

Sentencia T-691/15

Referencia: expediente T-5.049.495

Acción de tutela instaurada por Gilberto Motivar Suárez contra la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva E.S.P.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, en la acción de tutela interpuesta en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Gilberto Motivar Suárez, actuando por medio de apoderada, presentó solicitud de tutela contra la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva “ESVILLA E.S.P.” (de ahora en adelante ESVILLA E.S.P.¹) invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la accionada por haberlo despedido injustamente, sin reconocimiento de su precario estado de salud por enfermedad profesional y desconociendo su expectativa de obtener una

¹ La empresa de servicios públicos demandada, se denomina Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva E.S.P. y para todos sus efectos puede identificarse con la sigla ESVILLA E.S.P., de conformidad con lo establecido en sus estatutos. Folios 94-106 del cuaderno principal de tutela.

pensión, la cual, indica, le fue negada en el Fondo de Pensiones por falta de cotizaciones.

1. Hechos.

- 1.1. Expone la apoderada que el accionante, de 50 años de edad, prestó sus servicios como recolector de los residuos sólidos del municipio de Villa de Leyva, sin que se le afiliara a seguridad social, de manera que desde el año de 1996 hasta 1999 trabajó en la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva “ESVILLA E.S.P.” El 30 de noviembre de 1999 se expidió la resolución núm. 389 mediante la cual lo nombraron auxiliar de servicios generales de la empresa municipal de servicios públicos de Villa de Leyva ESVILLA E.S.P.
- 1.2. Manifiesta que al tiempo de su vinculación con la empresa se encontraba bien de salud, pero en razón de su actividad repetitiva, consistente en agacharse, recoger del suelo bolsas de papel con cada mano, correr tras el vehículo recolector soportando frío y calor, le resultó un ganglio en el dorso de la mano derecha en el año de 1998, por el cual requirió cirugía.
- 1.3. Señala que a principios del año 2013 comenzó a sentir dolencias en las articulaciones de manos, brazos, pies, piernas, cintura y en general en todo el cuerpo.
- 1.4. Indica que en junio de 2013 acudió a la E.P.S. debido a una *“lumbalgia en los miembros inferiores, compromiso inflamatorio de todas las vértebras lumbares, en donde lo atendieron como una enfermedad general, resultando con artritis gotosa degenerativa”*, por lo cual se mantuvo inactivo durante 4 meses, según manifiesta, y con *“las manos torcidas durante más de un mes”*.
- 1.5. Pone de presente que el estado de salud de su poderdante le impidió volver a trabajar toda vez que le prescribieron incapacidades médicas hasta de 8 y 15 días en varias ocasiones -teniendo la última fecha del 12 al 31 de mayo de 2014-.
- 1.6. Expone que a petición del actor, Saludcoop, mediante oficio del 1º de mayo de 2014, le informó al señor Gilberto Motivar Suárez que había acumulado 276 días de incapacidad por lo que procederían a certificarle dicha información para que procediera con las gestiones correspondientes para el reconocimiento de una posible pensión de invalidez.
- 1.7. Sostiene que el 15 de mayo de 2014 la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva ESVILLA E.S.P. le comunicó al señor Gilberto Motivar Suárez que daba por terminado su contrato de trabajo, iniciado en diciembre 1º de 1999, por haber cumplido más de 180 días de

incapacidades, lo que constituía una causal de terminación por justa causa.

- 1.8. Precisa que a partir del 1° de junio de 2014 Saludcoop dejó de ofrecer sus servicios al accionante.
- 1.9. Finalmente, apunta que en el fondo de pensiones Protección le indicaron de viva voz que no tenía derecho a la pensión de vejez, toda vez que no cumplía con los requisitos de ley puesto que le faltaban cotizaciones.

Por lo anterior, solicita le sean amparados los derechos invocados; se le reintegre a la empresa reubicándolo en un cargo que no le agrave su estado de salud; le sean pagados los salarios y prestaciones sociales que ha dejado de percibir desde el 1° de junio de 2014 hasta el momento del reintegro; que se le reconozcan los aportes al Sistema de Seguridad Social, salud, pensión y riesgos profesionales; se le pague la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por las circunstancias en que fue despedido, y que su incapacidad se califique como de origen laboral, ya que la contrajo en la empresa después de 18 años de servicios prestados.

2. Trámite procesal.

Mediante auto proferido el 24 de febrero de 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, Boyacá, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva.

3. Contestación de la entidad accionada.

ESVILLA E.S.P., mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2014, manifiesta que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar toda vez que la empresa en ningún momento desconoció los derechos fundamentales invocados como vulnerados por el accionante.

Lo anterior, bajo el argumento de que en varias ocasiones hubo llamados de atención al demandante, los que incluso conllevaron a la apertura de un proceso disciplinario; que la gota es una enfermedad de origen común en la que influye que haya antecedentes familiares, *“problemas con el funcionamiento de los riñones, consumir alimentos como la carne roja, alcohol y tabaco, incluso la ingesta de medicamentos diuréticos o aspirina”*; que la empresa cumplió sus obligaciones como empleador y que el señor Motivar Suárez debió haber acudido a los mecanismos legales de protección para su situación después de cumplir con 180 días de incapacidad, procedimiento que debía surtir, según manifiesta, ante su EPS y su fondo de pensiones.

4. Decisión judicial de primera instancia.

Mediante fallo del 9 de marzo de 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva rechazó por improcedente la tutela iniciada por el señor Gilberto Motivar Suárez, exponiendo que la acción no puede ser empleada para *“revivir términos y oportunidades procesales vencidas ni para convalidar el descuido y negligencia de las personas que intervinieron en un proceso judicial, administrativo o especial, sin hacer uso efectivo de los recursos a su alcance, y que contempla el legislador justamente para proteger sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa material”*, al considerar que fue negligente al interponerla casi ocho (8) meses después de su despido.

La anterior decisión fue impugnada y remitida para su conocimiento al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Tunja.

5. Impugnación.

Señala que el poderdante precisamente no presentó ninguna reclamación *“por el estado de indefensión, de gravedad en su salud y estado económico en que quedó”*. De igual manera, sostiene que la Corte Constitucional ha indicado que los jueces no pueden concentrarse únicamente en la configuración del principio de inmediatez, sino que deben tener en cuenta que la vulneración persista. Así mismo, señala que la demandada vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor Motivar Suárez, toda vez que no hubo calificación previa a su despido.

6. Decisión judicial de segunda instancia.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Tunja resolvió el recurso con providencia de fecha 4 de mayo de 2015, mediante la cual confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

Lo anterior, bajo el argumento de que el contrato de trabajo terminó el 15 de mayo de 2014² y el aquí accionante no ejerció acción alguna ante la jurisdicción ordinaria laboral ni contencioso administrativa, pese a tratarse de acciones idóneas y eficaces para la protección de los derechos invocados en la demanda de tutela. Así mismo, manifestó que el principio de inmediatez no se configuró toda vez que el accionante interpuso la acción ocho (8) meses después de la supuesta vulneración, el 24 de febrero de 2015.

7. Pruebas.

7.1. Alegadas por el accionante

- Fotocopia del oficio de fecha 15 de mayo de 2014, suscrito por el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva ESVILLA E.S.P., mediante el cual se comunica al señor Motivar Suárez la terminación del

² Lo correcto es como se evidencia a folio 10 del cuaderno principal de tutela, que el 15 de mayo la empresa notificó al señor Motivar Suárez la terminación del contrato, a partir del 30 de mayo de 2014.

contrato de trabajo celebrado el 1° de diciembre de 1999, de conformidad con lo consagrado en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, es decir, con justa causa por haber superado su incapacidad médica, más de 180 días, a partir del 30 de mayo de 2014 (folio 10 del cuaderno principal de tutela).

- Fotocopias de las órdenes médicas mediante las cuales se agenda al señor Motivar Suárez cita prioritaria de ortopedia y traumatología, de fecha 31 de mayo de 2012; certificado de ingreso a Saludcoop EPS, que describe la Epicrisis del señor Motivar, de fecha 12 de junio de 2013; control por consulta externa de neurocirugía, de fecha 22 de junio de 2013; control por consulta externa (medicina interna), de fecha 22 de junio de 2013; certificado de la incapacidad ordenada por Saludcoop del día 12 al día 26 de junio de 2013; orden de fisioterapia por diagnóstico de lumbociática, de fecha 22 de junio de 2013 (folios 11 - 17 del cuaderno principal de tutela).
- Fotocopia de la Historia Clínica del accionante y los exámenes ordenados. (folios 18-42 del cuaderno principal de tutela).
- Fotocopia de 13 incapacidades emitidas por Saludcoop EPS, entre el 22 de junio de 2013 y el 31 de mayo de 2014 (folios 43-55 del cuaderno principal de tutela).
- Fotocopia del documento emitido por la empresa ESVILLA E.S.P., que certifica que el señor Motivar estuvo vinculado a ella del 1° de diciembre de 1999 al 30 de mayo del año 2014, en el cargo de auxiliar de servicios generales (folio 56 del del cuaderno principal de tutela).
- Copia del registro civil de matrimonio y nacimiento del accionante (folio 57 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la Sentencia T-050 del 2011 de la Corte Constitucional, relacionada con el tema de terminación unilateral del contrato de trabajo y el derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta (folios 59-75 del cuaderno principal de tutela).

7.2. Pruebas allegadas por ESVILLA E.S.P.

- Poder para actuar del Gerente de ESVILLA E.S.P., decreto de nombramiento del Gerente de ESVILLA E.S.P. y acta de posesión (folios 92-95 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de los estatutos de ESVILLA E.S.P. (folios 96-106 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la Resolución a través de la cual el señor Gilberto Motivar se incorporó a la empresa como trabajador oficial (folio 107 del cuaderno principal).

