización de ciento ochenta días para remediar la discriminación de una persona en situación de discapacidad resulta insuficiente a la luz de los estándares constitucionales. Por ese motivo, resolvió que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 era exequible pero con la condición de que se entendiera que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Al respecto, lo establece la Sentencia **SU-049-17**, cuando sostiene

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares. Al tomar la jurisprudencia desde el año 2015 se puede observar que todas las Salas de Revisión de la Corte, sin excepción, han seguido esta postura, como se aprecia por ejemplo en las sentencias [T-405 de 2015](#) (Sala Primera), [\[52\] T-141 de 2016](#) (Sala Tercera), [\[53\] T-351 de 2015](#) (Sala Cuarta), [\[54\] T-106 de 2015](#) (Sala Quinta), [\[55\] T-691 de 2015](#) (Sala Sexta), [\[56\] T-057 de 2016](#) (Sala Séptima), [\[57\] T-251 de 2016](#) (Sala Octava) [\[58\] y T-594 de 2015](#) (Sala Novena). [\[59\]](#) Entre las cuales ha de destacarse la sentencia T-597 de 2014, en la cual la Corte concedió la tutela, revocando un fallo de la justicia ordinaria que negaba a una persona la pretensión de estabilidad reforzada porque no tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Por su parte, nuestro máximo órgano de cierre de jurisdicción - la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia **SL1360-18**, puntualizó:

“Así las cosas, para esta Corporación:

- (a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias**, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*

- (b) *A pesar de lo anterior, **si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas**, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
- (c) ***La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio.** En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”*

En estos casos, se hace necesario desvirtuar por parte del empleador demandado que la causal para desvincular a su trabajador fuera precisamente su afectación de salud, pues no cabe duda de que esta preceptiva legal (Ley 361 de 1997) prohíbe la terminación del contrato de trabajo motivada única y exclusivamente en la limitación física, sensorial o mental del trabajador, es decir, que ésta haya sido el móvil, único y exclusivo, que guió la voluntad del empleador de despedir a su empleado.

Para expresarlo con otras palabras: ninguna consecuencia desfavorable –en cuanto toca con las preceptivas del artículo 26 de la Ley 361 de 1997- puede derivarse para el empleador que decide terminar la relación de trabajo apoyado en una causa extraña, por completo, a la limitación de su trabajador, o que no exista una nexo causal entre uno y otro evento, esto es, que no haya obedecido a un trato discriminatorio.

DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente.

Este derecho ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia SU-995/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz, como

“la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como 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

² Sentencia SU-995/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

El derecho al mínimo vital se evalúa a partir de una dimensión cualitativa y no cuantitativa, de manera que su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada trabajador y el nivel de vida adquirido por éste. El concepto de un mínimo de condiciones de vida, Alimentación, educación, salud, vestido y recreación -, entonces, “no va ligado sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer 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”.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte en Sentencia T-891/13,

Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, 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 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”. Es decir, la garantía mínima de vida.

Estas garantías de los trabajadores, han sido reforzadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de los Convenios 26 de 1928 y 99 de 1948, además de la recomendación N° 89 de la misma organización. Aquellas disposiciones propugnan por un salario mínimo que asegure al trabajador un nivel de vida adecuado. Esas promesas se garantizan no solo mediante el aumento anual del salario, sino también con garantías de protección sobre el ingreso mensual, que eviten perjuicios a derechos como el mínimo vital.

DE LA SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”³. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto.

³ Sentencia T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-580 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad⁴:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto⁵. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”⁶.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva⁷.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha señalado de manera general que, en virtud del principio de subsidiariedad, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de: (i) las

⁴ Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Sobre el particular, la Corte ha establecido que “el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”. Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁶ Sentencias: T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras. Al respecto la Corte ha determinado que dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo”.

⁷ De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos. Sentencias T-401 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-163 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-136 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud; y (ii) los procesos laborales ordinarios.

En consecuencia, es necesario analizar la idoneidad y eficacia de estos mecanismos jurisdiccionales con el propósito de establecer si el peticionario puede acudir a ellos —aspecto que implicaría la improcedencia de la acción de tutela— o si, por el contrario, el actor no se encuentra en condiciones de agotar dichos medios judiciales —con lo cual el amparo constitucional sería la vía adecuada para resolver las pretensiones del tutelante—.

