El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Sentencia – 2ª instancia – 20 de abril de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Revoca y niega el amparo solicitado

 Accionante : Viviana Solarte Burbano

 Accionados : Centro de Empleos Temporales de Colombia y otra

 Litisconsorte : Coomeva EPS y otro

 Radicación : 2016-00724-02

 Despacho de origen : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 199 de 20-04-2017

 **TEMAS : ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA – DEBILIDAD MANIFIESTA.** “[A] la Sala ninguna discriminación se advierte, más bien se halla que la falta de renovación contractual fue por causa de algunas irregularidades laborales y nunca por sus condiciones de salud, de tal suerte que era innecesaria la autorización de la oficina de trabajo. Es cierto que la actora en su declaración quiso informar sobre una persecución laboral, pues su jefe directo estuvo vigilante constantemente de sus labores, pero ello es insuficiente como para considerar que haya habido una alianza orquestada por ETEMCO SAS y la ESE para justificar su despido, más allá de su afirmación es inexistente otra prueba siquiera sumaria que dé cuenta de ello. No olvida esta Corporación que padece de una enfermedad que la pone en condiciones de debilidad manifiesta, pero esa sola circunstancia es insuficiente para la prosperidad tutelar; es necesario acreditar que estuviera incapacitada (No calificada) para la época de su despido o la dificultad para laborar por esa circunstancia, además, que la decisión del empleador fuera por causa de sus padecimientos. En este orden de ideas, esta Superioridad no encuentra constatada la vulneración del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada de la accionante, y por ende, revocará la decisión venida en impugnación, tal cual se anunció al inicio de estos considerandos.”.

Pereira, R., veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Se informó que la accionante laboró como enfermera en jefe al servicio del hospital Universitario San Jorge de Pereira con ocasión de contrato por obra o labor contratada, suscrito con ETEMCO SAS, desde el 14-11-2015 hasta el 31-05-2016; también, que ha sido tratada por tumor maligno desde el año 2014, el 30-04-2015 se le diagnosticó un *“CARCINOMA PAPILAR METASTASICO (Sic) (4/4)”* y el 30-01-2016 le realizaron una cirugía de *“VACIAMIENTO GANGLIONAR RADICAL MODIFICADO DE CUELLO DERECHO MAS (Sic) COLGAJO”.*

Agregó que la accionada no tuvo en cuenta el tratamiento médico que se le venía efectuando y que carece de ingresos para sufragar los procedimientos dispuestos por el médico tratante (Folios 26 a 36, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la dignidad humana, igualdad, salud, trabajo, seguridad social, vida digna y estabilidad laboral reforzada (Folio 26, cuaderno Nº.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que: (i) Se declare que el contrato de trabajo fue terminado de forma ilegal y sin previa autorización del inspector de trabajo; (ii) Se ordene el reintegro al cargo que desempeñaba en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira; (iii) Se disponga el pago de los salarios dejados de percibir, las prestaciones sociales y las vacaciones desde el 31-05-2016 hasta que se haga efectivo el reintegro; (iv) Se ordene pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361; (v) Se indexen dichas sumas y se reconozcan intereses moratorios (Folios 27 y 28, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 24-10-2016 se admitió, se vinculó a quienes se estimó pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 37, ibídem). Contestaron Coomeva EPS SA (Folios 55 a 60, ibídem) y ETEMCO SAS (Folios 63 a 69, ibídem). Se profirió sentencia el 08-11-2016 (Folios 71 a 76, ib.), como fuera impugnada por ETEMCO SAS, fue remitida a este Tribunal (Folio 95, ib.).

Ya en esta instancia el 23-01-2017 se declaró la nulidad de lo actuado (Folio 16 a 17, cuaderno No.2), retronado el expediente, el 31-01-2017 el despacho de origen ajustó el trámite de la tutela (Folio 100, cuaderno No.1) y el 14-02-2017 nuevamente dictó sentencia (Folios 111 a 116, cuaderno No.1); impugnada por ambas partes, se concedió con auto del 01-03-2017, ante esta Corporación (Folio 155, cuaderno No.1). Finalmente el 29-03-2017 se citó a declaración a la accionante (Folio 4, cuaderno No.3), la que se practicó el 04-04-2017 (Folios 8 y 9, cuaderno No.3).

En la sentencia impugnada se concedió el amparo de los derechos fundamentales como mecanismo transitorio, se declaró la ilegalidad de la terminación del contrato y se le concedió a la actora un plazo de cuatro (4) meses para que promoviera el proceso laboral respectivo. Lo anterior con fundamento en que la actora se encontraba en estado de debilidad manifiesta, la accionada conocía con anterioridad a la terminación del contrato sobre su estado de salud e inexiste autorización del Ministerio de Trabajo para que no se renovara del contrato laboral (Folios 111 a 116, cuaderno No.1).