- Copia de los memorandos consignados en la historia laboral del demandante y de una acción disciplinaria en su contra (folios 108-119 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de certificado e incapacidad médica expedida por el Hospital San Francisco del Municipio de Villa de Leyva, el 5 de junio de 2002 (folio 120 del cuaderno principal de tutela).
- Copia del oficio dirigido al accionante en el año 2000 por parte del Gerente de la Empresa en relación con la entrega de documentación indispensable para las afiliaciones al sistema de seguridad social (folio 121 del cuaderno principal de tutela).
- Copia del oficio dirigido al accionante el 5 de mayo de 2014, suscrito por el Gerente de la Empresa, mediante el cual comunica al accionante que solo se tendrá en cuenta las incapacidades allegadas a la empresa y lo requiere para que envíe la de fecha 3 de marzo al 10 abril so pena de considerar que para esa época hubo abandono del cargo (folio 122 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la nómina en la cual se relacionan los pagos efectuados al accionante asumidos por la empresa durante el tiempo en que estuvo incapacitado y del reporte de dicha novedad (folio 123-134 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la liquidación de prestaciones sociales y comprobante de pago al accionante (folios 135-141 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la respuesta emitida el 1º de mayo de 2014 por Saludcoop EPS al señor Motivar, mediante la cual se le informa que los primeros 180 días consecutivos de incapacidad por una misma enfermedad están a cargo de la EPS, y a partir del día 181 dicho reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los fondos de pensiones (folio 142 del cuaderno principal de tutela).
- Copia de la respuesta proferida por la EPS Saludcoop, de fecha 3 de junio de 2014, mediante la cual se informa al accionante acerca del inicio del trámite de pensión de invalidez ante el fondo de pensiones respectivo (folio 143 del cuaderno principal de tutela).

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN.

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional), que faculta a esta Corporación para decretar pruebas en sede de revisión³, esta Sala, mediante auto de 26 de octubre de 2015, resolvió:

³ “Artículo 57. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el

“Primero. ORDENAR a **ESVILLA E.S.P.:** (i) se sirva enviar a esta Corte el contrato que suscribió con el señor Gilberto Motivar Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía número 6'.773.031 de Tunja; (ii) indicar la fecha y razones por las cuales el señor Gilberto Motivar Suárez fue desvinculado de su cargo; (iii) allegar los comprobantes de pago de los aportes a seguridad social efectuados al señor Motivar durante los años 2013 y 2014; y (iv) informar si antes de la fecha en que suscribió contrato formal con el señor Gilberto Motivar Suárez él prestó algún otro servicio para la empresa y bajo qué figura contractual.

Segundo. VINCULAR a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo “Saludcoop”, a la Cooperativa de Salud Comunitaria Empresa Promotora de Salud Subsidiada “COMPARTA E.P.S`S”, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a Positiva Compañía de Seguros S.A. (ARL) y a la Administradora de Riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que después la decisión proferida dentro de este proceso de tutela pueden afectarse sus intereses, a fin de que acompañe este asunto hasta las resultas del proceso.

Tercero. ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo “Saludcoop”, remitir a esta entidad, dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gilberto Motivar Suárez en caso de habérsela practicado al accionante en algún momento.

Cuarto. ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, informe a la Corte Constitucional: (i) cuál es la situación actual respecto de la situación pensional del señor Gilberto Motivar Suárez ante esa entidad y, en caso de no haber sido concedida pensión alguna, (ii) indicar los requisitos con los que debe cumplir el señor Gilberto Motivar para la obtención del beneficio. Así mismo (iii) solicita se sirva allegar su historia laboral.

Quinto. ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que proceda a calificar la pérdida de la capacidad laboral del señor Gilberto Motivar Suárez dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, indicando el origen de la enfermedad en caso de tenerla, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Sexto. Proceda la Secretaría General de esta Corporación a librar las comunicaciones correspondientes y remitir copia del texto de tutela y sus anexos a las entidades vinculadas.”

2. La Líder de Determinación de Condición de Invalidez (E) de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2015, allegó memorial para dar cumplimiento a los numerales cuarto y quinto del auto de pruebas de fecha 26 de octubre de 2015. De igual forma anexó la siguiente documentación:⁴

- Copia de las solicitudes de la *historia clínica completa con exámenes y ayudas diagnósticas* dirigidas a la apoderada judicial del señor Motivar Suárez, al accionante y a la Cooperativa de Salud Comunitaria Empresa Promotora de Salud Subsidiada “COMPARTA E.P.S`S”, de fecha 9 de noviembre de 2015 (folios 25-27 del tercer cuaderno de tutela).
- Certificado expedido por el fondo Protección para hacer constar que en sus registros figuran los aportes obligatorios que relacionan en el Estado de Cuenta que adjuntan (folio 162 del tercer cuaderno de tutela).

3. La apoderada de Positiva Compañía de Seguros S.A. (ARL), mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2015, allegó memorial con ocasión de la vinculación de esa compañía a la acción de tutela, instaurada por el señor Gilberto Motivar Suárez. Junto con el memorial anexó la siguiente documentación:⁵

- Copia de la historia clínica de enfermedad general.
- Copia de 3 incapacidades de enfermedad general expedidas en el año 2013.
- Escritura Pública núm. 1494 otorgando poder general a la abogada Yuli Paola Santisteban Osorio.

4. En relación con las pruebas solicitadas a ESVILLA E.S.P. y a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo “Saludcoop”, la Secretaría General de esta Corte, mediante oficio de 12 de noviembre de 2015, certificó que vencido el término probatorio no se allegaron más pruebas.⁶

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

⁴ Folios 23-24 del tercer cuaderno de tutela.

⁵ Folios 34 a 46 del tercer cuaderno de tutela.

⁶ Folio 22 del tercer cuaderno de tutela.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Con base en los hechos descritos en el caso reseñado, concierne a esta Sala de Revisión establecer si una empresa industrial y comercial del estado del orden municipal vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo de un empleado oficial, al dar por terminada unilateralmente su relación laboral argumentando que su incapacidad ha superado 180 días, sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo ni el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Para ello esta Sala entrará a analizar los siguientes ejes temáticos: (i) procedibilidad de la acción de tutela; (ii) estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta e indefensión como resultado del deterioro de su estado de salud, tratando en concreto los siguientes ítems: (a) reconocimiento y pago de incapacidades; (b) reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y (c) pensión de invalidez. Con base en ello, (iii) resolverá el caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela⁷

3.1. La Carta Política dispone en su artículo 86 que la acción de tutela procede como mecanismo para la defensa judicial ante la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, bien se trate de una acción u omisión que provenga de una autoridad pública o de un particular. No obstante, su carácter subsidiario pretende evitar que se soslayen los caminos ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, como si se tratase de una instancia o alternativa.

La Corte Constitucional ha señalado que en principio la acción de tutela resulta improcedente cuando se trata de reconocer derechos de carácter prestacional, como pueden serlo el pago de salarios dejados de percibir, indemnizaciones y pago de aportes en salud y pensión, entre otros. Esto, toda vez que se espera que la persona interesada acuda a los escenarios procesales que se han dispuesto por el legislador para dirimir controversias de este tipo; es decir, ante la jurisdicción contenciosa administrativa u ordinaria laboral, según se trate. Por ejemplo, en sentencia T-043 de 2014 la Corte explicó:

“Por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el

⁷ Ver consideraciones de la sentencia T-491 de 2015 proferida por esta Sala (Sala Sexta de Revisión).

recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.”

No obstante, esta Corporación ha indicado que el amparo procede de manera excepcional en determinados eventos con la finalidad de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, de manera que se armonicen el carácter de subsidiariedad que permea la tutela con la verdadera efectividad de los derechos fundamentales.

Así, la acción de tutela no es la herramienta que debe emplearse cuando el interesado cuenta con otros medios judiciales de defensa, salvo que la interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando aquel medio no resulta eficaz ni idóneo.

En relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo de amparo, aun cuando existan otros medios de defensa judicial, esta Corte ha señalado:

“Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la determinación de esos otros procedimientos no obedece a una comprobación automática y meramente teórica, sino que es función del juez, en cada caso concreto, analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos y determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.⁸ Si luego de una valoración fáctica y probatoria concluye que no responden satisfactoriamente a las expectativas, es decir, si no son idóneos ni eficaces, la acción de tutela tiene la virtud de desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto.⁹” (Subrayado fuera del texto original).

Será el juez de tutela quien establezca si procede o no el amparo, una vez valore si efectivamente se amenaza o vulnera el derecho cuya protección se invoca. De forma que ante la inexistencia de otros medios judiciales de defensa puede instaurarse la acción de manera definitiva, o en el evento en que existan y estos no resulten idóneos y eficaces para evitar un perjuicio irremediable procederá como un mecanismo transitorio. Al respecto esta Corporación ha establecido la observancia de dos presupuestos para determinar la procedencia de la siguiente forma:

⁸ Sentencia T-127 de 2011. Cfr. Sentencias T-100 de 1994, T-338 de 1998 y T-228 de 1995, entre otras.

⁹ Sentencia T-672 de 1998.

“En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio”¹⁰.