CASO CONCRETO

Deberá esta falladora determinar si lo decidido por el fallador de primer grado dentro de la presente acción de tutela, resulta acertado o si hay lugar a la revocatoria, modificación o adición de lo decidido.

Conviene precisar, que no es punto de discusión en la presente acción constitucional que entre la accionante señora CAROLINA ISABEL DE LAS SALAS BARRIOS, a través de apoderado y la accionada JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. – ARA GALAPA, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo a 6 meses, cuyo extremo inicial fue el día 13 de septiembre de 2016 y extremo final el día 12 de septiembre del año 2020 durante la cual la actora se desempeñó como operador de tienda, devengando un salario inicial de \$ 818.000.

En lo que respecta a esta acción tutelar, tenemos que mientras la accionante sostiene que al momento de la terminación del vínculo contractual, se encontraba en estado de **protección ocupacional reforzada** en razón de un accidente de trabajo acaecido el día 13 de diciembre de 2019 y que la empresa accionada debía solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para finiquitar el contrato de trabajo y no lo hizo; la empresa accionada e impugnante, manifiesta que la accionante no posee el estatus alegado y que conforme al material probatorio allegado al plenario, no puede hablarse de discriminación, dado que no fue despedida, toda vez que la relación laboral terminó por una causal legal como es la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo fijo pactado, con fundamento en el literal c) del artículo 61 del C.S.T. y la compañía notificó la no prórroga del mismo, cumpliendo con el mínimo de 30 días de antelación que exige la normatividad vigente.

Señala la accionada que respecto al accidente de trabajo ocurrido el 13 de diciembre de 2019, la actora ha recibido todas las prestaciones asistenciales que le correspondían en virtud del mismo y las seguirá recibiendo en la medida que se requiera y que según la información reportada por la IPS Salud Ocupacional, al momento de terminar el vínculo laboral que existió, la accionante se encontraba en condición normal de salud. Lo anterior tal y como se comprueba en el concepto FAVORABLE del amén médico ocupacional de egreso, emitido por la IPS Servicios de Salud Ocupacional S.A.S

También aduce el impugnante que la trabajadora NO era sujeto de protección especial en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que NO demostró que tuviera algún fuero o protección especial.

Por otro lado, manifiesta el impugnante que las incapacidades presentadas, con posterioridad a la notificación de la no renovación de contrato, son por tiempos menores, y por diagnósticos de

origen común de baja complejidad, sin confirmación clínica o paraclínica y que el hecho que la actora presente incapacidades menores previa a la terminación de su contrato de trabajo NO implica que la misma contaba con una estabilidad laboral reforzada, pues ello sería prácticamente obligarlo a solicitar permiso ante el Ministerio de Trabajo para terminar cualquier contrato de trabajo. Es solamente en aquellos casos en los que la patología afecte de tal forma la salud del trabajador, que la protección resulta procedente y aplicable.

Reiterando que las incapacidades de la señora SALAS únicamente por el tiempo en que presentó Covid-19, corresponden a incapacidades menores sin complicaciones, que no han ameritado hospitalizaciones o intervenciones de emergencia, manejadas de manera ambulatoria y con incapacidades menores.

El juez de primera instancia encontró transgredidos los derechos fundamentales de la accionante al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital del núcleo familiar y principio de solidaridad, disponiendo la ineficacia de la desvinculación laboral de la tutelante y ordenando su reintegro a la accionada JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. – ARA GALAPA, luego de colegir del material probatorio allegado al plenario, sin desconocer que la accionante padece alguna patología, que no permite concluir que se trate de un sujeto de especial protección, pero no quiere ello decir que no merezca una especial atención, pues aun cuando su diagnóstico no constituya una discapacidad, formalmente hablando, la realidad es que si se encuentra imposibilitada para laborar. Ahora bien, no quiere ello significar que la accionante deba ser tratada como una persona discapacitada, pero si debe tenerse en cuenta que, mientras no supere el estado que en estos momentos no permite decir que es cien por ciento apta para laborar y realizar labores básicas, debe ser considerada con tratamiento especial.