La accionante se queja de que no se haya ordenado el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales, ni la indemnización legal, pese a su condición de debilidad manifiesta, aunada a la ausencia de autorización del inspector de trabajo; también, de que deba demandar ante la jurisdicción ordinaria el reconocimiento del despido injusto (Folios 122 a 130, cuaderno No.1).

Por su parte, ETEMCO SAS arguyó que es inexistente prueba de que la accionante se encontrara incapacitada al momento de la terminación del contrato o que no pudiera desempeñar su labor, ni que se le haya dificultado, pues padece la enfermedad desde el año 2014 y nunca le impidió laborar. También, que laboró en otra empresa con posterioridad al primer fallo de tutela. Expuso, además, que no hubo discriminación alguna, pues conocía de sus padecimientos, los cuales, según el examen de ingreso que se le realizó, nunca serían impedimento para que desempeñara sus funciones. La empresa no dio por terminado el contrato por virtud de la enfermedad, sino porque culminó el periodo pactado, y la falta de renovación, fue debido a justificaciones administrativas (Folios 143 a 145, cuaderno No.1).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional: Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. La legitimación en la causa: Por activa se cumple porque la señora Viviana Solarte Burbano laboró en el Hospital San Jorge de Pereira por cuenta de la empresa ETEMCO SAS; y por pasiva lo es ETEMCO SAS porque fue quien contrató sus servicios. No sucede lo mismo respecto del aludido Hospital debido a que no contrató a la actora.
	3. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que tuteló los derechos de la accionante, conforme a los escritos de impugnación?
2. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO
	1. Los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez

La Corte Constitucional tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer de fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales.

Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1); nótese que la terminación del contrato se dio para el 31-05-2016 (Folio 15, este cuaderno) mientras que el amparo constitucional se presentó el 21-10-2016 (Folio 1, cuaderno No.1).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[2]](#footnote-2). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[3]](#footnote-3): (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Valga acotar que el examen de procedencia también debe flexibilizarse cuando estén comprometidos sujetos de especial protección, o en circunstancias de debilidad manifiesta[[4]](#footnote-4).

En el *sub examine*, si bien la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para procurar la protección de sus derechos fundamentales, no puede pasarse por alto el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra con ocasión de la enfermedad que padece (*CARCINOMA PAPILAR METASTÁSICO 4/4*), además, aun cuando luego de su desvinculación continuó recibiendo asistencia en salud, pues se encuentra afiliada a la EPS Coomeva mediante régimen contributivo, hay que decir que debió asumir varias acreencias con el fin de sufragar tratamientos alternos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. La estabilidad ocupacional reforzada

Este derecho ha sido calificado por la reiterada jurisprudencia de la CC como de rango constitucional, pese a su origen legal (Ley 361), debido a que se funda de forma directa en diversas disposiciones de la CP (Artículos 1º, 13, 25, 47, 48, 53, 93, 94 y 95, CP).

Puntualmente, se ha sostenido que[[5]](#footnote-5) *“(…) 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 (…)”*, pues 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 (…)”[[6]](#footnote-6).*

No se circunscribe, entonces, su reconocimiento a que se reúnan exclusivamente las pautas legales (Calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda), sino que extiende su cobijo a todo individuo que por sus padecimientos se halle en una circunstancia que genera debilidad manifiesta y pueda verse discriminado por ello.

Por lo tanto, se ampara este derecho a *“(…) 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 (…)”[[7]](#footnote-7)* (Sublíneas de la Sala).

Claramente la Corte enfatiza la preexistencia de un padecimiento que impida o dificulte la prestación de un servicio y que sea la razón que tuvo el empleador para finiquitar el vínculo laboral.

En cuanto a aquel nexo causal entre el despido y las afecciones de salud, explica la CSJ[[8]](#footnote-8) en sus decisiones de tutela, en las que acoge el criterio de la CC, lo siguiente:

*«La sola terminación del contrato de trabajo de un empleado en estado de discapacidad no implica necesariamente discriminación, pues se requiere que exista un nexo causal entre la discapacidad y la terminación del contrato, esto es, que se presente una relación de causa a efecto entre la condición física del trabajador y la ruptura del vínculo laboral.*

*De existir tal nexo causal, la terminación del contrato deviene inconstitucional e ilegal, con las consecuencias que ello genera. Por el contrario, si no existe nexo causal entre una y otra o, dicho de otro modo, si la terminación del contrato de trabajo no se debió a la condición de discapacidad, la ruptura no es digna de reproche constitucional»* (CC T-594/12, citada en STC6507-2015 y STC10954-2015).”