Por consiguiente, la regla general es que si existe otro mecanismo de solución judicial el amparo resultará improcedente, salvo en el evento que se determine que dicho medio no es idóneo o eficaz para la protección del derecho o que se esté ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹¹. En ese sentido, para otorgar el amparo de forma transitoria debe verificarse la existencia de *“un grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e imposterables”¹².*

En conclusión, debe existir una evidencia fáctica de la amenaza, que a su vez, debe ser inminente, caso en el cual se justifica la adopción de medidas para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; medidas que deben ser de carácter urgente, lo que implica actuar con prontitud; y que el perjuicio que pueda ocasionarse sea grave, lo que implica que el daño recaiga sobre un bien de gran significación para la persona desde un punto de vista objetivo.¹³

3.2. Ahora bien, teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es otorgar una protección rápida y eficaz de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados, la acción debe instaurarse dentro de un término prudente desde que se presenta el hecho que amenaza o agravió a los derechos invocados.

De modo que no instaurar la acción dentro de un tiempo razonable permite inferir que la inactividad se debe a la falta de necesidad del trámite breve y sumario. Así, aun cuando no exista una norma en el ordenamiento jurídico que consagre de manera expresa un término de caducidad de la acción, no significa ello que pueda ser presentada en cualquier tiempo, lo que premiaría, además, la falta de diligencia e indiferencia del demandante.

¹⁰ Sentencia T-072 de 2008.

¹¹ Sentencia SU-037 de 2009, indicó: *“La posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio exige, por una parte, (i) demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, por la otra, (ii) que existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela.”*

¹² Sentencia T-106 de 2015.

¹³ Sentencia T-956 de 2013.

En relación con lo expuesto la Corte Constitucional, en la sentencia T-883 de 2009, explicó:

“De este modo, la oportunidad en la interposición de la acción de tutela se encuentra estrechamente vinculada con el objetivo que la Constitución le atribuye de brindar una protección inmediata, de manera que, cuando ello ya no sea posible por inactividad injustificada del interesado, se cierra la vía excepcional del amparo constitucional y es preciso acudir a las instancias ordinarias para dirimir un asunto que, debido a esa inactividad, se ve desprovisto de la urgencia implícita en el trámite breve y sumario de la tutela.”

Por consiguiente, atendiendo al tiempo modo y lugar en que hayan sucedido los hechos que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, deberá el juez determinar la procedencia de la tutela, analizando la inactividad que se haya podido presentar en su interposición, las consecuencias de la demora y la existencia, eficacia e idoneidad de otros medios judiciales de defensa.

De este modo, para declarar la improcedencia de la tutela con fundamento en que no se configuró el principio de inmediatez se requiere un análisis propio del caso y de las circunstancias en particular. Por ejemplo, cabe citar lo que señaló la Corte Constitucional al resolver un asunto en el cual había transcurrido un plazo amplio desde la negación de la prestación hasta la interposición de la acción de amparo. En sentencia T-345 de 2009 precisó:

“En los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

Atendiendo a lo anterior, se encuentra que la Corte ha establecido que debe efectuarse un estudio menos rígido sobre el principio de inmediatez, cuando evidencie que la vulneración se ha extendido por un amplio periodo, independientemente de que el hecho que la originó sea lejano en el tiempo, o cuando la situación de la persona no permita exigirle que acuda a un juez, lo que se convertiría en una carga desproporcionada.

3.3. En cuanto a la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en concreto, mediante acción de tutela, cabe reiterar que en principio, en virtud de su carácter residual y subsidiario, ella resulta

improcedente para buscar esas pretensiones debido a que para tales efectos existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, como las acciones laborales ordinarias o la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho.¹⁴

No obstante, se exceptuará la regla anterior cuando se evidencie la necesidad de actuar con prontitud para evitar un perjuicio irremediable y proteger otros derechos fundamentales de quien solicita el amparo.¹⁵

Así, por ejemplo, cuando se pretenda salvaguardar los derechos de personas que sufran una disminución en su capacidad laboral con ocasión de afecciones en su salud física o mental, de aquellos a quienes no se ha reconocido el derecho a la pensión y no tienen otro medio de subsistencia encontrándose en riesgo su sostenimiento y el de su núcleo familiar, la acción de tutela será procedente, dado que la afectación de esos derechos trasciende el ámbito prestacional y compromete las condiciones de vida digna y el mínimo vital, además del derecho de pensión que en sí mismo adquiere el carácter de fundamental, como lo ha advertido este Tribunal en otras ocasiones.¹⁶

Como consecuencia de lo anterior la Corte Constitucional ha señalado, en relación con la procedencia de la acción para evitar un perjuicio irremediable cuando el accionante cuenta con otras herramientas de defensa judicial, que la

¹⁴ Ver sentencias T-550 de 2008, T- 163 de 2011, T-962 de 2011 y T-142 de 2013, entre otras.

¹⁵ Ver sentencia T-627 de 2013. En esta sentencia, en uno de los tres casos que la Corte estudió, el demandante instauró acción de tutela contra un fondo de pensiones, por considerar que la decisión que le negó el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, la dignidad humana, los derechos de personas en estado de discapacidad, en conexidad con el derecho a la vida, con base en los siguientes hechos: al accionante se le calificó con pérdida de capacidad laboral del 71,15%, de origen común. Con fundamento en este dictamen, el señor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez. El ISS rechazó la solicitud al considerar que no se encontraban satisfechos los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de invalidez, ya que el accionante sólo tenía 7 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. El demandante adujo que si bien no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sí cotizó 50 semanas en los tres años previos al 28 de abril de 2008, fecha en que se calificó la pérdida de capacidad laboral del 71,15%. Debido a su enfermedad, el accionante perdió la visión y padecía insuficiencia renal, por ello debía someterse a diálisis, no podía trabajar y su sostenimiento era asumido por su progenitora. Con base en lo expuesto, el ciudadano pidió que se ordenara a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez, porque cumplía con los requisitos para ello. En esta oportunidad la Corte ordenó al fondo de pensiones que realizara todas las acciones tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del accionante, incluyendo el valor retroactivo al que hubiera lugar, al considerar que el demandante era un sujeto de especial protección constitucional por su condición de discapacidad visual, la enfermedad degenerativa que padecía y los demás problemas de salud; por carecer de un ingreso económico regular que le permitiera procurarse la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda. También al establecer que el señor cumplía con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

¹⁶ En sentencia T-653 de 2004, este Tribunal señaló lo siguiente: *“Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos.”* En este mismo sentido se expresó en sentencia T-223 de 2012 al indicar: *“La jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la pensión de invalidez, puede, bajo determinadas circunstancias, adquirir rango fundamental cuando se relaciona con el derecho a la vida, al mínimo vital, al trabajo, la salud y la igualdad, de las personas que sufren una disminución parcial o total de su capacidad laboral por razones ajenas a su voluntad.”*

evaluación del daño debe hacerse teniendo en cuenta la capacidad material de las personas que cuentan con alguna discapacidad para acceder a la justicia ordinaria, ya que las limitaciones físicas o mentales pueden convertirse en un obstáculo de acceso a la misma. Conforme con tal línea de orientación ha indicado:

“Para el caso de las personas con discapacidad, es evidente que la evaluación del perjuicio irremediable debe realizarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para el acceso a los medios judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental. Así, cuando los derechos de este grupo de personas resultan afectados por la omisión atribuible a la entidad demandada, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, teniendo en cuenta que se trata de la prestación económica destinada a cubrir contingencias generadas por enfermedad común o de otra índole, que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral.”¹⁷

(Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial puede constituir una carga desproporcionada para los ciudadanos que se encuentran en las circunstancias de debilidad descritas, especialmente si se trata de pacientes que sufren patologías crónicas o degenerativas como puede serlo la artritis gotosa degenerativa (entre otras), ante lo cual la acción de tutela se convierte en el mecanismo que permite brindar la protección inmediata de los derechos amenazados o vulnerados.

4. Estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta e indefensión como resultado del deterioro de su estado de salud.

De la lectura de los artículos 13, 47, 53 y 54 de la Constitución Política se advierte la especial protección que el ordenamiento confirió a aquellas personas que, como resultado de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En efecto, el artículo 13 de la Carta impone al Estado la obligación de amparar, en procura del respeto al derecho a la igualdad, a todas las personas que por su condición física, mental o económica se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. El artículo 47 señala que el estado adelantará *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran”*. Asimismo, en los artículos 53 y 54 se consagran los principios de estabilidad en el trabajo y la obligación del Estado

¹⁷ Sentencia T-627 de 2013. Ver también las sentencias T- 100 de 1994, T- 1338 de 2001, T-859 de 2004, T-630 de 2006 y T-043 de 2007.

y de los empleadores de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran.

La estabilidad laboral reforzada consiste en una protección que se otorga a las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, para que reciban el pago de las incapacidades mientras están cesantes y para que sus condiciones de debilidad no puedan ser la causa de su despido u otra modificación laboral desfavorable. Sin embargo, como en algunos casos es imposible reintegrar a la persona a su cargo, ya no procederá la estabilidad laboral reforzada sino, en razón de su pérdida de la capacidad laboral, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de cumplir con los requisitos para ser beneficiario de ella.

En este sentido, una persona puede encontrarse en situación de debilidad manifiesta cuando sufre de alguna discapacidad o se halla en condiciones desfavorables frente a otros trabajadores. Sobre la estabilidad laboral reforzada este Tribunal, en sentencia C-531 del 2000¹⁸, señaló lo siguiente:

*“Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica”*¹⁹
(Subrayado fuera del texto original).

¹⁸ En la que se estudió la constitucionalidad de los incisos 1o. (parcial) y 2o del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. La Corte declaró exequible la expresión “salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo” contenida en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el “inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), 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”.