De cara a lo expuesto por las partes en la demanda e informes rendidos por éstas, habiéndose efectuado un estudio minucioso del material probatorio allegado al plenario, al igual que de las normas y jurisprudencia vigente, encuentra esta operadora judicial que el caso de marras no puede ser analizado o ventilarse a través de este trámite constitucional, habida cuenta que los únicos puntos respecto de los cuales se encuentran de acuerdo las partes son los atinentes al tipo de contrato de trabajo suscrito, los extremos de la relación laboral, el cargo para el cual fue contratado la actora y el salario devengado por ésta, negando la pasiva que la accionante cumple con los presupuestos estipulados en la jurisprudencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, pues esta se extiende a las personas que presenten una condición en su salud que “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” y reiterando que la accionante al momento de la terminación de su contrato, no presentaba limitaciones ni restricciones de tal naturaleza.

Es importante precisar que, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de tiempo atrás de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en aquellas ocasiones en las cuales las pretensiones del accionante giran en torno a controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela no resulta ser, en principio, el mecanismo idóneo para debatirlas, pues *«el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual»* (CC T-663/11, reiterado en CC T-041/14 y CSJ STC10954-2015, STC13889-2016 y STC693-2017).

Ahora bien, dicha Corporación mediante la sentencia CSJ STL1764-2017, trajo a colación lo expuesto en la sentencia CC T-141/2016, a través de la cual, la Corte Constitucional precisó tres requisitos para la procedencia del amparo constitucional de carácter transitorio, indicándose:

- a) Que el petionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta.
- a) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación.
- b) Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

Sin embargo, en el presente caso, de las pruebas obrantes en el expediente, lo único que se evidencia es que la accionante acredita haber sufrido un accidente laboral, el día **13 de diciembre de 2019**, el cual le ocasionó una **FRACTURA DEL CARTILAGO IZQUIERDO Y ROTURA DEL LIGAMENTO**, realizándosele una cirugía, generándose incapacidades, a su vez que fue víctima del COVID 19, que también le generó incapacidad médica.

Por otra parte, y de acuerdo a lo aducido por la accionada, según la información reportada por la IPS Salud Ocupacional, al momento de terminar el vínculo laboral que existió, la accionante se encontraba en condición normal de salud. Lo anterior tal y como se comprueba en el concepto FAVORABLE del amén médico ocupacional de egreso, emitido por la IPS Servicios de Salud Ocupacional S.A.S

Por último, es claro, que en este caso, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo a 6 meses, el día **13 de septiembre de 2016** y que la empresa alegó para la terminación del vínculo "*la cláusula segunda del contrato, que estipuló que la fecha de expiración del mismo, era el **12 de septiembre de 2020***", esto es, invoca una causal objetiva consagrada en nuestra ley laboral, lo cual al ser controvertido por la accionante, deberá, tal como se señaló, ventilarse al interior de un proceso ordinario laboral con las formas propias de este juicio, sus etapas procesales y probatorias, por lo que esta acción constitucional resultar ser improcedente ante la existencia de un mecanismo idóneo.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, máximo órgano de cierre de jurisdicción, en sentencia reciente del 24 de febrero de 2021, **SL711-2021 Radicación n°. 64605 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA**, expresó:

"En tercer lugar, la Corte de antaño viene señalado, que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas.

En la sentencia CSJ SL, 28 ag. 2012, Rad. 39207, reiterada en la SL10538-2016 y SL5163-2017, entre otras, indicó la Corte:

Justamente en un proceso adelantado contra la misma empresa aquí demandada, radicado N.º 32532 de 2008, esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1º y 5º de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%). Bajo esta premisa,

negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7.41%.

El anterior precedente fue reiterado en la sentencia 35606 de 2009, donde sobre el particular anotó:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Ahora bien, en la sentencia 38993 del 3 de noviembre de 2010, esta Sala le dio la razón al tribunal en haber negado la protección prevista en el artículo 26 en comento, no solo porque el actor tenía una discapacidad dentro del rango de moderada (21.55%), sino también porque “...la desvinculación del actor no se produjo por razón de la pérdida de su capacidad laboral, sino en virtud de haberse prolongado la incapacidad por más de 180 días sin que hubiera sido posible su recuperación, causal que se encuentra prevista como justa causa de terminación del contrato de trabajo, en el numeral 15 del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965”. Si bien en las consideraciones se anotó “...en efecto, ya esta Corporación ha fijado su criterio en torno al tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, en el sentido que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones ‘severas y profundas’, pues así lo establece el artículo 1°, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, en cuanto son las personas consideradas discapacitadas, esto es, aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad reforzada”, el ánimo de la Sala no fue el de apartarse del precedente 32532 de 2008 precitado, pues, justamente, a renglón seguido, se aludió a él, para reforzar su decisión, sin hacer salvedad alguna, así: “Precisamente, la Corte en Sentencia del 15 de julio de 2008, radicación 32532, reiterada en las del 25 de marzo de 2009, rad. 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, raditaciones 36115 y 37235, entre otras, al fijar el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expresó...”