En síntesis puede afirmarse que para que una persona pueda ser beneficiada con la protección del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada se requiere: (i) Que padezca de una enfermedad que le impida atender sus obligaciones laborales; y, (ii) Que la determinación del empleador de finiquitar el vínculo laboral acontezca con ocasión de la afecciones en salud, evento en cual es necesaria la autorización de la oficina del Trabajo. De reunirse dichos requisitos habrá lugar al reintegro o reubicación laboral y al pago de la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 26, Ley 361.

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

De entrada advierte la Sala que la decisión venida en impugnación habrá de revocarse, para en su lugar, negar el amparo constitucional por la evidente inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada invocado por la accionante.

En el petitorio se expone que fue objeto de desvinculación laboral pese al carcinoma que padece, afección que la accionada conocía con anterioridad, pero no fue obstáculo para que tomara aquella determinación y sin la autorización de la oficina de trabajo.

Revisados los anexos y demás elementos probatorios obrantes en la tutela se tiene acreditado que la accionante trabajó en la ESE Hospital Universitario San Jorge de la ciudad, producto de sendos contratos de obra suscritos con ETEMCO SAS desde el 14-11-2015 hasta el 31-05-2016 (Folios 16 a 30, este cuaderno), también que padece de cáncer en la tiroides desde el mes de diciembre de 2014 (Folios 8 y 9, este cuaderno, y 3 a 19, cuaderno No.1) y que ha recibido varios tratamientos, sin embargo, su enfermedad no le ha impedido cumplir con las obligaciones contractuales.

En efecto, durante el lapso que trabajó en la ESE, fue incapacitada por una sola vez, dos meses antes, de que se diera por terminado el contrato de trabajo (Folio 8 vuelto, este cuaderno), esto es, para el mes de marzo de 2016, de tal suerte que para la época en que se le comunicó dicha determinación se encontraba en condiciones de continuar

con sus labores, es decir, que su enfermedad nunca fue obstáculo para trabajar.

Además, hay que decir que pese al conocimiento de sus padecimientos por parte de su empleador, por lo menos para el período en que fue incapacitada, determinó renovar en dos oportunidades más el contrato laboral, por los meses de abril y mayo de 2016 (Folios 16 a 23, este cuaderno), lo que evidencia que su enfermedad no fue la causa de la terminación del vínculo laboral.

Claramente la culminación contractual se dio porque se cumplió el plazo fijado (31-05-2017) (Folios 16 y 17, este cuaderno), de lo que la actora tenía pleno conocimiento, y la falta de renovación, como se refiere en el escrito de impugnación de la accionada, fue producto de investigaciones administrativas adelantadas en su contra con fundamento en escritos remitidos por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, datados los días 22-01-2016 y 03-02-2016, mediante los que informa falencias en la prestación de los servicios contratados (Folios 131 y 132, ib.); al efecto, la accionante suscribió sendos compromisos, fechados 18-02-2016 y 12-04-2016, para mejorar en el cumplimiento de sus funciones (Folios 137 y 139, ib.).

Así, entonces, para la Sala ninguna discriminación se advierte, más bien se halla que la falta de renovación contractual fue por causa de algunas irregularidades laborales y nunca por sus condiciones de salud, de tal suerte que era innecesaria la autorización de la oficina de trabajo. Es cierto que la actora en su declaración quiso informar sobre una persecución laboral, pues su jefe directo estuvo vigilante constantemente de sus labores, pero ello es insuficiente como para considerar que haya habido una alianza orquestada por ETEMCO SAS y la ESE para justificar su despido, más allá de su afirmación es inexistente otra prueba siquiera sumaria que dé cuenta de ello.

No olvida esta Corporación que padece de una enfermedad que la pone en condiciones de debilidad manifiesta, pero esa sola circunstancia es insuficiente para la prosperidad tutelar; es necesario acreditar que estuviera incapacitada (No calificada) para la época de su despido o la dificultad para laborar por esa circunstancia, además, que la decisión del empleador fuera por causa de sus padecimientos.

En este orden de ideas, esta Superioridad no encuentra constatada la vulneración del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada de la accionante, y por ende, revocará la decisión venida en impugnación, tal cual se anunció al inicio de estos considerandos.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores (i) Se revocará la sentencia de primera instancia; (ii) Se negará el amparo constitucional frente a ETEMCO SAS; y, (iii) Se declarará improcedente frente a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira por carecer de legitimación.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. REVOCAR la sentencia del 14-02-2017 del Juzgado Tercero de Familia de Pereira.
2. NEGAR el amparo constitucional presentado por Viviana Solarte Burbano contra ETEMCO SAS.
3. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo frente a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH / ODCD / 2017

1. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-533 de 2016, SU-424 de 2012, T-480 de 2011, T-162 de 2010 y T-099 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-049 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-1040 de 2001, referida en la SU-049 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. SU-049 de 2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Sala Civil. STC554-2017. [↑](#footnote-ref-8)