¹⁹ Mediante sentencia C-458 de 2015 se estudió la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en algunas normas por considerar que el lenguaje podía tener implicaciones inconstitucionales, toda vez que podría ser entendido y utilizado con fines discriminatorios. Sin embargo, se estableció que el uso de algunas expresiones como parte del lenguaje técnico jurídico pretende definir una situación legal y no hacer una descalificación subjetiva de ciertos individuos. En ese sentido, varias expresiones fueron declaradas exequibles por los cargos analizados en esta oportunidad y otras exequibles condicionadamente. El término discapacitado se reemplazó por “persona en situación de discapacidad”. Por su parte las definiciones legales y lexicográficas de las expresiones “discapacitado”, “inválido”, “sordo”, “minusválido”, “persona con limitaciones” y “limitados” se declararon exequibles al considerar que están desprovistas de los componentes peyorativos que los demandantes les atribuyeron.

De acuerdo con lo que precede, cuando a un trabajador lo incapaciten, tendrá derecho a que su empleador y el sistema de seguridad social cubran el pago de las incapacidades a las que haya lugar y se mantenga su vínculo laboral sin que el argumento para retirarlo del cargo pueda ser su condición de enfermedad o discapacidad, de manera que una vez superado el estado sea reintegrado a sus labores.

En sentencia T-198 de 2006, por ejemplo, este Tribunal resolvió el caso de una persona que fue desvinculada de su trabajo a pesar de encontrarse en un estado de debilidad manifiesta y sin que hubiera sido calificada su pérdida de capacidad laboral. La Corte se refirió al derecho a la protección laboral reforzada en relación con las personas que durante el contrato sufren una mengua en su salud, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones (...).

Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (...).
(Subrayado fuera del texto original).

Este Tribunal también ha establecido que el amparo de la estabilidad laboral reforzada cobija a aquellas personas que sufren una disminución que les impida o dificulte desarrollar con normalidad sus funciones por encontrarse en algunas situaciones de salud:

“Bajo tal supuesto, el amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales.”²⁰

Por esta misma línea, en relación con la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta e indefensión, como resultado del deterioro de su estado de salud, esta Corte ha señalado que también tienen derecho a su permanencia en el empleo, lo que se traduce en la imposibilidad de ser despedido mientras no exista una de las causales que la ley ha contemplado como justa causa de despido.²¹

En este sentido, la garantía se ha hecho extensiva a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta con ocasión de las graves afectaciones que sufran en su salud, de manera que no se trata de una protección que se brinde únicamente a las mujeres en estado de embarazo, a los trabajadores aforados y a las personas que se hallen en situación de discapacidad sino que se hace extensiva a estos.

En todo caso, cuando se trate de la vulneración del derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corte ha señalado que deben verificarse los siguientes requisitos para poder ordenar el reintegro laboral:

“La comprobación de una discriminación como la indicada depende de tres aspectos: (i) que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y, (iii) que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.”²²

Así, se entiende vulnerado el derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando el empleador prescinde de los servicios del trabajador conociendo que se trata de una persona en situación de discapacidad o que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta y sin contar con el aval de la autoridad de trabajo.

²⁰ Sentencia T-196 de 2006. Ver también las sentencias T-341 de 2009 y T-651 de 2012, entre otras.

²¹ Sentencia T-754 de 2012. Ver también T-198 de 2006.

²² Sentencia T-554 de 2008. Ver también sentencia T-462 de 2010, T-651 de 2012 y T-447 de 2013 entre otras.

La figura de la estabilidad laboral reforzada no solo cubre a mujeres embarazadas, a personas en situación de discapacidad, a los aforados, sino también a aquellos que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta a razón de una grave afectación en su salud, lo que garantiza a quien se halle en estas condiciones mantenerse en su empleo o ser reubicado, y a que se le reconozca una indemnización equivalente a 180 días de salario en caso de ser desvinculado sin la correspondiente autorización de la autoridad de trabajo, según indica el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

4.1. Autorización de la autoridad de trabajo

La Ley 361 de 1997²³ establece mecanismos de integración social de las personas con limitaciones que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (menores de edad, mujeres en estado de embarazo o trabajador discapacitado), frente a las cuales se activa la protección constitucional conocida como estabilidad laboral reforzada, razón por la cual se requerirá autorización de la autoridad de trabajo para que proceda el despido como lo establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según el cual:

“Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

²³ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.” En la sentencia T-148 de 2012 se señaló que la Ley 361 de 1997 tiene como finalidad “la integración social de las personas con limitación, de lo cual se infiere que a los servidores públicos de la carrera judicial también les corresponde integrarse en el mundo social. Bien, todas las referencias hechas en la Ley 361 tienen que ver con las personas con limitaciones de manera general, sin excluir de ese universo a aquellas que son servidoras públicas.

No es entonces plausible que el intérprete exceptúe de los derechos aportados por la Ley que se comenta a las personas de la carrera judicial, puesto que ello contravendría el principio de igualdad (art. 13 de la C.N.) y el artículo 53 constitucional que ordena que se prefiera la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Más aun, el artículo 2° de la Ley 361 establece que “[e]l Estado garantizará y velará por que (sic) en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales”, de tal suerte que una interpretación que excluya a los empleados judiciales de los efectos de la norma constituye una discriminación infundada de aquellas que la misma Ley reprocha en su artículo 2°, interpretación que, por lo demás, se antoja incoherente con los principios generales que informan la Ley 361.

5.3. Así mismo, es preciso mostrar que los servidores públicos que padecen algún tipo de discapacidad, al igual que lo que sucede con las demás personas nombradas en cargos de carrera, sólo pueden ser retirados del servicio con sustento en alguna de las causales recopiladas en el artículo 125 de la Constitución. Sin embargo, y debido a su especial protección constitucional, su retiro, a diferencia de lo que ocurre con el resto de servidores no discapacitados, debe contar con la anuencia de la Oficina de Trabajo, en los casos en que está se requiera habida cuenta de la modificación introducida por el Decreto 019 de 2012. De no ser esto así, se tornaría anodina la especial protección constitucional que los ampara (arts. 13 y 54 de la Carta), pues en la práctica gozarían de la misma estabilidad que el resto de empleados de carrera no discapacitados que sólo pueden ser retirados por una de las causales del artículo 125 superior sin requerirse autorización alguna de la Oficina de Trabajo.”

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, 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.” (Subrayado fuera del texto original).

Sin esta autorización, ante la necesidad de amparar derechos de sujetos especialmente protegidos por la Constitución, la Corte ha precisado, que ante su despido es posible acceder al reintegro por orden de tutela, para restablecer su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

“Otro tanto sucede en materia de la regulación de un trámite expedito que permita a los trabajadores discapacitados, despedidos sin la autorización del Ministerio de la Protección Social, ejercer el derecho a la estabilidad reforzada y obtener de manera inmediata el restablecimiento de sus condiciones laborales, en cuanto tampoco las normas procesales prevén un procedimiento acorde con la premura que el asunto comporta, conminando al trabajador a adelantar procesos engorrosos que no restablecen su dignidad y nada hacen por romper esquemas injustamente arraigados en nuestro medio, como aquel de que un limitado físico, sensorial o psíquico es ‘una carga’ para la sociedad.” (Subrayado fuera del texto original).

En la sentencia T-687 de 2009 se examinó el caso de una funcionaria pública en situación de discapacidad, madre cabeza de familia, que fue retirada del servicio, quien durante más de 20 años había ocupado en la Defensa Civil Colombiana cargos administrativos que no eran de dirección, manejo y confianza.

Lo anterior, por cuanto sufrió una incapacidad por enfermedad común que superó los 180 días y a raíz de la misma una pérdida de su capacidad laboral del 25.6%, retiro que además se surtió sin que la demandada hubiese acudido ante el inspector de trabajo ni tampoco intentado, al menos, su reubicación laboral, por lo cual solicitaba el reintegro. En este caso la Corte sostuvo lo siguiente:

“En conclusión, todos los empleadores deben cumplir el procedimiento estipulado en la ley 361 de 1997 para despedir a un trabajador discapacitado, y en consecuencia, debe mediar autorización de la oficina de trabajo, pues de lo contrario el despido será ineficaz, incluso si el trabajador recibió la indemnización que menciona el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997. En efecto, la Sala de Revisión considera que la protección legal acordada a las personas discapacitadas debe ser entendida a la luz del principio de igualdad, lo cual conduce a afirmar que no es constitucionalmente admisible

establecer diferencias entre trabajadores vinculados por contrato laboral y funcionarios públicos. Unos y otros se encuentran protegidos por la Carta Política, y en consecuencia, no pueden ser terminados sus contratos laborales o sus respectivas relaciones legales y reglamentarias por el simple hecho de padecer una enfermedad que afecte su capacidad laboral. En efecto, la debida prestación del servicio público debe armonizarse con el derecho al trabajo de las personas discapacitadas, y en consecuencia, padecer una enfermedad, sea de origen común o profesional, no basta para desvincular a un servidor público, cuando quiera que éste pueda efectuar otras labores acordes con su experiencia y capacidades físicas e intelectuales, y sobretodo, sin que medie la previa autorización del respectivo Inspector del Trabajo.” (Subrayado fuera del texto original).

En sentencia T-642 de 2010 la Corte recordó que se requiere el permiso de la autoridad de trabajo para que sea eficaz el despido de quienes sufren afecciones en su salud y se encuentren por ello en una situación de debilidad manifiesta. En esa ocasión señaló lo siguiente:²⁴

“Así, en aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del deterioro de su estado de salud, tiene derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral, previamente verificada por el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces.