En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5° reglamentado por el artículo 7° del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del

empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.

Como se explicó en dichas decisiones, los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas

De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

Con todo, como la Ley 361 de 1997, no trajo expresamente la regla numérica para identificar el grado de la discapacidad, tal punto era necesario desarrollarlo; de ahí que el gobierno nacional, aprovechando la necesidad de actualizar el régimen de integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, acorde con las normas que se expidieron después de la Ley 100 de 1993, que comprometían la intervención de dichos actores del sistema, expidió el D. 2463 de 2001, y en el art. 7º, definió las escalas o grados de discapacidad mencionados por el legislador, así:

ARTICULO 7º-Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

La aplicación de dicho decreto ha sido el parámetro de la jurisprudencia de la Corte, con mayor razón, cuando los hechos o materia del despido encajan dentro del período de vigencia de la disposición normativa.

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.” (subraya y negrilla fuera de texto)

Luego entonces, al estar en discusión que la terminación del vínculo contractual obedeciera a un acto discriminatorio, puesto que la accionada afirma que obedeció al vencimiento del plazo fijo pactado, con fundamento en el literal c) del artículo 61 del C.S.T. y la compañía notificó la no prorroga del mismo, cumpliendo con el mínimo de 30 días de antelación que exige la normatividad vigente, tal como se evidencia en la carta de terminación del 30 de julio de 2020, e inclusive si la actora puede ser o no considerada un sujeto de especial protección constitucional, estos es, si es beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada, esta falladora concluye que el caso de marras debe ser dirimido y definido por la justicia ordinaria laboral y no por el Juez Constitucional, por cuanto se requiere de amplia debate probatorio para determinar si se dan los requisitos legales y jurisprudenciales para declarar la ineficacia de la desvinculación laboral y obtener su reintegro.

Así las cosas, teniendo en cuenta que mediante Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del año 2020 el Consejo Superior de la Judicatura ordenó el levantamiento de la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional a partir del día 1º de julio del año 2020 y que la accionante cuenta con el mecanismo del proceso ordinario laboral, pudiendo presentar la demanda tendiente a que se declare que la terminación del vínculo laboral fue por objeto de discriminación por parte de la accionada, con las pretensiones consecuenciales que de este se deriva, se declarará improcedente la presente acción de tutela, revocándose los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia de primera instancia en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridades de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓQUENSE los numerales 1º, 2º y 3 º de la decisión adoptada por el Juez Promiscuo Municipal de Galapa Atlántico, dentro de la acción de tutela de la referencia, el día 10 de febrero del año 2021, y en su lugar:

1. **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la acción de tutela impetrada través de apoderado por CAROLINA ISABEL DE LAS SALAS BARRIOS contra JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. – ARA GALAPA, conforme lo expuesto en la parte motiva.

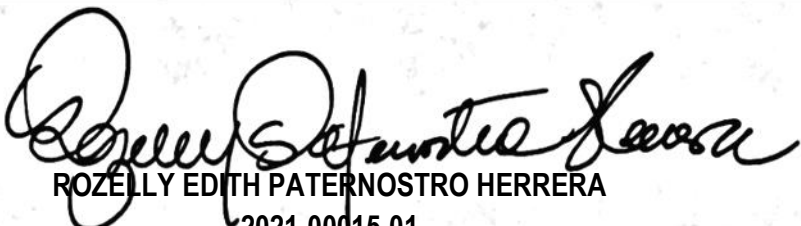
SEGUNDO: CONFÍRMESE en todo lo demás, conforme a lo motivado.

TERCERO: NOTIFIQUESE la decisión a las partes, en la forma más eficaz, que dadas las condiciones actuales lo será por correo electrónico.

CUARTO: Oportunamente remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LA JUEZ,



ROZELLY EDITH PATERNOSTRO HERRERA
2021-00015-01