En virtud de lo anterior, si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona cuya salud se encuentra afectada seriamente se produjo sin la autorización de la autoridad del trabajo, deberá presumir que la causa de desvinculación laboral es la circunstancia de debilidad e indefensión del trabajador y, por tanto, concluir que se causó una grave afectación de los derechos fundamentales del accionante. Así, el juez deberá conceder el amparo invocado, declarar la ineficacia del despido y ordenar su reintegro a un cargo acorde con su situación especial. (Subrayado fuera de texto).

En suma, en virtud del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su salud, tiene derecho a conservar su trabajo, a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad y a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral, previa verificación y autorización de la autoridad laboral correspondiente. En tal sentido, para efectos del fallo de tutela, el despido que se produzca sin el lleno

²⁴ En esta providencia la Corte revisó el caso de una persona a quien su empleador dio por terminado su contrato de trabajo por haber superado los 180 días por incapacidad no profesional.

de los requisitos legales y jurisprudenciales será ineficaz y, por tanto, el juez de amparo deberá conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud”. (Subrayado fuera del texto).

En otro proceso, resuelto mediante sentencia T-415 de 2011, la Corte ordenó el reintegro de la accionante, a la que le fue diagnosticada una pérdida de capacidad laboral permanente del 44.16%, quien consideró vulnerados por parte de su empleador, sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada, por haber terminado su contrato de trabajo sin contar con la autorización previa del Ministerio de Trabajo. En dicha providencia este Tribunal indicó:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Pues bien, quienes sean titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada se benefician de dos normas de carácter fundamental, vinculadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a las garantías de la Carta: en primer lugar, de la prohibición que pesa sobre el empleador de despedir o terminarle su contrato a una “persona limitada, por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”; y, en segundo lugar, de la obligación del juez de presumir el despido discriminatorio, cuando una persona en circunstancias de debilidad manifiesta es desvinculada del empleo sin autorización de la oficina del trabajo.

En consecuencia, cuando se comprueba que el empleador (a) desvinculó a un sujeto titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada sin solicitar la autorización de la oficina del trabajo, y (b) que no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, entonces el juez que conoce del asunto tiene el deber prima facie de reconocer a favor del trabajador: (i) en primer lugar, la ineficacia de la terminación del despido laboral (con la consiguiente causación del derecho prima facie del demandante a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir en el interregno); (ii) en segundo lugar, el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones iguales o similares que las del cargo desempeñado por él hasta su desvinculación, y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su

estado de salud, sino que esté acorde con sus condiciones; (iii) en tercer lugar, el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.); (iv) en cuarto lugar, el derecho a recibir 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 (art. 26, inc. 2°, Ley 361 de 1997)”.

Por consiguiente, *“la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados”*²⁵, respecto de quien se hace necesario también la obtención de la aprobación por parte de la autoridad del trabajo para proceder con su despido.

Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia se ha referido a que *“[c]on esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”*²⁶, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 361 de 1997, según la cual, si la calificación de la invalidez otorgada a una persona le hace perder su capacidad laboral al punto de no poder ser reincorporado a su empleo, podrá el empleador, con autorización del inspector de trabajo, prescindir de los servicios del empleado sin perjuicio del pago de las indemnizaciones que corresponda. Al respecto esta Corporación ha indicado:

“Ahora, frente al reconocimiento de la incapacidad generada por enfermedad común o general el trámite será el siguiente: (i) las Entidades Promotoras de Salud del Sistema de Salud, son las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas por los primeros 180 días, (ii) tratándose del pago de las incapacidades mayores a 180 días corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, prorrogable hasta que se produzca el dictamen de invalidez por lo menos 360 días adicionales, (iii) tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador la pensión de invalidez, (iv) si el trabajador no consigue el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y

²⁵ Sentencia T-198 de 2006.

²⁶ Sentencia C-531 de 2000.

*por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de éstas”.*²⁷

En sentencia T-772 de 2012, por ejemplo, esta Corte se refirió a la autorización del Ministerio del Trabajo para despedir o dar por terminado el contrato de una persona en situación de vulnerabilidad en los siguientes términos:²⁸

“El Ministerio de Trabajo tiene que pronunciarse respecto de la solicitud de autorización que realiza el empleador acerca del despido de una persona en situación de vulnerabilidad, esto debido a la especial protección constitucional de la que gozan los mencionados. Además, esta obligación no constituye una mera formalidad sin sentido, por lo cual no es dable que el Ministerio incumpla con este deber absteniéndose de emitir pronunciamiento alguno, pues éste tiene la obligación de analizar el caso y emitir su concepto favorable o no respecto del tema cuestionado. De igual manera, en los casos en los cuales se alegue una justa causa por parte del empleador, el Ministerio del Trabajo debe verificar si existe o no la misma, esto en razón a la especial protección que tienen las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por lo que, se debe verificar si en realidad el despido se debe a la justa causa alegada o es en razón de la condición de vulnerabilidad del trabajador.” (Subrayado fuera del texto original).

Por esta misma línea, en relación con la autorización del Ministerio de Trabajo que se requiere para prescindir de los servicios de una persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, esta Corte en sentencia T-746 de 2013 señaló:

²⁷ Sentencia T-457 de 2013. En esta ocasión la Corte estudió el caso de una persona que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales, en su parecer transgredidos por las empresas para las cuales trabajaba al desvincularlo de su cargo cuando se encontraba incapacitado y sin una causa objetiva que motivara dicha decisión. Sin embargo la Corte declaró la improcedencia de la tutela por la inobservancia del requisito de inmediatez. En este caso la Corte estableció que el actor “no interpuso la acción de tutela dentro de un término razonable a partir de la ocurrencia de los hechos que daban lugar a la amenaza o violación de los derechos fundamentales, pues el despido se efectuó el 26 de agosto de 2012 y la acción de amparo fue impetrada el 31 de octubre de 2013, de lo cual se colige que dejó transcurrir 14 meses aproximadamente desde la notificación de la terminación del vínculo laboral y el ejercicio de la acción de tutela. (Folio 9-10)”.

²⁸ “Mediante la sentencia T-772 de 2012, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de amparo presentada por un ciudadano que consideró que empresa en la que trabajaba vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, al trabajo, a la salud, a la seguridad social y a la estabilidad laboral. Lo anterior, debido a que fue despedido sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y en esos momentos se encontraba incapacitado como producto de la enfermedad profesional que padecía en ese momento”. En dicha sentencia, “luego de determinar que se había configurado una vulneración a los derechos fundamentales del actor debido a que el hecho de que la empresa accionada terminara la relación laboral cuando el trabajador seguía sufriendo las secuelas del “stress laboral” que le fue diagnosticado, y, sin la autorización del Ministerio de Trabajo, se concluye que la decisión de despido fue con ocasión del estado de salud del accionante. Adicionalmente, se reiteró que para casos como el presente, donde se comprueba que la razón del despido es la situación de debilidad manifiesta del trabajador, la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro laboral del trabajador”. Como consecuencia de lo anterior, dicha Sala de Revisión ordenó entre otras cosas, el reintegro del accionante a la empresa.

“Ha sido reiterativa la Corte en su posición de que las medidas de la estabilidad laboral reforzada consagran la exigencia de obtener autorización de parte del Ministerio de Trabajo para poder despedir al empleado que goce de esta protección, aun cuando se esté ante una justa causa. Es importante enfatizar que la conservación o permanencia de un empleo por cierto periodo de tiempo no es un derecho fundamental. No obstante, la Constitución de 1991 quiso garantizar a algunos sujetos la especial protección de su derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral reforzada, la cual consiste, como ya se dijo, en que la desvinculación de las mujeres embarazadas, los trabajadores aforados, las personas en situación de discapacidad y las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como producto de un deterioro en su salud, no puede presentarse sin la previa autorización de la autoridad competente.” (Subrayado fuera del texto original).

Por consiguiente, los trabajadores que se encuentran en situación de debilidad manifiesta tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada sin importar el tipo de contrato laboral, siempre que su condición haya sido certificada como discapacidad por las entidades competentes, y cuando no sea posible su reintegro por haber obtenido una calificación superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, deberá iniciarse el estudio de los requisitos necesarios para otorgar la pensión de invalidez.

De este modo, en el evento en el que, por cualquier causa, el empleador decida dar por terminado un contrato laboral de una persona amparada por una incapacidad, la eficacia de esa determinación está condicionada a que previamente la autoridad de trabajo competente autorice su despido, verificando la existencia de una causal objetiva para ello, la cual no puede coincidir con la situación de la limitación física del trabajador.

4.2. Pago y reconocimiento de incapacidades

Aquellos trabajadores que sean incapacitados por sufrir afecciones en su salud tendrán derecho a no ser despedidos por esa causa, a menos que se cuente con el permiso de la autoridad de trabajo, por lo que además tendrán derecho al reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar por las ausencias que legalmente certifique la EPS al empleador.

En este sentido, *“el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales”*. Así, *“no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades*

*habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.*²⁹

De manera que el trabajador tiene derecho a que se le reconozca un justo trato durante el tiempo en que se encuentre involuntariamente inactivo en sus funciones laborales por perturbaciones en su salud.³⁰ De esto se desprende que la obligación de pagar estas incapacidades está repartida entre el empleador y la EPS.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“Artículo 206. -Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969, por medio del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, que prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se entiende por enfermedad no profesional, *“todo estado patológico morbooso, congénito o adquirido, que sobrevenga al empleado oficial por cualquier causa, no relacionada con la actividad específica a que se dedique y determinado por factores independientes de la clase de labor ejecutada o del medio en que se ha desarrollado el trabajo”*³¹.

En relación con lo anterior, el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968, establece lo siguiente:

“Artículo 18º: Auxilio por enfermedad. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

²⁹ Sentencia T-311 de 1996.

³⁰ Sentencia T-311 de 1996.

³¹ Decreto 1848 de 1969, artículo 8º.

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

Parágrafo-La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días, el empleado o trabajador será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este Decreto determina.”

Por esta misma línea, el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968³² señala que los empleados, cuando medie justa causa, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres (3) días. De manera que durante estos tres primeros días de incapacidad será el empleador quien cubra esos pagos y no el sistema de seguridad social.

En el Decreto 1848 de 1969 se ha consagrado, en relación con las incapacidades de los empleados públicos y trabajadores oficiales que sean certificadas por la EPS, que ellas darán lugar a diferentes prestaciones. El artículo 9º dispone lo siguiente:

“Artículo 9º.- Prestaciones. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras (2/3) partes de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario.”

En cuanto a la forma como se pagarán las prestaciones mencionadas, el artículo 10 del Decreto 1848 de 1969 establece lo siguiente:

“Artículo 10:-Efectividad de las prestaciones.

³² Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

1. La prestación económica mencionada en el literal a) del artículo 9 de este Decreto, se pagará así:

a) Si la correspondiente entidad nominadora designa un empleado para que reemplace interinamente al titular, durante el tiempo en que este permanezca incapacitado para trabajar, en uso de licencia por enfermedad no profesional, dicha prestación económica se pagará por la entidad de previsión a que se halle afiliado el empleado incapacitado para trabajar, y

b) En el evento de que no se designe reemplazo al empleado incapacitado para trabajar, se pagará la expresada prestación económica por la entidad empleadora, con imputación a la partida señalada en el respectivo presupuesto para cubrir sus salarios y en los períodos señalados para los pagos de dichos salarios.

2. La prestación asistencial expresada en el literal b) del artículo 9 de este Decreto, se suministrará por la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado incapacitado.

Si no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión, dicha prestación asistencial será suministrada directamente por el servicio médico de la entidad o empresa oficial empleadora.

A falta de dicho servicio médico esta prestación se suministrará por intermedio de la institución que la entidad empleadora deberá contratar para tal efecto.

Parágrafo.- Si la incapacidad para trabajar no excediere de tres (3) días, conforme al dictamen médico correspondiente, el empleado solicitará el permiso remunerado a que se refiere el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968.”

De la normatividad citada concluye esta Corte que el pago de los primeros tres días de incapacidad estarán a cargo del empleador, como si se tratase de un permiso remunerado, conforme lo establece el parágrafo del artículo 10° del Decreto 1848 de 1968; y si la misma se llegare a extender la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el servidor sería la encargada de cubrir los pagos.

El Decreto 1295 de 1994³³ establece en su artículo 12 que “[t]oda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”.

³³ “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.”

Bien se trate de una incapacidad laboral derivada de una enfermedad, o de un accidente de origen profesional, las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL- tienen a su cargo las incapacidades de trabajo cuando se presente un dictamen que califique el accidente o la enfermedad que las ocasiona como de origen profesional.

En el caso de incapacidad laboral causada por enfermedad profesional, el Sistema General de Riesgos Profesionales dispone que es responsable por el pago la administradora de riesgos laborales (ARL) a la cual esté afiliado el trabajador, incluyendo las incapacidades que se causen con posterioridad a los primeros 180 días. Ello de acuerdo con lo previsto para el efecto por los artículos 1, 5, 7 de la Ley 776 de 2002, *“por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”*.

En este sentido, la regla general es que a la Entidad Promotora de Salud -EPS- le corresponde hacerse cargo de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad de un trabajador dependiente cuando la enfermedad sea de origen común.

Por su parte, los pagos que no se encuadren dentro de las hipótesis referidas estarán a cargo de los fondos de pensiones. Así, si la AFP³⁴ del trabajador posterga el trámite de evaluación ante las juntas de calificación de invalidez (lo cual puede hacer hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad otorgada por la EPS) deberá otorgar al empleado un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando.³⁵

Cuando el trabajador obtiene una calificación de su invalidez que supera el cincuenta por ciento (50%), si está a la espera de que se decida si procede el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado deberá cubrir las incapacidades laborales, aunque se hayan causado después de ciento ochenta (180) días de incapacidad.³⁶

La jurisprudencia ha explicado que *“[e]l pago de las incapacidades tiene como finalidad resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones de dignidad. Cuando la enfermedad o accidente genere una incapacidad laboral, ésta debe ser pagada los tres (3) primeros días por el empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días*

³⁴ Administradora de Fondos de Pensiones.

³⁵ Ver sentencias T-333 de 2013 y T-491 de 2015, entre otras.

³⁶ Ver sentencias T-333 de 2013 y T-491 de 2015, entre otras.

adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.”³⁷

De lo expuesto la Sala arriba a las siguientes conclusiones con relación a la situación de un trabajador que por causa de una enfermedad no profesional es incapacitado por un período superior a 180 días.

Una vez se cumple un período de 180 días continuos de incapacidades, al empleador le corresponde reintegrarlo o reubicarlo, conforme con su estado de salud. Si excede ese término, el responsable de pagar las prestaciones que se causen será el fondo de pensiones, hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud.

Ahora bien, si el dictamen indica que el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y siempre que cumpla con los requisitos legales, se causará a su favor la pensión de invalidez, pero si la pérdida es inferior al 50%, y se siguen dictando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar pagándolas, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que este se emita o se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.

En cualquiera de los dos eventos descritos el empleador está obligado a mantener el vínculo jurídico laboral con el trabajador y a continuar con el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, conforme con lo que establezca el concepto sobre su rehabilitación, o mientras que este se emite, o hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez, que le permita consolidar su derecho a la pensión, o lo habilite para retomar sus labores, lo que garantiza el acceso del afiliado al servicio de salud. Lo anterior a menos que la autoridad de trabajo autorice la desvinculación del trabajador.

Finalmente, que en lo que tiene que ver con la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador³⁸, cuando un

³⁷ En la sentencia T-004 de 2014 la Corte concedió el amparo de tutela a una persona, de 58 años, quien interpuso acción de tutela contra la empresa empleadora, quien afirmaba que desde marzo de 2013 fue excluido de nómina y no le pagaban las incapacidades adeudadas después del día 540 de ser causadas como consecuencia de una disminución física dictaminada por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez en una pérdida de capacidad laboral del 51.77% estructurada el 30 de enero de 2012. La Corte estableció que el actor sí tenía derecho al pago de las incapacidades causadas después del día 540 y por ello ordenó a BBVA Horizonte cancelar las incapacidades insolutas respecto del accionante desde el mes de marzo de 2013, hasta que el Fondo de Pensiones realizara los trámites administrativos necesarios para reconocer y pagar la pensión de invalidez, momento a partir del cual cesarían los efectos de este fallo.

³⁸ Código Sustantivo del Trabajo “Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador:

1. (...)

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de

trabajador alcanza incapacidades originadas en enfermedad común por un período de 180 días, se debe establecer si, conforme con un dictamen médico, el trabajador puede ser reintegrado a su trabajo o reubicado en otro con funciones acordes con su estado de salud si presenta una discapacidad parcial.

4.3. Pensión de invalidez.

Son múltiples los instrumentos internacionales que contienen planteamientos dirigidos a la protección de los derechos de las personas en condiciones de discapacidad, los cuales señalan deberes de comportamiento tanto por parte de las personas como de los estados, trazando parámetros y lineamientos de acción encaminados a la prevención de la discapacidad y a otorgar la atención requerida en condiciones de integración social y de superación.³⁹

En concreto, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴¹, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴² y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³.

dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.”

³⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Pacto Internacional de derechos de las personas con retardo mental (1971). Declaración de los derechos de los impedidos (1975). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Declaración de las personas sordo ciegas (1979). Decenio de Acción Mundial para las personas con Discapacidad (Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 37/52 diciembre de 1982). Programa de acción Mundial para las Personas con Discapacidad (ONU). Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental (1991). Convención sobre los derechos del niño (En su artículo 23 trata los derechos de y los deberes para con los niños con impedimentos físico y mental). Recomendación “*Sobre la Adaptación y Readaptación Profesionales de los inválidos de la OIT*”. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y la Declaración de Cartagena de 1992 “*Sobre Políticas Integrales para las personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana*” entre otros.

⁴⁰ Artículo 22: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

⁴¹ “*Artículo 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*”

⁴² Artículo 16: “*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*”

⁴³ “*Artículo 9º. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.*”

Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993⁴⁴, estado de invalidez es el que adquiere una persona que “*por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”.

La jurisprudencia ha reconocido la pensión de invalidez como un derecho que consiste en el reconocimiento y pago de una compensación económica, que se entrega periódicamente a aquellas personas cuya capacidad laboral se ha visto disminuida con el fin de salvaguardar sus necesidades básicas y solventar la vida en condiciones dignas.⁴⁵

Para acceder a la pensión de invalidez causada tanto por enfermedad como por accidente laboral, bien sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad⁴⁶, deben verificarse los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez: Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO 1º. *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*⁴⁷

PARÁGRAFO 2º. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”*

⁴⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁵ Sentencias T-550 de 2008, T-062A de 2011, T-138 de 2012 y T-463 de 2012, entre otras.

⁴⁶ Establece el artículo 69 de la Ley 100 de 1993 : “El estado de invalidez, los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la presente Ley”.

⁴⁷ Parágrafo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-020 de 2015 de 21 de enero, en el sentido de que se aplique, en cuanto sea más favorable, a toda la población joven, conforme a los fundamentos jurídicos 60 y 61 de la parte motiva de esta sentencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de esa ley⁴⁸, el Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- serán las encargadas de determinar la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez de las personas.

El dictamen que emitan las entidades enlistadas debe incluir el porcentaje de la afectación en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía, su origen y la fecha de estructuración, la cual define el momento en el que se consolida el derecho a exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, atendiendo a la normatividad vigente⁴⁹.

En cuanto a la fecha de estructuración del estado de invalidez, el Decreto 1507 de 2014, mediante el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, consagra:

“Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Fecha de estructuración: Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.

(...)”

La fecha de estructuración de la invalidez debe comprobar que, en términos materiales y no solamente formales (el simple acaecimiento de determinada

⁴⁸ Modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 019 del 10 de enero de 2012. “Artículo. 41.- Calificación del estado de invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.”

⁴⁹ Sentencia T-627 de 2013.

dolencia, accidente o enfermedad), una persona no puede desempeñarse en un trabajo habitual, según lo establecido en el Decreto 917 de 1999⁵⁰. Igualmente, la estructuración debe ser compatible con los postulados constitucionales (artículos 13 y 47 de la Constitución) y legales respectivos (artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de personas que han adquirido una calificación de invalidez laboral superior al 50%, derivada de enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, la fecha de estructuración debe ser aquella en la que la persona no pudo volver a trabajar por su estado de salud, dado que si señalara otro momento de estructuración, por ejemplo el momento en que le apareció el primer síntoma, ello podría conllevar a no contabilizar las semanas cotizadas posteriormente, lo que vulneraría sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.⁵¹

Con las consideraciones generales expuestas procederá esta Sala a evaluar la situación objeto de revisión.

5. Caso concreto

5.1. Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, el primer asunto del cual debe ocuparse la Sala es el atinente a la procedibilidad de la tutela, toda vez que los jueces de instancia rechazaron la acción por considerar que el demandante dejó transcurrir más de 8 meses sin interponer la misma y sin acudir con anterioridad a la jurisdicción ordinaria laboral.

Es cierto que la tutela se instauró pasado ese término desde el momento del despido y sin acudir primero ante los mecanismos ordinarios de defensa existentes. No obstante, esta Sala considera que el análisis de la inmediatez y la subsidiariedad frente a personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta no puede ser tan riguroso.⁵²

En el caso en estudio, para la época del despido el accionante se encontraba incapacitado y a causa de los dolores en sus rodillas, brazos, cadera y columna se le dificultaba su movilidad, según describe la historia clínica que reposa en el expediente⁵³, por lo que es comprensible su falta de celeridad para interponer la acción.

⁵⁰ Que modifica el Decreto 692 de 1995 “por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.”

⁵¹ Sentencias T-699A de 2007, T-710 de 2009 y T-043 de 2014, entre otras.

⁵² Ver sentencias T-515 A de 2006, T-201 de 2013, T-276 de 2014 y T-702 de 2014, entre otras.

⁵³ “Enfermedad actual: cuadro de +/-5 meses de dolor poliarticular en manos; carpos; codos; rodillas y región lumbar; asociado a importante limitación funcional; viene remitido por ortopedia para valoración; ha sido manejado con aines con mejoría parcial.” Folio 18 del cuaderno principal de tutela. A folio 28 se lee: “EXF: paciente en regulares condiciones generales presenta rigidez articular en codos con flexión de 90 grados y extensión de -30 grados con dolor a la palpación en columna lumbosacra limitación y dolor a la movilidad de las rodillas con arcos de movilidad conservados. Sin déficit neurovascular distal.”

De manera que al tratarse de una persona con serias afecciones en su salud y que a raíz de las mismas quedó sin empleo amenazándose con ello su mínimo vital, la rigurosidad en la evaluación del principio de inmediatez y del perjuicio irremediable debe moderarse en razón de la capacidad material con la que cuenta el actor para acceder a la justicia ordinaria, que en este caso se ve disminuida a raíz de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física que padece.

La atención y respuesta ante esta situación está revestida de urgencia debido a que con ocasión de la artritis gotosa degenerativa el actor se vio obligado a ausentarse del trabajo y con ocasión de la disminución su capacidad laboral se vio impedido para desarrollar sus funciones.

Esta Sala considera que si bien el actor pudo haber elevado sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria para resolver la controversia relacionada con la determinación de la eficacia de su despido y el pago de las indemnizaciones a que considera tiene derecho, la acción es procedente a efectos de evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que al momento de interponer esta acción el señor Gilberto Motivar Suárez comportaba la calidad de sujeto de especial protección constitucional al estar sufriendo fuertes afecciones en su salud y encontrarse en un estado de debilidad manifiesta.

Además, el autor no empleó la tutela como una herramienta para suplantar los mecanismos de defensa ordinarios ni de forma negligente, toda vez que no se trata de una acción dirigida a revivir términos procesales prescritos, si se tiene en cuenta que las acciones en materia laboral prescriben en tres años desde el momento en que la respectiva obligación se haya hecho exigible⁵⁴, a menos que se trate de prescripciones especiales consagradas en otros estatutos.

Así, el demandante requiere definir a la mayor brevedad su situación laboral y pensional ante su delicado estado de salud, que es propio de especial consideración, por lo que la jurisdicción ordinaria laboral no puede tenerse como un mecanismo de defensa idóneo y eficaz.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las circunstancias descritas, esta Corporación encuentra procedente la acción de tutela, por lo que entrará a estudiar si ESVILLA E.S.P. tiene la obligación de reintegrar al señor Gilberto Motivar Suárez y a pagar las acreencias solicitadas por él, o en su defecto la terminación del vínculo laboral se encuentra cobijada por la ley.

⁵⁴ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 488. “Regla general. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

5.2. Esta Sala debe determinar si ESVILLA E.S.P. vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo del señor Gilberto Motivar Suárez, al dar por terminada unilateralmente su relación laboral argumentando que su incapacidad había superado 180 días, sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo ni el reconocimiento de una pensión de invalidez

Sea lo primero precisar que en el expediente no obra prueba alguna que permita sostener que desde el año de 1996 hasta 1999, el actor trabajó para la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva E.S.P., como recolector de los residuos sólidos del Municipio de Villa de Leyva. Por esta razón, esta Sala no entrará a pronunciarse al respecto. Se advierte que la resolución que lo nombra en el cargo de auxiliar de servicios generales de la empresa es de fecha 30 de noviembre de 1999.

5.3. Como se mencionó en la parte considerativa de esta sentencia, la estabilidad laboral reforzada es un derecho encaminado a garantizar a los trabajadores la permanencia en el empleo luego de adquirir una limitación física, sensorial, psicológica o de cualquier otro tipo, y se ha consagrado como un mecanismo de protección especial que atiende a la capacidad laboral.

De acuerdo con esto, si la incapacidad o discapacidad no impide que el trabajador desarrolle una actividad de trabajo dentro de la empresa, esta se encuentra en la obligación de garantizarle la rehabilitación y ocuparlo en alguno de sus empleos reubicando a su personal, hasta su recuperación si la posibilidad de la misma se ha pronosticado.⁵⁵

5.4. En relación con el pago de las incapacidades se tiene que el empleador debe asumir el de los primeros tres (3) días, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) la EPS, y la administradora de fondos pensionales del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más, los que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se practique el dictamen de pérdida de capacidad laboral.⁵⁶ En el *sub judice*, concluye esta Corte que el empleador cumplió, al menos en principio, con sus obligaciones.

Lo anterior, atendiendo al certificado emitido por la empresa el veintiocho de enero de 2015⁵⁷, según el cual esta satisfizo la obligación del pago de las incapacidades del señor Motivar Suárez, toda vez que canceló los montos correspondientes por dicho concepto durante el tiempo en que el demandante estuvo incapacitado. En el certificado se lee lo siguiente:

“(…)

⁵⁵ Sentencia T-850 de 2011.

⁵⁶ Sentencia T-004 de 2014.

⁵⁷ Folio 56 del cuaderno principal.

Que el señor GILBERTO MOTIVAR SUÁREZ, identificado con la Cédula de ciudadanía núm. 6.773.031 de Tunja, estuvo vinculado a esta empresa desde el 1ro de diciembre de 1999 hasta el 30 de mayo del año dos mil catorce (2014) en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES (ASEADOR - TRIPULANTE), con una última asignación básica mensual de OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL CIEN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$825.100.00).

Es de aclarar que mientras estuvo incapacitado se le canceló el 66.66% de salario por dicha causa.

*Dada en Villa de Leyva, a los veintiocho (28) días del mes de enero del dos mil quince (2015).
(...).”*

Ahora, si bien el documento establece que durante el tiempo que el señor Motivar Suárez estuvo incapacitado se le canceló el 66% del salario, se observa que la notificación del despido se efectuó el día 15 de mayo de 2014, época para la cual el señor Motivar contaba con una incapacidad, prescrita del 11 al 31 de mayo de 2014, lo que pone en evidencia que la terminación del vínculo laboral se surtió mientras el actor se encontraba incapacitado. En concreto, el 15 de mayo de 2014 ESVILLA E.S.P. le notificó al actor que daría por terminado el contrato a partir del 30 de mayo, por haber superado 180 días de incapacidad, señalando que ello constituía una justa causal de despido.

Desde tal perspectiva se advierte vulneración de los derechos fundamentales invocados, si se tiene en cuenta que el señor Gilberto Motivar Suárez se encontraba incapacitado en la fecha en que le notificaron la terminación del contrato y que, por lo mismo, se requería para su desvinculación, autorización emitida por el Ministerio del Trabajo.

En desarrollo de esto, la normatividad colombiana establece que las personas que padecen una incapacidad permanente parcial sufren graves limitaciones por las que pueden ser víctimas de discriminación; por ello, en procura de la protección laboral la ley 361 de 1997 consagra *mecanismos de integración social de las personas con limitación* y establece, en su artículo 26, que ninguna limitación servirá como argumento válido para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que se verifique que la condición es incompatible e insuperable en el cargo a desempeñar.

Aunado a lo anterior, esa misma disposición consagra que ninguna persona podrá ser separada de su empleo por razón de su limitación, a menos que el empleador cuente con una autorización emitida por parte de la oficina de trabajo, que de no existir permite inferir, como en el *sub júdice*, que la causa del despido fue su estado de salud, mucho más si se tiene en cuenta que la

empresa tenía conocimiento de que el actor venía presentando problemas en su salud.

Si bien es cierto que la empresa manifiesta que al actor se le hicieron diferentes anotaciones en su historia laboral por incurrir en otras faltas disciplinarias, no lo es menos que se le impusieron las sanciones correspondientes en cada caso, distando la presente situación de lo ocurrido en aquellas oportunidades, toda vez que en esta ocasión se trata de la ausencia justificada del accionante a cumplir con sus labores al encontrarse incapacitado por su entidad promotora de salud.

De esta manera, al superar el actor el término de incapacidad de 180 días, no era procedente su despido inmediato como pretende argumentar la empresa, sino que se requería de la autorización del Ministerio de Salud para verificar las condiciones del despido y establecer así si el mismo procedía y podría considerarse eficaz.

5.5. En ese sentido, al acreditarse que la terminación del contrato del señor Motivar Suárez, sujeto de especial protección constitucional que demanda un trato digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra debido a su estado de salud, no se llevó a cabo mediando autorización del Ministerio de Trabajo, se dará aplicación a la presunción referida y se ordenará al empleador reintegrar al señor Motivar Suárez, pagarle la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los salarios y aportes en seguridad social dejados de cancelar desde el momento del despido hasta la fecha de su reintegro.⁵⁸

Por lo anterior la Sala procederá a revocar la sentencia del cuatro (4) de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Tunja, mediante la cual confirmó el fallo de primera instancia, en el sentido de rechazar la acción de tutela.

En su lugar, concederá el amparo constitucional al señor Gilberto Motivar Suárez y ordenará a la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Villa de Leyva E.S.P. cancelar al señor Gilberto Motivar Suárez los montos correspondientes a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Igualmente, atendiendo a la pérdida de capacidad establecida en la calificación, deberá reintegrarlo en el mismo u otro cargo (si es menor al 50%), e independientemente del porcentaje de valoración obtenido reconocer el pago de los salarios, aportes a la seguridad social y cotizaciones a pensión dejados de cancelar al accionante desde el momento de su despido hasta que se surta su reintegro o se reconozca y pague la pensión de invalidez de haber lugar a ella.

⁵⁸ Sentencia T-936 de 2009.

Asimismo se ordenará a la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva ESVILLA E.S.P. activar de manera inmediata al actor en el Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de empleado de la empresa toda vez que fue desvinculado desde el 1 de junio de 2014 como consecuencia del despido sin justa causa.

5.6. De otra parte, si bien es cierto que el demandante no introdujo ninguna pretensión relacionada con la pensión de invalidez, ello no significa que deba quedar desprotegido en sus derechos. Aun cuando se solicitó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. allegar a esta Sala la calificación de la pérdida de capacidad del señor Motivar Suárez, ello no fue posible y *contrario sensu* manifestó:

*“Ahora bien, respecto a la información solicitada, me permito informar que una vez revisadas las bases de datos de esta entidad no se encontró solicitud, ni petición formal por parte del señor Motivar Suárez que nos permita establecer la existencia de un trámite de prestación económica por invalidez, vejez o sobrevivencia, razón por la cual no es posible para esta Administradora dar cumplimiento a la orden impartida por el Despacho en lo que se refiere a calificar la pérdida de la capacidad laboral del señor Gilberto Motivar Suárez dentro de los (5) días siguientes a la notificación del presente auto, indicando el origen de la enfermedad en caso de tenerla, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, toda vez que no contamos con la documentación necesario para dar inicio al trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del citado señor”.*⁵⁹

Por lo anterior, esta Sala ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a recaudar las historias clínicas, reportes, valoraciones, exámenes médicos periódicos; y, en general, todas las pruebas necesarias y que hagan falta, según el Decreto 2463 de 2001 y el Manual Único de Calificación de Invalidez, para valorar cabalmente la pérdida de capacidad laboral del señor Gilberto Motivar Suárez.

Para el efecto, la entidad deberá adelantar todas las prácticas médicas necesarias con el fin de obtener un diagnóstico completo, real y actualizado sobre la patología del accionante. Además, deberá recolectar todas aquellas historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo han tratado, con el fin de considerarlas igualmente en el proceso de calificación.

5.7. Del mismo modo, se ordenará al representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar

⁵⁹ Folios 24-27 del tercer cuaderno de tutela.

todos los trámites pertinentes -médicos y administrativos- para que el señor Gilberto Motivar Suárez sea calificado, bajo la responsabilidad de dicha entidad, por funcionarios que representen a la misma y según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, así como teniendo en cuenta todos los criterios técnico-científicos y éticos dispuestos por el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes.

En todo caso, el dictamen que califique la pérdida de capacidad laboral del accionante deberá estar listo a más tardar dentro del plazo previsto y los gastos en que pueda incurrirse para su práctica correrán por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

De manera que si el diagnóstico emitido indica que el actor puede ser reintegrado a sus antiguas labores, la empresa deberá incorporarlo a su mismo puesto de trabajo u otro de igual o superior jerarquía; si establece una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, que no le permita el desarrollo de las actividades en las que se venía desempeñando pero sí otras, así deberá proceder reubicándolo en unas diferentes y de obtenerse una calificación superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. deberá cotejar los requisitos exigidos por la ley para conceder la pensión de invalidez dentro del término de cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la notificación de esta providencia, junto con el respectivo retroactivo pensional a que hubiere lugar.

Finalmente, se ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, de todas las gestiones que realice informe de manera inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. Además, deberá reportar el estado del proceso de calificación del accionante los días quince (15) y último de cada mes, durante los siguientes 2 meses a partir de la notificación de la presente providencia.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas el nueve (9) de marzo de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva y el cuatro (4) de mayo de 2015 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Tunja,

dentro del proceso de la referencia, mediante las cuales se rechazó por improcedente la solicitud impetrada. En su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, al mínimo vital, la igualdad y la seguridad social del señor Gilberto Motivar Suárez.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva **ESVILLA E.S.P.** cancelar al señor Gilberto Motivar Suárez los montos correspondientes a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De igual manera, atendiendo a la calificación de la pérdida de capacidad laboral que obtenga el señor Gilberto Motivar Suárez y al diagnóstico emitido por los médicos de la Junta de Calificación, se sirva reintegrarlo a la empresa en el mismo cargo o en uno diferente si el diagnóstico emitido por los médicos tratantes da lugar a ello (inferior al 50% de la pérdida de la capacidad), y proceda, independientemente de la calificación obtenida, a pagar los salarios, los montos correspondientes a la seguridad social y cotizaciones a pensión dejados de cancelar al accionante a partir de la fecha de su despido, hasta que se surta su reintegro o se reconozca y pague la pensión de invalidez de haber lugar a ella.

TERCERO.- ORDENAR a la Empresa de Servicios Públicos de Villa de Leyva **ESVILLA E.S.P.** activar de manera inmediata al actor en el Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de empleado de la empresa, toda vez que fue desvinculado desde el 1 de junio de 2014 como consecuencia de la terminación del contrato sin autorización del Ministerio de Trabajo.

CUARTO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a recaudar las historias clínicas, reportes, valoraciones, exámenes médicos periódicos y en general todas las pruebas necesarias y que hagan falta, según el Decreto 2463 de 2001 y el Manual Único de Calificación de Invalidez, para calificar cabalmente la pérdida de capacidad laboral del señor Gilberto Motivar Suárez.

Para el efecto, la entidad deberá adelantar todas las prácticas médicas necesarias con el fin de obtener un diagnóstico completo, real y actualizado sobre la patología del accionante. Además, deberá recepcionar todas aquellas historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo han tratado, con el fin de considerarlas igualmente en el proceso de calificación.

QUINTO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes -médicos y administrativos-, para que el señor Gilberto Motivar Suárez sea calificado, bajo la responsabilidad de dicha entidad, por funcionarios que representen a la misma y según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, así

como teniendo en cuenta todos los criterios técnico- científicos y éticos dispuestos por el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes.

SEXTO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, de ser calificado el señor Gilberto Motivar Suarez con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, proceda a reconocer y pagarle al señor Motivar Suárez la pensión de invalidez –una vez verificados los requisitos de ley y de haber lugar a ella- dentro del término de cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la notificación de esta providencia, junto con el respectivo retroactivo pensional a que haya lugar.

SÉPTIMO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, de todas las gestiones que realice la entidad, informe de manera inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. De igual forma, deberá reportar el estado del proceso de calificación del accionante los días quince (15) y último de cada mes, durante los siguientes 2 meses a partir de la notificación de la presente providencia.

OCTAVO.- Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

